



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
DOCTORADO EN DERECHO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

**EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD EN LA
JURISPRUDENCIA NACIONAL. UN ANÁLISIS DE LAS LUCHAS EN LOS
TRIBUNALES PARA LA CONSECUCCIÓN DE ESTE DERECHO**

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:
IVÁN GONZÁLEZ DEL VALLE

TUTOR PRINCIPAL: DRA. SANDRA GÓMORA JUÁREZ
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MIEMBRO DEL COMITÉ: DRA. JOSEFA RUIZ RESA
UNIVERSIDAD DE GRANADA
MIEMBRO DEL COMITÉ: DR. EDGAR RAMÓN AGUILERA GARCÍA
UNIVERSIDAD DE GIRONA

Ciudad Universitaria, CD. MX, NOVIEMBRE 2022



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD EN LA
JURISPRUDENCIA NACIONAL. UN ANÁLISIS DE LAS LUCHAS EN LOS
TRIBUNALES PARA LA CONSECUCCIÓN DE ESTE DERECHO.**

INTRODUCCIÓN.....	1	
CAPÍTULO 1. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO HUMANO		
1.1 Las complejidades que enfrenta el derecho a la salud.....	21	
1.2 Concepto y modelos de salud.....	32	
1.2.1 La salud como bien a tutelar	32	
1.2.2 Un concepto dinámico.....	35	
1.2.3 Hacia una nueva definición.....	45	
1.3 Los rubros de la salud.....	50	
1.4 Salud y DDHH.....	64	
1.4.1 ¿Qué son los derechos humanos?.....	67	
1.4.2 La clasificación de los derechos humanos.....	77	
1.4.3 Las conexiones entre derecho y salud.....	81	
1.5 El marco normativo nacional e internacional del derecho a la salud...	109	
CAPÍTULO 2. LA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD.....		125
2.1 Los obstáculos en la realización de los DESC.....	132	
2.2 Críticas en torno al derecho a la salud.....	143	
2.3 La exigibilidad del derecho a la salud: una defensa.....	152	
2.4 Mecanismos de protección del derecho a la salud.....	178	

2.4.1 Mecanismos en el ámbito legislativo.....	180
2.4.2 Mecanismos en el ámbito administrativo.....	186
2.4.3 Mecanismos en el ámbito judicial.....	193
CAPÍTULO 3. METODOLOGÍA DE ANÁLISIS DE LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DEL DERECHO A LA SALUD.....	201
3.1 Judicialización e interpretación.....	205
3.2 La jurisprudencia mexicana.....	228
3.3 Elementos de la línea jurisprudencial.....	237
3.3.1 Conceptos y generalidades.....	238
3.3.2 La construcción de líneas jurisprudenciales.....	241
3.3.3 Metodología adaptada al sistema de jurisprudencia mexicano..	244
3.4 El papel de los jueces en el estado de derecho entre la creación judicial y la invasión de poderes.....	258
3.5 El estado del arte en los análisis jurisprudenciales del derecho a la salud.....	284
CAPÍTULO 4. LAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DEL DERECHO A LA SALUD.....	289
4.1 Las líneas jurisprudenciales en materia de atención médica.....	303
4.1.1 Línea jurisprudencial en materia de tratamiento oportuno y suministro de medicamentos.....	305
4.1.2 Línea jurisprudencial en materia de consentimiento informado.....	330
4.1.3 Líneas jurisprudencial en materia de responsabilidad médica.....	351

4.2 Líneas jurisprudenciales sobre protección contra riesgos sanitarios.....	381
4.2.1 Línea jurisprudencial en materia de tabaco.....	383
4.2.2 Línea jurisprudencial en materia de bebidas alcohólicas....	398
4.2.3 Línea jurisprudencial en materia de regulación de insumos para la salud.....	416
4.3 Línea jurisprudencial en materia de salud pública (prevención y promoción de la salud y vigilancia epidemiológica).....	441
4.4 Líneas jurisprudenciales en materia de factores determinantes básicos de la salud.....	467
4.4.1 La salud y su conexión con el medio ambiente.....	469
4.4.2 La salud y su conexión con el agua.....	475
4.4.3 La salud y su conexión con la vivienda.....	482
CONCLUSIONES.....	490
BIBLIOGRAFÍA.....	504

AGRADECIMIENTOS

Gracias a mis pilares en el mundo, quien han fungido un papel trascendental en mi línea temporal de vida, es verdad que el tiempo nos define, y no podría ser quien soy sin un pasado de amor gracias a mi María Luisa, a un presente lleno de dicha y complicidad a lado de mi Mónica y con la vista en un futuro más que prometedor con mi Ana Sofía y mi Natalia, inteligentes, cariñosas y talentosas. Gracias a todas ellas que me han llenado la vida con su cariño y bondad en cada etapa de mi formación como nieto, compañero, esposo y padre, es su pasión lo que me ha ayudado a definir mis objetivos y prioridades en la vida.

Sin estas notables mujeres que me han arropado no sabría llegado a donde estoy y no sería lo que soy.

Gracias por todo Moni, por tus consejos, tus observaciones, tus correcciones y sobre todo la paciencia, el apoyo y la comprensión que día a día demuestras conmigo y las pequeñas, que sin duda me han ayudado a ser una mejor persona en todos los aspectos. Un placer haber iniciado esta aventura hace ya más de 10 años y construir muchos momentos más a lado de una mujer tan exitosa, inteligente, guapa y objetiva. Este éxito es compartido.

A mis padres, por seguir apoyándome día con día, por preocuparse, por alentarme y por darme el ejemplo.

A mis hermanos, Oziel y Nancy por estar ahí en todos los momentos, demostrando su apoyo y su unidad, especialmente a mi hermana por sus correcciones de estilo y su apoyo en el diseño gráfico de la tesis.

A toda mi familia, tíos, primos, sobrinos, con los cuales he gozado de muchas alegrías.

A mi otra familia de vida, mis amigos de toda la vida, no creo encontrar en la vida personas tan maravillosas como ustedes, que con el paso del tiempo siguen estando cerca. Sobre todo, a Alberto por sus atinados comentarios, precisiones y correcciones, a Yoi por sus observaciones, a Abraham por su interminable ayuda y disposición y en particular su magia con los archivos. Y en general a quienes no dejaron de apoyarme para conseguir este objetivo.

A mi tutora, Dra. Sandra, por no ayudarme a no dejarme dar por vencido en este arduo proceso, pero sobre todo por su calidez humana, su forma de trabajo, su preocupación constante, por su forma para poder sacar en mi la estructura y metodología necesaria para culminar una sólida investigación, por ayudarme a confirmar que el conocimiento se comparte mejor con educación y empatía.

A los demás integrantes del Comité, Dra. Josefa y Dr. Edgar, por compartir una parte de su sabiduría y por sus consejos para poder formarme mejor en la investigación, un verdadero honor haberlos tenido en este largo proceso.

A la Universidad Nacional Autónoma de México y al Instituto de Investigaciones Jurídicas por seguir dándome la oportunidad de pertenecer a sus filas y de formarme en la máxima casa de estudios.

Una mención especial a la Dra. Susana Dávalos, por confiar en mi proyecto aún y cuando en su oportunidad no fui aceptado, pero que, gracias a sus comentarios, intenté ser parte del Instituto que ella coordinaba y a su vez fue quien me arropó en esta aventura con una gran asesora.

A mi equipo de trabajo en toda la extensión de la palabra, mis superiores, mis homólogos, mis muchachos y chicas y enlaces, ya que sin ustedes no hubiera sido posible aprender de este tema tan fascinante como es el derecho a la salud, y sin los cuales no se hubieran concretado tanto éxitos, logros y satisfacciones.

A la vida por enseñarme que nunca hay que darse por vencido, que hay que perseverar y prepararse siempre para lograr nuestra felicidad.

A nivel internacional está definitivamente superada la concepción de que los derechos sociales, económicos y culturales no son derechos legales. La idea de la no-accionabilidad de los derechos sociales es meramente ideológica, y no científica.¹

- Falvia Piovesan -

INTRODUCCIÓN

Al igual que todos los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), recientemente ampliados a lo ambiental, el derecho a la salud, históricamente, ha sido objeto de numerosos debates, desde el hecho de que carece de un contenido en específico en la norma fundante, esto es, en el artículo 4º constitucional no se encuentra predeterminado su núcleo esencial hasta otros reparos como la dependencia económica para su satisfacción, su reduccionismo a acciones positivas y la ausencia de mecanismos jurisdiccionales para garantizar su cumplimiento, teniendo como consecuencia que el mismo no sea susceptible de ser exigible de manera directa y mucho menos de obligatoriedad jurídica.

El derecho a la salud es uno de una gama de derechos socioeconómicos por los cuales los estados aceptan una obligación bajo el derecho internacional. Sin embargo, la política de derechos ha significado que los derechos socioeconómicos rara vez reciben el mismo estatus que las libertades liberales asociadas con los derechos civiles y políticos.²

De igual forma, la doctrina y sobre todo la práctica jurídica, hasta no hace mucho, los ha concebido como derechos no justiciables, como derechos imposibles de resarcir en el ámbito judicial en caso de que el Estado o los particulares conculquen estos derechos. Sin embargo, estas apreciaciones distan de ser correctas, al menos en la consideración de que los DESC únicamente establecen obligaciones positivas, ya que tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales constituyen un complejo de obligaciones positivas y negativas, como se podrá apreciar en el desarrollo de este trabajo.

¹ Piovesan, F. "Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos. Sur Revista de Derechos Humanos", 2004.

² Evans, Tony. A human right to health?. *Third World Quarterly*, 2002, vol. 23, no 2.

Acontece lo mismo con el tema presupuestal, siendo una objeción superada, en el entendido de que toda clase de derechos representa un coste y en el caso de los DESC, el Estado está obligado a tomar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles.

A pesar de que el derecho a la salud ha sido reconocido como derecho humano fundamental, en la práctica la atención a la salud en todas sus dimensiones presenta muchas dificultades y por consecuencia retos, estas problemáticas y soluciones necesitan ser expuestas, desde las cuestiones normativas, administrativas y programáticas hasta los fallos de los jueces para garantizar su cumplimiento.

Los avances del ámbito de protección del derecho a la salud han ido en aumento, pasamos de considerarla como un tema de atención médica a acciones de salud pública, no obstante, la definición tan ambigua tanto de la Carta Magna como de la Ley General de Salud hacen que se generen diversos problemas de índole jurídico, particularmente, en el ámbito administrativo.

La discusión que se plantea en este trabajo de investigación aborda problemáticas todavía vigentes respecto a los DESC, pero se centrará el análisis en el derecho humano a la salud, en particular, lo relativo a la determinación de su contenido esencial y la forma en como se ha ido subsanando éste a partir de otro de los temas aún espinoso, el de la justiciabilidad.

Dicha indeterminación, en cierta medida es responsable de la falta de exigibilidad de este derecho e incluso ha generado controversias en cuanto a su justiciabilidad, al no adscribirle derechos al individuo en estos rubros, en razón de que al poseer esta textura abierta es muy difícil definir los alcances, obligaciones y mecanismos de exigibilidad de éstos, en razón de que, si no se sabe que se va a proteger, es complicado determinar la forma de cómo garantizar su protección.

En este entendido, se pretende aclarar los contornos y contenido del derecho a la salud en términos jurisprudenciales, en atención a que ha sido el Poder judicial quien ha encontrado la solución a esta ausencia conceptual desde la vía del amparo, respondiendo a interrogantes como ¿Qué significa el derecho a la salud? ¿A qué obligaciones hace dan lugar? ¿Quiénes están constreñidos a garantizarlo? ¿Cuáles son las principales falencias dentro de la prestación de los servicios de salud? entre muchas interrogantes más que se van desarrollando a lo largo de esta investigación.

La importancia de los precedentes creados por los órganos de justicia, en la formación de esta especie de corpus iuris de la salud, en conjunto con el derecho convencional y la cláusula de protección especial de grupos vulnerables, hoy en día es la vía más efectiva para la concreción de derechos nominados e innominados.

En el transcurso de estos últimos 25 años, de una lectura a las sentencias objeto de estudio, destacan la falta de medicamentos, de atención médica, de calidad, de establecimientos de salud, de condiciones sanitarias adecuadas, de factores ambientales seguros, escasez de personal de salud, insumos inseguros, infraestructura precaria, de cultura de promoción y prevención, de enfermedades cardiovasculares y una falta del autocuidado, entre otros factores, lo que ha dejado entrever el largo camino que falta para garantizar el cumplimiento efectivo del derecho a la salud en México y el cual ha dado pie a la acción judicial por satisfacer estas pretensiones, tanto en lo individual como en lo colectivo.³

Para poder ofrecer un análisis y sobre todo un diagnóstico integral de este derecho, es necesario encontrar en estos fallos, la respuesta a las siguientes preguntas: ¿Qué derechos humanos tienen que ver con los problemas de salud? ¿Cuál es el discurso de los derechos que se debe tomar en consideración ante las cuestiones técnicas, económicas y las prácticas tan complejas que participan en el cuidado de la salud? ¿Qué contempla el contenido del derecho a la salud, como se va configurando ante su limitada inserción constitucional? ¿Cuál es la relación entre la salud y los derechos humanos? ¿Cómo el juzgador ha ido supliendo o complementando este contenido a partir de la adopción de tratados internacionales y de la nueva cosmovisión de los derechos humanos? ¿de qué sirve esta sinergia en la elaboración de precedentes? ¿Cómo se relaciona la jurisprudencia con el contenido del derecho a la salud?

A lo largo de esta investigación se muestran distintas acciones que demuestran las deficiencias en las estructuras administrativas y sobre todo la ineficiencia del aplicador del derecho en el nivel administrativo en todas sus dimensiones, que ha dado pauta a la justiciabilidad del derecho a la salud.

Por ejemplo, existen serios obstáculos en nuestro país para el ejercicio del derecho a la salud y de las prestaciones que este conlleva, particularmente en el contexto de la prestación de servicios de atención médica y de los problemas de

³ Algunas de estas problemáticas, las podemos encontrar en los distintos diagnósticos hechos por la Secretaría de Salud, al respecto véanse los mismos por entidad federativa en <http://www.calidad.salud.gob.mx/site/diagnosticos/>

salud pública como es el caso del crecimiento de enfermedades crónico degenerativas.⁴

Uno de los objetivos, es mostrar que tanto obedecen estos problemas al diseño normativo que presenta este derecho en nuestra Constitución, dada su inadecuada definición. Si a partir de esta vaguedad se ha derivado en distintos obstáculos legislativos y administrativos que repercuten en la exigibilidad del derecho a la salud en todas sus dimensiones.

Lo anterior, bajo la premisa de que la inserción constitucional del derecho a la salud no es suficiente por sí misma para la concreción de dichas prestaciones, toda vez que las mismas dependen en gran medida del desarrollo ulterior legislativo, y al no contar con ellas, se convierten en una declaración meramente formal, que solo da pauta a disposiciones programáticas.

Estas limitantes en la determinación del derecho a la salud, han devenido en actos u omisiones de la autoridad en la que desconocen la titularidad de estas potestades y por ende existe una inobservancia la normatividad para proteger la salud de la población.

Lo anterior deriva en reclamos por parte de los titulares de estas pretensiones jurídicas, detonando su exigencia por la vía judicial, lo que se traduce en estos últimos 25 años en un aumento de casos en los Tribunales para satisfacer un derecho genérico, pero que se ha ido subsanando en torno a su especificación a través de la justiciabilidad, derivando en potestades muy particulares en este ámbito como es el derecho a un tratamiento oportuno y su correlativo suministro de medicamento que no se contempla en el texto constitucional, salvo para las personas sin seguridad social, y para ser todavía más genéricos, ni siquiera se especifica lo que habrá de entenderse por servicios de salud, únicamente sienta el fundamento para establecer las bases y modalidades, sin mencionar si dentro de éstas, se encuentra la prevención y promoción de la salud, la protección contra riesgos sanitarios o simplemente la salud pública como tal.

Las pautas del contenido del derecho deberían poder encontrarse en la propia Constitución mexicana. Sin embargo, al acudir a los artículos que se refieren a este tema, descubrimos que son muy generales y aportan pocos elementos

⁴ Al respecto, en los Programas Sectoriales de Salud se aprecian las problemáticas que aquejan al sector, asimismo en el libro publicado por la Secretaría de Salud "La calidad de la atención a la Salud en México a través de sus instituciones", Estrella, Paulina Pacheco, ed. *La calidad de la atención a la Salud en México a través de sus instituciones*. Secretaría de Salud, 2015.

interpretativos. El párrafo cuarto del artículo 4° sólo señala que toda persona tiene derecho a la protección de la salud y que será la ley la que defina las bases para el acceso a los servicios en la materia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, como máxima instancia jurisdiccional y último intérprete de nuestra Constitución ha desempeñado un importante papel en cuanto a la solución de los asuntos sometidos a su jurisdicción, resolviendo los problemas planteados con las respectivas repercusiones jurídicas, sociales, económicas y políticas. En muchos de estos fallos, se aprecia que los efectos producidos no inciden únicamente entre las partes, sino que se configuran como temas de especial interés para la sociedad dada la relevancia jurídica y los criterios sustentados.⁵

Hay que ser consiente también de que, al insertar todas estas obligaciones en el texto constitucional, estaríamos deformando la idea de que la misma sólo establece los principios básicos, esto es, el contenido mínimo esencial que más tarde desarrollarán las legislaciones secundarias, toda vez que éste es el papel de la mismas, en el caso específico del derecho a la salud, la Constitución es clara al establecer las bases y modalidades del ejercicio de este derecho humano.

Por lo que, si bien esta falta de especificación de derechos específicos es negativa, en cierto modo puede justificarse al decir que es necesaria, puesto que, en cierto modo las normas que enmarcan los Derechos Económicos, Sociales y Culturales poseen una maleabilidad que conlleva a que se presenten de entrada como directrices constitucionales, a partir de las cuales el legislador está forzado a señalar el sentido y alcance del principio normativo, sin necesidad de ser muy profuso en sus objetivos.

Como sucede con la mayor parte de la legislación secundaria que regula los derechos sociales en México —en tanto que todas ellas fueron diseñadas y aprobadas antes de la reforma de 2011, de acuerdo con la ideología de los derechos sociales como normas programáticas—, la Ley General de Salud no configura con claridad prerrogativas que puedan ser exigibles por los ciudadanos hacia los poderes públicos. Frente a las anteriores carencias, resulta necesario acudir al ámbito internacional de los derechos humanos donde se ha ido desarrollando con mayor precisión qué es el derecho a la salud y a qué tienen derecho los ciudadanos cuando quieran hacer valer esta pretensión ante tribunales.

⁵ Brena, Ingrid, Decisiones Relevantantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Número 1. Donación de Órganos. Inconstitucionalidad del Artículo 333, Fracción VI, de la Ley General de Salud, 2004.

Lo anterior ha conllevado a que se dificulte la exigibilidad de este derecho, por lo menos en rubros determinados que no se enuncian en la norma fundamental y que se requiere de un ulterior desarrollo para establecer por lo menos las bases y modalidades, pero no así la adjudicación de derechos de manera directa. Usualmente, se aboga a la justiciabilidad para que se reconozcan tales derechos, siendo en sede jurisdiccional donde se han desarrollado más que en el ámbito legislativo y en la cuestión programática a cargo del Ejecutivo.

Así las cosas, nos proponemos dada la falta de claridad conceptual del derecho a la protección de la salud que dé cuenta de todas las dimensiones que subyacen al mismo y las repercusiones que conlleva en su exigibilidad, definir sus alcances a partir del análisis jurisprudencial, demostrando —con la ayuda de la identificación de líneas jurisprudenciales— que los jueces en la emisión de sus determinaciones en casos particulares relacionados con la salud del individuo o de la colectividad, dotan de contenido al enunciado constitucional mediante una reconstrucción hermenéutica del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad en aras de determinar el reconocimiento y titularidad de dichas pretensiones, al igual que el deudor de las obligaciones negativas y positivas impuestas por el derecho, reconfigurando el alcance de esas obligaciones y sus restricciones o limitaciones.

Se analiza cómo la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha reconocido ampliamente la naturaleza y alcance del derecho a la salud. Centrándonos en la crítica en el rol de jueces en la consolidación o no, del derecho a la salud, desde las determinaciones en todas estas dimensiones, la forma en cómo ha dotado de un núcleo normativo a este derecho y en que rubros ha centrado su discurso y en cuales no se ha pronunciado. Y como a partir de este análisis del discurso judicial, se puede obtener un diagnóstico sobre el acceso a estas distintas dimensiones del derecho a la salud, que previo a ello, descansa en lo que determina la autoridad y no en lo que el sujeto necesita para salvaguardar su salud.

Como consecuencias de este rol protagónico del ámbito judicial, habremos de dilucidar si se han presentado modificaciones constitucionales, legales y de política pública.

El objetivo es reflejar una visión en la que el Poder Judicial no es un mero espectador, sino que juega un papel primordial en la construcción de derechos, que por más que parezcan que tienen efectos limitados, lo cierto es que con la emisión y adopción de criterios son orientadores a casos similares y en algunos de ellos vinculantes. A lo cual, este trabajo sostiene la postura de la interpretación judicial

como una especie de creación judicial, en el entendido de que los juzgadores emiten al resolver el caso en concreto un razonamiento normativo, al vincularse con normas, razones para la acción, derechos, deberes y hacen una construcción a partir de ello para su aplicación a situaciones específicas o generales.

Por lo anotado, este trabajo de investigación, se adhiere a la postura a favor de la judicialización del derecho al acceso a medicamentos, a servicios de salud, a construcción y equipamiento de infraestructura, de profesionalización y demás prioridades que ha determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, considerando lo analizado en relación a que es factible judicializar las obligaciones positivas no atendidas o insatisfechas por parte del Estado, que constituyen su contenido esencial y que al no ser resueltas vulneran el derecho.

Este comportamiento proactivo de las cortes está asociado a la renuncia del poder legislativo sobre ciertos tópicos y a la inacción de la administración pública, pero proviene de los mecanismos de control constitucional y sistemas de pesos y contrapesos que sujetan la actuación de los poderes ejecutivo y legislativo al escrutinio de los tribunales. Esta separación clásica de los poderes no impide su coparticipación en la atención de los mismos problemas públicos, de modo que se analiza si las sentencias atienden un problema de política ante la inacción de la administración pública y si su actividad incide en la formación de la agenda pública.⁶

Esto se aprecia como una forma de reconocimiento que hacen los Tribunales al derecho a la salud que tiene toda la población, puesto que partimos de la idea que a pesar de encontrarse expreso en nuestra Constitución el mismo ha sido objeto de muchos obstáculos en cuanto a su exigibilidad, siendo en la última fase de ésta donde se han dado más avances en de obligaciones correlativas y también el de las garantías mediante las cuales se pueda exigir su cumplimiento.

Esto nos ayudará a verificar si es posible afirmar desde este conjunto de decisiones, la inclusividad del derecho a la salud como una labor interpretativa de los jueces, encontrando, si lo hay, las tendencias de interpretación contenidas en los fallos de los jueces para determinar si los mismos están ampliando o limitando la interpretación del derecho a la protección a la salud de todas las personas, desde el estudio de este patrón de desarrollo decisional y si el mismo da coherencia al

⁶ Cobo-Armijo, Fernanda, Charvel, Sofía; Pelcastre-Villafuerte, Blanca Estela. La judicialización del derecho a la protección de la salud desde la óptica de los actores clave, Salud pública de México, 2021, vol. 63, no 2, Mar-Abr. Al igual que Tejeda, Enrique García, Silva, Juan Guillermo Vieira, Derecho y políticas públicas: Sentencias judiciales y políticas de salud en México a la luz del caso colombiano, Estudios de Derecho, 2021, vol. 79, no 173.

sistema desde una argumentación uniforme para la interpretación de los derechos constitucionales.

Asimismo, se sostiene que, los jueces a través de sus determinaciones de alto impacto han motivado cambios legislativos e incentivado una visión más garantista del derecho a la salud a partir de lo consignado en los tratados internacionales políticas públicas centradas en todas las dimensiones que abarca el derecho a la salud.

Un ejemplo de lo anterior, es en enfoque de derechos humanos que se ha vinculado con el derecho a la atención primaria, que comprende acciones curativas, paliativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias, a partir de la prevención y promoción para la protección de la salud, de acuerdo con la edad, sexo y los determinantes físicos, psíquicos y sociales de las personas y en caso de aquellos sin seguridad social, la prestación gratuita de servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados, que incluso esto último forma parte del texto constitucional.

Este trabajo, se enfoca en la concreción del contenido del derecho a la salud y cómo a partir de éstas determinaciones se ha ido progresando en la protección de este derecho, principalmente por la vía legislativa, que mayoritariamente ha prestado atención a los argumentos del juzgador.

Para lo cual habremos de explicar con base en este análisis de casos, el impacto (exigibilidad) de la jurisprudencia emitida por la Corte, la adopción de diversos parámetros jurisprudenciales por parte del legislador y de la administración pública, lo que puede entenderse como una suerte de diálogo interinstitucional.

La propuesta radica en la vinculación que nos da la justiciabilidad del derecho a la salud, con su exigibilidad, en atención al papel de la judicatura en otros terrenos, en la generación y/u instrucción del diseño de políticas públicas, de deber de regulación y sobre todo de interpretación que ha servido de sustento en la creación y reconocimiento legal de los mismos, sobre todo en dimensiones novedosas para los individuos.

Esta investigación intenta mostrar la influencia de los principios en materia de derechos humanos aplicados al derecho a la salud en la forma de consolidar y construir derechos a partir de lo consignado en la normatividad sanitaria y cómo estos argumentos del Poder Judicial brindan orientación a los gobiernos a medida que toman decisiones sobre los objetivos, recursos, enfoque y modelo de las políticas de salud pública.

No basta la identificación de líneas en las demás materias que configuran el derecho a la salud, sino que es imprescindible ver los efectos que está generando en la materialización de este derecho. Esto se podrá inferir como consecuencia del estudio y análisis de las líneas jurisprudenciales en torno al derecho a la salud como este reconocimiento de pretensiones de nuestros tribunales, mucha de las veces posibilita la consagración normativa de ciertas potestades o al menos poner en oídos del legislador estos cambios tan necesarios y en muchos de los casos poner en evidencia los resultados de la política pública en esta materia.

Precisamente, es esta construcción judicial en torno al derecho a la salud la que nos ocupa, ya que a partir de ella se intenta mostrar cómo el Poder Judicial tiene una visión integral de lo que implica esta prerrogativa, puesto que abandona la concepción imperante de que la salud se concebía la ausencia de enfermedad para verse como un tipo de bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva otro derecho fundamental, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica. De ahí que resulta evidente que el Estado tiene un interés constitucional en procurarles a las personas en lo individual un adecuado estado de salud y bienestar.

Por lo que refiere a la falta de justiciabilidad, esta es una característica de los derechos sociales, la cual sólo alcanzarían en la medida en que el legislador hubiera establecido acciones concretas en su protección. Bajo este tenor, los mismos necesariamente fundan su aplicación en la configuración legislativa, lo que ha llevado a nombrarlos despectivamente como derechos de “segunda” y que es inevitable un ulterior desarrollo institucional y que precisamente resulta más intenso y más “real” en cuanto menos depende de esta configuración legislativa posterior.

Los problemas que representa la judicialización de la salud, es consecuencia del fracaso de las garantías primarias, por lo que es imprescindible que los poderes legislativos y ejecutivo, tomen en consideración los fallos relevantes que se derivan de la justiciabilidad del derecho a la salud, no como llamadas de atención, sino como acciones de mejora en la promoción, respeto, protección y garantía del mismo.

Este puente entre el enunciado normativo del derecho a la salud y la exigibilidad de éste, en particular la justiciabilidad, es el que nos interesa, toda vez que dicho mecanismo de garantía es el que realmente habrá de reafirmar los esquemas de protección de las otras dimensiones (legislativo y administrativo). Esto se logra, a partir de los efectos que genera en estos poderes la interpretación judicial desde un dialogo interinstitucional basado en la interpretación conforme y pro persona.

Es por ello que se intenta explicar cómo a través de la justiciabilidad se ha encontrado un medio para la solución individual en determinados reclamos que tienen que ver con el derecho a la salud e inclusive en algunos casos, como esta forma jurisdiccional al garantizar su cumplimiento ha tenido efectos colectivos, aún con la limitante del principio de relatividad de las sentencias y dar cuenta del papel que ha desempeñado nuestro Poder Judicial en los últimos 25 años, reconstruyendo el desarrollo de la línea jurisprudencial de esta prerrogativa constitucional durante los años de 1997 a 2020, haciendo una crítica de manera general en torno a estos rubros agrupados, dotando de una estructura a las decisiones judiciales que se han presentado en relación a este derecho, mostrando su evolución normativa.

Son muy interesantes los efectos de sus fallos, los cuales, en atención a la Ley de Amparo, deben ser *erga omnes*, basado en el principio de relatividad de las sentencias, contrayéndose a la afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. En este entendido, se analiza un asunto en esta materia en el cual el Poder Judicial se pronuncia sobre omisiones legislativas y reglamentarias, ordenando se cumpla con el mandato normativo para regular temas de salud.

El motivo de adentrarnos en este análisis obedece a que en la actualidad, no hay estudios previos que hayan analizado los efectos de las sentencias judiciales en los diferentes rubros de la salud en México dadas las implicaciones de éstos en la efectiva garantía y cumplimiento de este derecho, que ha sido definido en las sentencias judiciales, pero que deja mucho que desear en la instrumentación legislativa y administrativa.⁷ Si bien existen estudios sobre los efectos de las decisiones judiciales en la política pública, éstos han identificado que los tribunales mexicanos son cautos para intervenir en las políticas de salud.⁸ No obstante, este trabajo tiende a analizar el problema sobre la especificación del contenido normativo del derecho a salud y su construcción en sede judicial. A partir de sus propias dimensiones internas y externas.

Para identificar los casos analizados en este trabajo, se utilizaron los sistemas de consulta de la Suprema Corte, y en particular, palabras clave como: salud, derecho a la salud, derecho a la protección de la salud, atención médica, servicios de salud, responsabilidad, responsabilidad médica, consentimiento, tratamiento, medicina, *lex artis*, medicamentos, vacunas, médicos, riesgos sanitarios, medidas sanitarias, insumos para la salud, dispositivos médicos, tabaco,

⁷ Cobo-Armijo, Fernanda, Charvel, Sofía; Pelcastre-Villafuerte, Blanca Estela, Óp. cit., nota 6.

⁸ Ídem.

bebidas alcohólicas, alcohol, registro sanitario, permiso sanitario, control sanitario, epidemiología, promoción, prevención, vectores, alerta sanitaria, vigilancia sanitaria, vigilancia epidemiológica, condicionantes básicos.

Una vez que se logró identificar todos los criterios jurisprudenciales, se procedió al análisis de cada uno a partir de tres elementos, el primero de ellos dado su naturaleza, ya fuera sustantivo o procedimental, en segundo término se hizo una clasificación por dimensiones de la salud, agrupando las tesis aisladas y jurisprudencias dependiendo el tema que abordaron - atención médica, la vigilancia epidemiológica, la promoción y prevención de la salud, la protección contra riesgos sanitarios, las enfermedades transmitidas por vectores y la investigación en salud, así como otros condicionantes básicos de este derecho.

Y posteriormente, una vez clasificado por dimensiones internas y externas, se analizaron los precedentes que generaron mayor número de criterios judiciales y apoyados con la metodología de Diego López Medina, en cuanto a que fuera la más reciente posible, que, en los hechos relevantes, tuviera el mismo patrón fáctico con relación a la interpretación del derecho a la salud sometido a la investigación. Y desde luego, que se encuadrará en algunos de los rubros que configuran el derecho a la salud.

Para efectos de estudio y sistematización, podemos agrupar en categorías de análisis estos 400 criterios relacionados con el derecho a la salud en cuatro grandes líneas jurisprudenciales (1) atención médica; (2) riesgos sanitarios; (3) salud pública (prevención de la salud, vigilancia epidemiológica y vectores) y (4) conexidad con otros derechos como condicionantes básicos del derecho a la salud, que el Poder Judicial ha venido desarrollando a lo largo de sus más de 25 años de producción jurisprudencial en la materia, desde la primera sentencia de suministro de medicamentos en 1997 hasta aquellas acontecidas en 2020.

De este filtro, que puede variar conforme los criterios de búsqueda y el objetivo de análisis, se dependen estas cuatro líneas jurisprudenciales, de los siete rubros de la salud a los que hicimos mención en el primer capítulo, y a su vez, determinados subrubros como es el caso de: acceso a medicamentos, tratamiento oportuno, consentimiento informado, responsabilidades médicas, el rubro de atención médica o de insumos para la salud, bebidas alcohólicas y tabaco por lo que concierne a la protección contra riesgos sanitarios por mencionar algunos.

En este acometido, se han presentado problemas, puesto que hay muchas resoluciones en el mismo tema y dentro del mismo rubro, por lo que el estudio se

acotó a las jurisprudencias paradigmáticas y luego las jurisprudencias consolidadoras, dejando de lado las reiterativas, para lo cual se deben estudiar todos los asuntos y una vez que se agrupen y sistematicen por estas dimensiones de la salud a las que nos hemos referido, poder delimitar las líneas y determinar su utilidad en el ejercicio de este derecho.⁹

Aunado a la anterior dificultad, no existe como tal una sistematización por materia pre-elaborado por el Poder Judicial que nos apoye a conocer con detalle los criterios que ha emitido, ya que el buscador está acotado a las épocas y si es o no jurisprudencia o tesis aislada y a un buscador por palabra, no así por derecho en específico, lo que sin lugar a dudas sería de gran ayuda tanto en la determinación de los asuntos como en la difusión y conocimiento de los que acuden ante dichas instancias y desde luego de la población en general.¹⁰

Como parte de estos obstáculos, se detectó que las tesis no están vinculadas en la búsqueda grupal con cada uno de sus antecedentes, sino que es preciso abundar en cada una de ellas, para poder vincular ambos datos. Asimismo, del análisis de diversas sentencias se pudo concluir que aún y con la relevancia de éstas, no se generaron criterios de interpretación, incluso cuando éstas trataron sobre temas de suma importancia en la consolidación del derecho a la salud.

Se tomaron en cuenta todas las decisiones constitucionales, en razón de que son verdaderos precedentes con fuerza vinculante (tesis de jurisprudencia) y todas aquellas tesis aisladas de índole orientadora, que es en donde más se ha desenvuelto y progresado el contenido del derecho a la salud en todas sus facetas.

De estos filtros, se pudo proceder a la reconstrucción de líneas jurisprudenciales en 4 ámbitos 1) atención médica, 2) protección contra riesgos sanitarios, 3) la salud pública en la que se insertan la prevención de la salud, promoción de la salud, vigilancia epidemiológica y vectores, y 4) la relación de conexidad con otros derechos humanos, como es el medio ambiente, la vivienda, el agua y el deporte.

⁹ En atención a que el número de sentencias relacionadas con el derecho a la protección de la salud es relativamente extenso, se tratan de incluir todos los asuntos que abordaron el tema en el fondo, tanto en sus componentes como en los principios en los que se han basado los tribunales para resolver estos casos paradigmáticos.

¹⁰ Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y la Corte Constitucional de Colombia tienen buscadores temáticos por materia, que si bien es limitado a los fallos destacados, contempla un esquema muy interesante consistente en establecer en la propia determinación palabras clave, lo que abonará en la búsqueda de la información que sea del interés del juzgador, del litigante, del académico, o inclusive de los trabajadores de la salud y sobre todo de los beneficiarios de este bien jurídico tutelado.

Esta construcción de líneas, nos ayudará a identificar las dimensiones internas (atención médica, la vigilancia epidemiológica, la promoción y prevención de la salud, la protección contra riesgos sanitarios, las enfermedades transmitidas por vectores y la investigación en salud), y externas (determinantes básicos de la salud) de este derecho a partir de la emisión de los distintos criterios jurisprudenciales emitidos en los últimos 25 años.

Se exponen diversos casos en los que se analizan las razones que justifican la decisión del juez y el criterio emitido a partir de los hechos motivos de la controversia en donde se vio comprometido el derecho a la salud.

Es importante el trabajo clasificatorio y de análisis realizado en torno a las determinaciones y como han ido ampliándose, desde la generada en un inicio respecto al derecho para el suministro de medicamentos como parte integral de la atención médica, el establecimiento de las vías para reclamar una responsabilidad en esta materia, incluso entre particulares, pasando por la creación de establecimientos de atención médica como el caso de Pabellón 13 en el INER, la construcción de un centro de salud en la comunidad indígena Mini Numa, hasta recientemente ordenar que se cumpla con la reglamentación en materia de uso medicinal del cannabis y la obligación del Estado de proporcionar todas las acciones a su alcance para garantizar un tratamiento oportuno, constante y permanente, todo ello dentro de las dimensiones que abarca el derecho a la salud, que se vieron en la primera parte de esta investigación.

Asimismo, si como ya precisamos, el derecho a la salud no se limita a la salud física del individuo, es decir, a que la persona no padezca una enfermedad física, sino que va más allá, a fin de comprender también la salud mental o psíquica de la persona y que, a su vez, implica la salud sexual, pues, sólo de esta forma, la persona obtiene un estado de bienestar general,

A reserva de analizar a profundidad el patrón factico en este tema que se configura desde la prestación de servicios de atención médica, se puede desprender cómo nuestros tribunales han sido conscientes de la obtención del derecho a suministrar medicamentos y tratamientos oportunos, otorgar o no su consentimiento válidamente informado y a rechazar tratamientos o procedimientos, a partir de la información brindada por los profesionales de la salud en aras de que se decida si acepta ser intervenido con los riesgos inherentes y los efectos que puedan tener tales tratamientos o intervenciones, así como de la responsabilidad derivado de la posible mala práctica y o un actuar negligente.

Para lo cual, procederemos a señalar cuales son los hechos que propiciaron el disenso, los problemas jurídicos que propiciaron que se forjaran esas razones de la decisión, y a partir de la *ratio decidendi* ir construyendo un patrón dentro de cada tema en el que se desenvuelve el derecho a la salud. Para ello se exponen a partir del trazado de líneas jurisprudenciales este reconocimiento judicial.

Las sentencias que se exponen, principalmente las sentencias hito, constituyen un importante aporte a la línea jurisprudencial en materia del derecho a la salud, en atención a que da cuenta de la amplitud del derecho a la salud y su conexidad con otros derechos humanos.

La creación de líneas jurisprudenciales, nos permitirá visualizar la dimensión práctica a los derechos humanos, con un enfoque crítico, a partir de los conceptos (problema jurídico y determinación) que subyacen a los asuntos ventilados jurisdiccionalmente y su interrelación con los hechos. Cada jurisprudencia que manejamos tuvo su origen en un problema jurídico, pero no en cualquier problema jurídico sino en uno que no tenía solución directa o clara en las normas jurídicas existentes, eso es lo que lo convierte en un problema especial.

Este trabajo se justifica en razón de la falta de estudios jurisprudenciales que identifiquen de manera clara y fiable las líneas jurisprudenciales en relación con las cuestiones litigadas ante los Tribunales. A falta de compilaciones de las principales líneas decisionales, este trabajo busca identificar los patrones decisionales que han acompañado al derecho a la salud en sus distintas dimensiones, particularmente la de atención médica, protección contra riesgos sanitarios y su conexidad con otros derechos, en estos últimos años.

El análisis de cada tesis o ejecutoria se compone de un estudio del contexto fáctico y normativo necesario para entender la importancia del problema jurídico que se analiza, así como del análisis, propiamente dicho y las conclusiones que se extraen en torno a la dimensión de la salud de que se trate, poniendo de relieve las tendencias que se observan en la jurisprudencia, así como sus posibles inconsistencias, fortalezas y debilidades.

Este trabajo busca entonces, utilizar la metodología de construcción de líneas jurisprudenciales para identificar si el derecho a la salud es un derecho inclusivo. Para ello, este trabajo indaga por las distintas dimensiones que configuran a este derecho y muestra, desde esta metodología, cómo es que los jueces establecen una solución a casos particulares en los que se manifiesta este derecho. Destaca la coherencia y consistencia como una tendencia que sigue los postulados de la

Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, los cuales implican un escenario de protección especial a todo tipo de personas, con énfasis en los sectores vulnerables.

A nivel práctico, se presenta este trabajo con el objetivo de participar en discusiones jurisprudenciales desarrolla la capacidad de analizar y pensar de manera crítica y creativa sobre el derecho. Estas habilidades son siempre útiles en la práctica jurídica, especialmente cuando se enfrentan cuestiones novedosas dentro de la ley o cuando se intenta formular y defender enfoques novedosos de problemas legales. Así que incluso aquellos que necesitan una justificación “básica” para cualquier cosa que hagan deberían poder encontrar razones para leer la teoría jurídica.

Mientras que, en lo académico, la jurisprudencia, los precedentes y las líneas jurisprudenciales desarrolladas por los tribunales nacionales o internacionales contienen nuestra doctrina jurídica aplicada en la vida real, estas instituciones jurídicas están estructuradas de tal forma que podemos beneficiarnos de ellas en la docencia pues se trata precisamente del uso de un producto de la dimensión práctica del derecho.

La intención es mostrar la vinculación entre las *ratio decidendi*, que subyacen a este grupo de sentencias como parte del proceso de justiciabilidad del derecho a la salud, con la generación de enunciados normativos que permiten organizar, estructurar y operar en el ámbito administrativo estos derechos fundamentales para la persona, construyendo líneas jurisprudenciales que muestren la evolución de la naturaleza conceptual y normativa de este derecho, especialmente en la atención médica, la protección contra riesgos sanitarios, la prevención y promoción de la salud y la vigilancia sanitaria.

Para tales efectos, en el primer capítulo, se aborda la necesidad de la configuración del derecho a la salud como derecho humano, partiendo del concepto de este bien y proponiendo alternativas a su definición de hace más de 75 años. Asimismo, se muestra la vinculación entre el discurso y el enfoque de derechos humanos con la salud. Y finalmente, el marco normativo nacional e internacional sobre el que descansa este derecho y que ha servido para construir nuevos pronunciamientos por parte del Poder Judicial de la Federación en los últimos 25 años.

También, habremos de definir el contenido del derecho a la salud en siete de sus dimensiones, como es la atención médica, la vigilancia epidemiológica, la

promoción y prevención de la salud, la protección contra riesgos sanitarios, las enfermedades transmitidas por vectores y la investigación en salud.

En aras de dotar de mayor claridad, se ofrece un repaso de la conexión entre la salud y los derechos humanos, que desde hace tres cuartos de siglo se ha ido consolidando en los ordenamientos jurídicos locales e internacionales, observando desde estos últimos, como la salud no se contrae a la atención médica, ni siquiera a la salud pública sino a determinados derechos que son condicionantes básicos para la salud.

Y cuales son los derechos que le asisten a los usuarios de estos servicios de salud, con las correlativas obligaciones de la autoridad sanitaria para dar cuenta de las mismas.

En este mismo apartado se habrán de señalar los mecanismos de protección de este derecho, considerando las garantías primarias y secundarias, analizando su concreción mediante la adopción de medidas legislativas, el acompañamiento a través de políticas públicas con base en estructuras administrativas y programas y modelos de atención en los diversos rubros como la atención médica, la vigilancia epidemiológica, la promoción y prevención de la salud, la protección contra riesgos sanitarios, las enfermedades transmitidas por vectores y la investigación en salud

Acto seguido, en el capítulo dos, damos cuenta sobre los problemas de exigibilidad que rodean al derecho a la salud, enfatizando lo relativo a su falta de contenido y la ausencia de mecanismos jurisdiccionales (justiciabilidad) para hacerlos efectivos en caso de violación. Y se exponen algunas de las críticas que se han hecho de manera puntual a este derecho dada su naturaleza.

Cerramos con la importancia que tiene la justiciabilidad como el último recurso para la satisfacción del mismo, y cómo este mecanismo ha ido consolidándose en nuestro país. Por último, se analizan los distintos fallos emitidos en las dimensiones internas y externas del derecho a la salud, observando como gracias a estas interpretaciones, el contenido esencial del derecho a la salud se ha ido ampliando tanto en las dimensiones internas como externas de este derecho.

El capítulo tercero da cuenta de la metodología a utilizar, para ello habremos de agrupar ciertos precedentes en torno a las categorías analíticas del derecho a la salud en cuanto a su configuración propia, así como la vinculación con otros derechos humanos en carácter de condicionantes básicos para éste, ya sea, desde la interdependencia del derecho a la salud con el medio ambiente, la vivienda y el mínimo vital o de manera autónoma.

Dado el valor para el conocimiento del Derecho Administrativo que pretende esta investigación, que parte de contextos caracterizados por su alta litigiosidad (responsabilidad médica, falta de medicamentos, ejercicio de la libre profesión ante medidas de control sanitario, entre otros), la reconstrucción de líneas jurisprudenciales se desarrolló bajo los siguientes parámetros:

- Identificación de un problema jurídico claramente establecido que haya sido resuelto por la jurisprudencia, siendo éste el contenido del derecho a la salud y su justiciabilidad;
- Definición de un patrón fáctico y jurídico en el que típicamente se presente la cuestión indagada, que sirva de marco de referencia a la búsqueda de sentencias, consistente en las distintas dimensiones que comprende el contenido normativo del derecho a la salud;
- La investigación exhaustiva de los distintos pronunciamientos que se hayan ocupado del asunto en el lapso señalado, arrojando un total de 200 sentencias y 400 criterios;
- En la selección previa de las principales determinaciones (sentencias hito), se pudieron observar muchas determinaciones que sirvieron de referencia, como son los amparos en revisión 378/2014, 117/2012, 315/2010, 173/2008, 2231/1997 así como la contradicción de tesis 93/2011. y
- Y la ordenación y agrupación del material en torno a posturas defendidas a lo largo del tiempo, que reflejen los debates internos que se han dado en la jurisprudencia y hagan apreciable la evolución y vicisitudes de la regla controlante del caso, se aprecia en la construcción de las distintas líneas jurisprudenciales expuestas en materia de salud con sus subrubros.

Parafraseando a Muguerza y Habermas, el derecho a la salud, posee un rostro jánico y miran simultáneamente en dos direcciones: en este caso a la salud misma y en otro a los derechos que la condicionan.

Finalmente, se hace un recorrido por los argumentos vertidos en estos años sobre la vigilancia epidemiológica y la interrelación con las acciones de prevención y promoción de la salud, como es el caso del acceso a anticonceptivos en adolescentes.

En esta parte final, se exponen las líneas jurisprudenciales que se han de desarrollarse en relación al derecho a la salud, por lo que se ofrece un cuadro

sinóptico de las sentencias involucradas por temática al inicio de cada dimensión que se analizará. Para dar cuenta de lo anterior, se exponen de manera breve un resumen de los casos que propiciaron las tesis aisladas o en su oportunidad jurisprudencia, ya sea en el tema o en la construcción del derecho a la salud, no olvidemos que muchos de los criterios emitidos tienen que ver más con la naturaleza jurídica del derecho a la salud, que con la analogía sobre casos en particular.

A lo cual se recogen fallos de distintos rubros que componen el derecho a la salud, organizados temáticamente y reseñados de manera que se comprenda fácilmente la forma como cada decisión constituye un avance local o la manera como pone en práctica la implementación de los estándares nacionales.

Bajo estas consideraciones, nos proponemos dar cuenta de las distintas líneas jurisprudenciales que hemos detectado en torno al derecho a la salud, comenzando por lo relativo a la atención médica por ser la que más se ha desarrollado por parte de nuestros tribunales, lo anterior a partir de 3 rubros: 1) derecho al suministro de medicamentos como parte de un derecho más amplio que es el derecho a un tratamiento oportuno¹¹; 2) consentimiento informado, y 3) responsabilidad médico sanitaria.

Acto seguido procedemos con las líneas jurisprudenciales desarrolladas en materia de protección contra riesgos sanitarios, que igual que en atención médica, también se divide en tres apartados como lo es: 1) insumos para la salud; 2) tabaco, y 3) bebidas alcohólicas.

Finalmente, se exponen las líneas jurisprudenciales relativas a 1) la salud pública en la que se insertan la prevención de la salud, promoción de la salud, vigilancia epidemiológica y vectores, y 2) la relación de conexidad con otros derechos humanos, como es el medio ambiente, la vivienda, el agua y el deporte.

¹¹ Dentro de esta línea encontramos algunas referencias a la investigación en salud. No obstante, el tribunal por no ser materia de la litis, no estimo oportuno fijar como criterios los argumentos expuestos en esta dimensión.

“La salud no lo es todo pero sin ella, todo lo demás es nada”“La salud excede de tal manera a los bienes exteriores que en realidad un mendigo sano es más feliz que un rey enfermo” “En general, las nueve décimas partes de nuestra felicidad se fundan en la salud” “Es cierto que nada contribuye menos a la felicidad que la riqueza, y que nada contribuye más a ella que la salud”.¹²

- Schopenhauer -

CAPÍTULO 1. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO HUMANO

Los derechos humanos en el campo de la salud plantean algunas preguntas problemáticas sobre la aplicabilidad de tal instrumento legal, como las obligaciones que se deben de cubrir, a quién son aplicables y de qué forma se deben materializar a partir de su inserción constitucional, no como meras normas programáticas, sino como auténticos derechos. A pesar del acuerdo general que el lenguaje de los derechos humanos es el más adecuado para la regulación sanitaria, hay puntos de vista divergentes sobre dichos pilares normativos.

Por ejemplo, se ha criticado el uso del término derecho de atención a la salud, que es aún más específico y claro que el ambiguo término general del derecho a la salud; filósofos y economistas lo definen como un término retórico, ausente de especificidad real para los problemas de la atención médica.¹³ Se dice que el derecho a la salud es el más grande de los absurdos, ya que es imposible garantizar una salud perfecta; por otro lado, el término derecho de atención a la salud es concebido como la prestación de servicios médicos exclusivamente.¹⁴

Es una realidad que a partir del enunciado constitucional, en lo que respecta al derecho a la salud, no deviene ningún tipo de obligación estatal o potestad específica para el sujeto, sino que es preciso —tal y como acontece con todos los

¹²Schopenhauer, Arthur, *Aforismos sobre el arte de vivir*, Alianza editorial, 2009.

¹³ Bole, Thomas, *The rhetoric of rights and justice in health care*, Rights to Health Care, Springer, Dordrecht, 1991, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1991.

¹⁴ Ídem.

derechos de esta índole— acudir a la norma secundaria para romper con esta ambigüedad y otorgarle concreción a ciertas circunstancias que se deben de considerar en la prestación de los servicios relacionados, tanto de atención médica, prevención y promoción e investigación en esta materia. Por lo regular, los servicios de salud se caracterizan por sus efectos individuales, vinculándose esta prerrogativa principalmente a la atención médica y no se identifica con su dimensión social como es el caso de la protección contra riesgos sanitarios y de vigilancia epidemiológica que se enfocan en el ámbito colectivo.

Este problema conlleva que se dificulte la exigibilidad de este derecho, por lo menos en rubros determinados que no se enuncian en la norma fundamental y que se requiere de un ulterior desarrollo para establecer por lo menos las bases y modalidades, pero no así la adjudicación de derechos de manera directa. Usualmente, se aboga a la justiciabilidad para que se reconozcan tales derechos, siendo en sede jurisdiccional donde se han desarrollado más que en el ámbito legislativo y en la cuestión programática a cargo del Ejecutivo.

La principal intención de este apartado radica en especificar el contenido esencial del derecho a la salud, desde su configuración normativa, la aplicación administrativa que significa su inserción constitucional y legal, hasta llegar (en un apartado posterior) a una especie de reconfiguración y consolidación judicial del mismo, derivado de la interdependencia con otros derechos y principios, que aun y cuando, a partir de diversos estudios, declaraciones y diagnósticos, se ha demostrado plenamente esta importancia, dicho tema sufre de la actual inobservancia por parte de los estudiosos del Derecho.

Esta insuficiencia en la especificación de derechos específicos si bien es negativa, en cierto modo puede justificarse al decir que es necesaria, puesto que, en cierto modo las normas que enmarcan los Derechos Económicos, Sociales y Culturales poseen, en atención a su formulación lingüística, una "textura abierta",¹⁵ lo que conlleva a que se presenten únicamente como directrices constitucionales, a partir de las cuales el legislador está forzado a señalar el sentido y alcance del principio normativo.

¹⁵ Hart, Herbert Lionel Adolphus, and Genaro R. Carrió. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

1.1 LAS COMPLEJIDADES QUE ENFRENTA EL DERECHO A LA SALUD

Las críticas que surgen en torno a este tipo de derechos son demasiadas, y en el caso del derecho a la salud, incluso se ha aludido que no es un auténtico derecho al no tener un contenido bien definido ni un sujeto obligado al cual hacer exigible su cumplimiento, dado que se le ha considerado como un principio programático, que no tiene eficacia directa y sobre todo carente de justiciabilidad.

La crítica más reverdeciente en nuestro ordenamiento jurídico es de hace casi 30 años, al nombrarle “derecho a la protección de la salud”, argumentando que el derecho a la protección de la salud en sus diversas aristas implica distintos deberes estatales para su satisfacción. En ese sentido, se obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias inclusive medidas legislativas de carácter penal, en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional, no obstante, por el carácter programático que reluce a este paternalismo del Estado, en lo que concierne a los derechos sociales, terminó por denominarse de esta forma.

En su oportunidad, Cossío Díaz señalaba que el derecho a la protección de la salud en México, era solamente una disposición de carácter programático, que se limitaba a establecer directivas de acción para los poderes constituidos, mencionando que ese tipo de normas programáticas en una Constitución únicamente representan el estímulo y guía de la acción de gobierno, pero de ninguna forma alcanzan a tener carácter vinculatorio.¹⁶ No obstante, como integrante del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fue uno de los ministros que más abogó por la justiciabilidad del derecho a la salud, muestra de ello, lo podremos ver en la proyección de algunas de las sentencias analizadas, en las cuales se desprende la exigibilidad de este derecho.¹⁷

¹⁶ Cossío Díaz, José Ramón. Estado Social y Derechos de Prestación. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. Posteriormente, este cambio de visión lo podemos apreciar en sus libros “Modelos Médicos y Modelos Jurídicos”, “Salud y derecho en tiempos de covid” y “El ejercicio profesional médico y el Derecho” Cossío Díaz, José Ramón, Perez Tamayo, Ruy, Modelos Médicos y Modelos Jurídicos, Tirant Lo Blanch, 1ª ed., México, 2016. Cossío Díaz, José Ramón, Salud y derecho en tiempos de covid, Tirant Lo Blanch, 1ª ed., México, 2021. Cossío Díaz, José Ramón, El ejercicio profesional médico y el Derecho, Tirant Lo Blanch, 1ª ed., México, 2022, así como el artículo Ampliaciones al derecho a la salud disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/16317/17027>

¹⁷ “DERECHO A LA SALUD. SU NATURALEZA NORMATIVA.” Instancia: Pleno, Novena Época, Materia(s): Constitucional, Tesis: P. XV/2011, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, página 31, Tipo: Aislada. DERECHO A LA SALUD. LAS OBLIGACIONES QUE LA LEY IMPONE DAN FORMA A UNA ESPECÍFICA MODALIDAD DE GOCE DE AQUÉL, Y DELIMITAN SU CONTENIDO EN UNA SOCIEDAD

Las condiciones para la buena salud no se pueden desvincular de los reclamos negativos ni los derechos a la protección de la misma de los reclamos positivos. Esto parte de la afirmación de que los derechos civiles y políticos son derechos humanos pero los derechos socioeconómicos son meras aspiraciones. A partir de esta distinción entre derechos negativos y positivos, se ha identificado, de manera sesgada, a aquellos que cumplen con su deber de proteger los derechos de cierta forma.

La falta de definición y de contenido ha derivado en el cuestionamiento en torno a si es un derecho a la salud o un derecho a la protección de la salud, cuál es su contenido esencial y las obligaciones que implica y desde luego para quienes, en qué consiste su protección, qué dimensiones abarca y cómo se aplican los mecanismos institucionales y judiciales para su protección, si el mismo puede reclamarse de manera judicial o no, y cuáles son sus alcances e implicaciones.

De entrada, este trabajo aboga por el desarrollo constitucional del derecho a la salud, que permita, por una parte, configurar todas las dimensiones que subyacen al mismo, comprendiendo tanto cuestiones positivas como negativas y que, como consecuencia de ello, permitan que los mecanismos de protección (legislativo, administrativos y judiciales) tengan un sustento constitucional.

Lo anterior, se busca a partir del hallazgo de estas dimensiones dentro del desarrollo jurisprudencial del Poder Judicial de la Federación, el cual ha ido definiendo los alcances del contenido esencial del derecho a la salud en sus distintas facetas, de manera progresiva e inclusiva, en los últimos 25 años, adjudicando derechos nominados e innominados a los sujetos e inclusive colectividades a través de sus sentencias, lo cual se traduce en la materialización de la exigibilidad de este derecho.

En ese sentido, intentaremos ir articulando este contenido del derecho a la salud mediante la vinculación entre los discursos nacionales y la consagración jurídica principalmente en el orbe internacional, siendo este último el que ha sido base para complementar nuestra constitución y darles solidez a derechos derivados del derecho a la protección de la salud.

Si bien la aparición de este derecho en el mundo data de hace más de 80 años, con la adopción de la definición en nuestro ordenamiento jurídico, aparentemente vigente, hace ver que nuestra regulación no ha ido de la mano con

DETERMINADA. Instancia: Pleno, Novena Época, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: P. XVII/2011, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

los instrumentos internacionales, aunque lo cierto es que, si vemos lo discutido a nivel internacional y jurisdiccional, se observan cambios radicales adaptándose a las circunstancias actuales.

En este entendido, esta tesis se propone demostrar —con la ayuda de la identificación de líneas jurisprudenciales— que los tribunales en la emisión de las determinaciones en casos particulares relacionados con la salud del individuo o de la colectividad, dotan de contenido al enunciado constitucional mediante una reconstrucción hermenéutica del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad en aras de determinar el reconocimiento y titularidad de dichas pretensiones, al igual que el deudor de las obligaciones negativas y positivas impuestas por el derecho, reconfigurando el alcance de esas obligaciones y sus restricciones o limitaciones.¹⁸

A partir de la identificación de líneas jurisprudenciales, se pretende ofrecer un diagnóstico sobre el acceso a las distintas dimensiones del derecho a la salud y mostrar la aparente mayor protección desde la tutela judicial que desde el ámbito del legislador o bien, respetarlo, garantizarlo y darle progresión y concreción desde la autoridad ejecutiva.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución, por antonomasia, otorga a todos los individuos los derechos consagrados en ella, estableciendo de dicha forma una vinculatoriedad para el Estado y sus gobernados de garantizarlos por el hecho de estar consagrados en ella. Empero es a través de las leyes que derivan de ésta, que se contemplan los “cómo” de los “que”, es decir, las normas secundarias otorgan a los derechos humanos un desenvolvimiento en su contenido y alcance, dentro de los límites del texto constitucional, fijando los términos y modalidades tanto de las libertades como de los derechos, ya sean éstos políticos, sociales, económicos, culturales o ambientales.

La satisfacción de los derechos supone el reconocimiento de obligaciones correlativas y también el de las garantías mediante las cuales se pueda exigir su cumplimiento. De esta forma, vincular a los sujetos con los derechos conlleva a una “entrega de poder” a un “empoderamiento” de los individuos, en donde éstos juegan

¹⁸ Al respecto véase Parra Vera, Oscar. El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad, *Courtis C*, comp. Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.

un papel activo en la exigencia de los derechos y de ciertos comportamientos del Estado.¹⁹

Es imperiosa la definición de un contenido mínimo esencial de los derechos humanos, en nuestro caso del derecho a la salud, el cual, no puede significar un techo, sino tan sólo un piso a partir del cual se vaya desarrollando progresivamente el más alto nivel de satisfacción del mismo. Y una vez construido éste a partir de su inclusión en los ordenamientos, la observancia de dicho contenido esencial nos permite visibilizar los problemas más graves de la política pública respectiva. Es pertinente, entonces, analizar el manejo de esta categoría en el derecho internacional y en el derecho interno.

El punto de partida lo constituye la dogmática que fundamenta, en cada país, la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos. En el caso mexicano, esta dogmática de las fuentes normativas se circunscribe al concepto de bloque de constitucionalidad que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional, siendo a través del procedimiento específico de delimitación, del cual se derivan derechos expresos y también derechos innominados, que son articulados correlativamente con obligaciones asumidas por los Estados.²⁰

Hoy en día, el contenido del derecho al más alto nivel posible de salud se está haciendo más claro. En 2000, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (CESCR) desarrolló un cuadro general que desarmaba el derecho a la salud en términos de libertades y prerrogativas; cuidado de la salud y determinantes en la salud; no-discriminación; participación; monitoreo y control, etcétera.²¹

Empero, para definir a la salud como un bien jurídico, debemos contar con tres elementos básicos: el primero, que sea moralmente aceptable —socialmente consensuada—; el segundo, que sea real o potencialmente garantizable desde los servicios de salud y, por tanto, se definiría en términos de formas racionales y razonables de intervención para el mantenimiento o reposición de la salud; y tercero, que sea jurídicamente exigible, por consiguiente, que pueda encajar dentro de la

¹⁹Cervantes Alcayde, Magdalena. *Las estrategias sociales en la exigibilidad de los derechos sociales: el caso Mini Numa*. Tesis. México: FLACSO México, 2010.

²⁰ Parra Vera, Oscar. Óp. cit., nota 18.

²¹ Hunt, Paul, and Gunilla Backman, *Health systems and the right to the highest attainable standard of health, Health and human rights*, 2008.

lógica jurídica que obliga a definir el bien jurídico de tal manera que sea éste su objeto de protección.²²

En cuanto al primer elemento, es de resaltarse que habremos de definir el bien jurídico salud como: una equilibrada y adecuada condición dinámica de la naturaleza biológica de la persona, objetivamente comprobable, moralmente aceptable —en cuanto socialmente consensuada—, que se podría mantener bajo ciertas condiciones, vulnerable a ciertos factores, y potencialmente garantizable y/o recuperable mediante el uso de una determinada técnica y, en cuanto tal, exigible jurídicamente.²³

A manera de ejemplo, existe información sustantiva que se va generando en la prestación de los servicios de salud de atención médica y de salud pública, como a continuación se esquematiza pero que por motivos que rebasan el estudio de cada uno, se agruparán en rubros, como los iremos desarrollando y que serán la pauta de análisis para la elaboración de las líneas jurisprudenciales en materia de salud.

Información en salud		
EPIDEMIOLOGÍA MEDIDAS PARA LA DISMINUCIÓN DE LA INCIDENCIA Y DE LA MORTALIDAD EN CASOS DE ENFERMEDAD	ATENCIÓN MÉDICA (EXPEDIENTE CLÍNICO) NOM-005-SSA3-2012 EN MATERIA DE INFORMACIÓN EN SALUD, NOM-004-SSA3-2012 DEL EXPEDIENTE CLÍNICO, NOM-014-SSA3-2010 QUE ESTABLECE LOS REQUISITOS MÍNIMOS DE INFRAESTRUCTURA Y EQUIPAMIENTO DE ESTABLECIMIENTOS PARA LA ATENCIÓN MÉDICA DE PACIENTES AMBULATORIOS, NOM-016-SSA3-2010 QUE ESTABLECE LAS CARACTERÍSTICAS MÍNIMAS DE INFRAESTRUCTURA Y EQUIPAMIENTO DE HOSPITALES Y CONSULTORIOS DE ATENCIÓN MÉDICA ESPECIALIZADA, NOM-024-SSA3-2012 SISTEMA DE INFORMACIÓN DE REGISTRO ELECTRONICO PARA LA SALUD, INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN SALUD	PREVENCIÓN Y PROMOCIÓN (VACUNACIÓN, ADICIONES, EMBARAZO ADOLESCENTE)
VACUNAS		VECTORES
EMERGENCIAS SANITARIAS		(ANIMALES QUE TRANSMITEN PATÓGENOS, ENTRE ELLOS PARÁSITOS, DE UNA PERSONA (O ANIMAL) INFECTADA A OTRA Y OCASIONAN ENFERMEDADES CLAVES EN EL SER HUMANO)
CONTROL, VIGILANCIA Y RIESGOS SANITARIOS	DONACIONES Y TRASPLANTES	SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA
AUTORIZACIONES, LICENCIAS A ESTABLECIMIENTOS, REGISTRO DE INFORMACIÓN, PERMISOS DE EJERCICIO SANITARIO, REGISTRO DE CONSTRUCCIÓN	SANGRE Y CELULAS TRONCALES	ENFERMEDADES DE TRANSMISIÓN SEXUAL
INVESTIGACIÓN EN SALUD	RECURSOS EN SALUD	FOMENTO SANITARIO
FACTORES BÁSICOS DETERMINANTES	MÉDICOS, ESTABLECIMIENTOS, SERVICIOS OTORGADOS	SANIDAD INTERNACIONAL
AGUA, INOCUIDAD ALIMENTARIA, NUTRICIÓN Y VIVIENDA Y MEDIO AMBIENTE	ESTADÍSTICA	REGISTRO NACIONAL DE CÁNCER
GENOMA HUMANO	NATALIDAD, MORTALIDAD, MORBILIDAD Y DISCAPACIDAD	
	INFRAESTRUCTURA	
	SALUD MENTAL	

El presente capítulo da cuenta de la configuración normativa del derecho a la salud, en su más amplio sentido como un derecho humano, a partir de la consolidación de su contenido esencial y los alcances que se le han dado tanto en la normativa interna como en la externa y las construcciones judiciales que se han

²² Currea Lugo, Víctor, *La Salud como derecho humano*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos, número 32, Bilbao, 2005.

²³ Ídem

definido al respecto, dimensiones bajo las cuales habrá de protegerse este bien fundamental en su plenitud.

Ha resultado fundamental, pues, utilizar el bloque de constitucionalidad con el objeto de dotar a los tratados internacionales de derechos humanos de la misma fuerza normativa que guardan las normas constitucionales. Este bloque ha sido entendido como el conjunto de normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes por cuanto han sido normativamente integrados al texto constitucional por mandato de la propia Constitución para la determinación del contenido y la correlación entre derechos y deberes, que permita reconocer los derechos innominados y esta tipología de obligaciones.

Ahora bien, en orden a que la delimitación del contenido esencial sea funcional para adelantar el monitoreo de los resultados de una política pública, la derivación de estos derechos debe ser argumentativamente relacionada para la construcción de indicadores de estas obligaciones.

Como parte de estos criterios de definición en la formación y reconocimiento de derechos, se encuentra también la dogmática de los sujetos de especial protección, en razón de que, en diversos tratados de derechos humanos y la doctrina del CESCR, entre otros, se ha insistido en la obligación estatal de proteger a los grupos poblacionales más vulnerables. Para nuestro objetivo, esta cláusula habremos de tomarla en cuenta al verificar la conexidad de la salud con otros derechos humanos, como es el caso de los niños, en donde se exige una precisión del estándar de protección.²⁴

La inserción de este componente atiende al respeto de los intereses de minorías que pueden ver afectado su derecho a la salud a través de decisiones adoptadas por las mayorías de una determinada época.

Siguiendo con el ejemplo de la aceptabilidad como elemento esencial del derecho a la salud, la variable "sujetos de especial protección" permite incorporar al contenido esencial, derechos innominados, tales como el derecho de las personas con enfermedad mental a ser objeto de un trato digno y de una atención médica apropiada. Los derechos a la salud mental de las personas privadas de la libertad que puedan ser objeto de tratos crueles inhumanos o degradantes relacionados con la salud, el derecho a la salud de los adultos mayores como proyección del respeto por el ciclo de vida, el derecho de los pueblos indígenas a la práctica de su medicina

²⁴ Parra Vera, Oscar. Óp. cit., nota 18.

tradicional, entre otros aspectos específicos que den esta protección reforzada a estos sectores específicos.

Los derechos innominados conllevan obligaciones para satisfacerlos, por ello surge la necesidad de fundamentarlos a partir de la derivación de los estándares normativos que constituyan su contenido esencial, lo cual se ha ido definiendo a partir de la jurisprudencia.

La primera premisa es la significación de los derechos de los sujetos, que denota que una norma jurídica asigna a un sujeto una expectativa negativa (de omisión) o una expectativa positiva (de acción), y crea sobre otros sujetos los correspondientes deberes u obligaciones. Una persona puede decir así, que tiene derecho a expresarse libremente cuando una norma le concede esa libertad, y correlativamente prohíbe a otros sujetos interferir en su libertad.

En este sentido, decir que una persona tiene derecho a un tratamiento médico, significa en términos jurídicos, que una norma convierte a esa persona en titular de esa expectativa y que crea en otros sujetos la correlativa obligación de proporcionarle el tratamiento médico en cuestión. Mientras que el segundo elemento que es la salud, sufre las mismas interrogantes, al no tener una noción de cómo entenderla, si implica estar sano, libre de ausencias, un equilibrio o una especie de bienestar, o incluso todas ellas.

Ocurre lo mismo cuando hablamos del derecho a la salud, se ha entendido como un concepto fijo, como una potestad de los individuos a ciertas prestaciones, pero no hemos puesto atención en lo principal, que sin duda es la salud, de lo contrario adquiriría otra denominación, y presumimos como natural esta vinculación con el derecho, puesto que desde hace más de 80 años fue anunciado por la ONU.

De una revisión a la parte dogmática de nuestra Carta Magna, se advierte que las normas que contienen derechos fundamentales están redactadas de manera abstracta e indeterminada,²⁵ basta mencionar el tema de educación y salud: "...Toda persona tiene derecho a la educación" y "...Toda Persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a

²⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2020). Cuadernos de jurisprudencia núm. 1, Libertad de expresión y periodismo, 1ª Ed. México. Disponible en <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-07/Libertad%20de%20expresi%C3%B3n%20Final%20de%20julio%20copia.pdf>

los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas...”.²⁶

No fue hasta el 8 de mayo de 2020 que se amplió el contenido de este derecho, de manera progresiva, cuantitativa y cualitativa en cuanto a la prestación de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuentan con seguridad social.²⁷

La dificultad radica en la desagregación de los elementos que lo componen en las leyes secundarias, que son las que van dando forma al contenido, puesto que sería vago señalar que alguien dispone del derecho a la salud, ya que está sano, consideraciones sumamente abstractas y subjetivas.

En la Ley General de Salud, encontramos varias dimensiones que configuran el derecho a la salud, como la atención médica, la vigilancia epidemiológica, la promoción y prevención de la salud, la protección contra riesgos sanitarios, las enfermedades transmitidas por vectores y la investigación en salud, las cuales van a delimitar y construir el derecho a la salud.

Dentro de esta configuración normativa, se destaca la gran cantidad de derechos relacionados con estas actividades que comprenden el derecho a la salud, los cuales principalmente se prevén en la Ley General de Salud, sus reglamentos²⁸ y la gran cantidad de normativa administrativa y sustantiva en la que se contemplan distintas facultades a sus titulares al respecto, tal es el caso del acceso a medicamentos, a un tratamiento adecuado, a la privacidad de su expediente clínico, por mencionar algunos dentro de la obligación en la prestación de servicios de atención médica.

Como parte de esta delimitación y evolución normativa del derecho a la salud y derivado de los avances científicos y sociales que acompañan al campo de la salud, el Derecho ha ido incorporando en sus textos legales, estas consideraciones, dejando atrás desde hace cerca de 80 años —con la definición de la OMS— la perspectiva negativa de la salud, entendida tradicionalmente como la ausencia de

²⁶ Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.html>

²⁷ Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.html>

²⁸ Cano Valle, en uno de sus libros enuncia los distintos ordenamientos reglamentarios de la Ley General de Salud y hace una breve exposición de los mismos. Véase Cano Valle, Fernando. "Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México. Hacia la reforma integral del sistema de salud mexicano", México Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014. La actualización de las reformas puede verse en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/Buscar.aspx?q=rZIYFqANts7YJ0s7drjCRQ==>

enfermedad, por un enfoque asistencialista de corte integral como lo es el bienestar en sus expresiones más básicas como lo es lo físico, social y mental.

Una muestra de este dinamismo del derecho a la salud, la tenemos en el número de reformas a la Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que ha tenido más de 130 a partir de su publicación el 7 de febrero de 1984.²⁹

Ahora bien, el aludido artículo 4º, párrafo cuarto de nuestra Carta Magna, consagra —derivado de las reformas de 2011— el derecho humano a la protección de la salud, por lo que, a efecto de instrumentar de manera efectiva esta garantía, la Ley General de Salud se constituye como la norma encargada de establecer las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud. En ella se pueden apreciar los rubros que componen este derecho más amplio a la salud, como son atención médica, la vigilancia epidemiológica, la promoción y prevención de la salud, la protección contra riesgos sanitarios, las enfermedades transmitidas por vectores y la investigación en salud. Todos estos componentes tienen como finalidad el bienestar físico y mental de la persona, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades y la prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana.

Entre las reformas de enorme valía a la Ley General de Salud se encuentra la inclusión del artículo 1º Bis, consistente en la definición de la salud, la cual ha sido tomada de la proporcionada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y que el legislador ordinario creyó conveniente establecer en los términos siguientes “se entiende por salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.³⁰

Ahora bien, para poder dotar de los mecanismos para hacer exigible el enunciado constitucional y las modalidades en la prestación de los servicios de salud, el Estado debe adoptar distintos tipos de medidas, entre ellas, políticas públicas entendidas como dispositivos para el control social generados en el contexto de la modernidad, que reflejan las interacciones de un sistema de actores y se expresan en sus reglas y modos de actuación, definiendo la forma de proceder frente a un asunto considerado de interés público; en el caso de la salud pública su asunto son los problemas que afectan la salud”³¹.

²⁹ Inserción constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984.

³⁰ Reforma publicada el 4 de diciembre de 2013 en el Diario Oficial de la Federación.

³¹ Denzin, Norman, *The SAGE Handbook of Qualitative Research*, SAGE Publications; 2011.

Un ejemplo de estas políticas públicas tendientes a satisfacer el derecho a la salud de todos los individuos en nuestro país, son los denominados servicios de salud, considerados como 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.

Uno de los principios que más han influenciado y que incluso recientemente forman parte del texto constitucional, derivado de la reforma que crea el Instituto de Salud para el bienestar (INSABI)³² es la calidad, que va implícita en el esfuerzo de prevención, el otro gran reto del sistema es el de la integración sectorial. El tema de la fragmentación del sistema de salud es también una barrera social a la atención digna, oportuna y de calidad para algunos pacientes, pues lo que se privilegia históricamente ha sido más bien el acceso vinculado al estatus laboral y a las cuotas específicas. Un paciente tiene que desplazarse para llegar a una unidad médica que corresponda a la institución que lo tiene afiliado, independientemente de si lo más cerca a su domicilio es otra unidad médica. De aquí que los grandes esfuerzos hacia la integración del sector tengan como objetivo fundamental que se haga un uso nacional más eficiente de los recursos disponibles (de cualquier institución) en beneficio de los pacientes en tanto ciudadanos con un derecho social exigible.³³

La otra reforma sustancial fue la adición en su oportunidad del artículo 17 Bis, a la Ley General de Salud, en lo que refiere a la protección de la sociedad contra aquellos riesgos a la salud de los mexicanos ocasionados en los establecimientos de salud, por el uso y consumo de alimentos, bebidas, medicamentos, equipos médicos, productos de perfumería, belleza y aseo, nutrientes vegetales, plaguicidas, entre otros productos y sustancias. Este derecho también comprende la prevención y el control de los efectos nocivos de los factores ambientales sobre salud.

Este cambio tanto en la norma como en las estructuras administrativas con la creación de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, devino de lo expresado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y en la Observación General No. 14.

En otras palabras, corresponde al Estado garantizar, entre otros, que las propiedades físicas, químicas, biológicas o radiológicas de los productos antes mencionados no sean inaceptables para la salud del consumidor, además de que

³² Organismo creado a partir de la Reforma a la Ley General de Salud y a la Ley de Institutos Nacionales de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de noviembre de 2019.

³³López, M. J., F. L. R. Durán, and T. F. Hernández. Óp. Cit., nota 3.

no estén adulterados, contaminados o alterados, lo que los convertiría en nocivos para la salud. Cabe destacar que los riesgos a la salud por los productos antes señalados pueden ser de tipo microbiológico, físico, radiológico o químico, los cuales, si no son controlados adecuadamente, pueden provocar enfermedades de diversa severidad e inclusive la muerte.

La forma de configurar derechos innominados, se da precisamente a partir del procedimiento específico de delimitación, que son articulados correlativamente con obligaciones asumidas por los Estados, tanto en el orden interno como externo y de una interpretación conforme sistemática de los derechos fundamentales consagrados en el corpus iuris del derecho a la salud. Adicional a esta formación de los alcances del derecho a la salud (contenido) destaca el precedente judicial, que abona a la comprensión de este derecho. Finalmente, la cláusula de protección especial de grupos vulnerables permite inferir otros elementos y focalizaciones específicas de los elementos esenciales del derecho.

Entre estos instrumentos jurídicos relevantes que hacen parte del bloque de constitucionalidad se encuentran una serie de normas que constituyen derecho internacional consuetudinario o costumbre internacional en la materia. El derecho internacional consuetudinario está constituido por: a) prácticas desarrolladas por los Estados, reconocidas por éstos como obligatorias y, b) principios generales del derecho, así como los criterios jurisprudenciales emitidos en torno al mismo. De allí que se insista en que los instrumentos internacionales de derechos humanos que no son tratados (por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos) tienen una fuerza persuasiva importante. En efecto, su promulgación es fruto de largas negociaciones entre los gobiernos y, además, son adoptados consensualmente por órganos políticos.

En razón de que en ciertas ocasiones no están bastante delimitados o no se satisfacen, el derecho se ha ido delimitando a través de sentencias emitidas por el Poder Judicial y sobre todo por los criterios que subyacen a éstas, destacando el acceso a medicamentos como parte de un tratamiento adecuado, la responsabilidad por parte de los profesionales de la salud en determinados casos, la implementación de medidas de protección como el caso de pabellón 13, la instalación de un centro de salud en la comunidad indígena de Mini Numa, y recientemente la obligación de emitir el Reglamento para uso medicinal de la cannabis, entre muchos más casos cuyo objeto ha sido la tutela del derecho a la salud. El interés de los tribunales radica en desagregar al máximo, según las realidades visibilizadas judicialmente y en el bloque de constitucionalidad la asignación o no de un derecho en su construcción argumentativa o no.

La protección a la salud está vinculada, por su origen, al derecho asistencial y al de la seguridad social y al incluirse en los textos constitucionales adquiere rango propio, autonomía, incorporándose a la cada vez más larga lista de los derechos sociales.

A continuación, nos abocaremos a señalar el concepto y modelos de salud, así como las dimensiones que lo integran, dando pie al vínculo entre lo que va a proteger el derecho a la salud, tal y como lo han hecho nuestros jueces en sus diversos precedentes, objeto de análisis de esta investigación.

1.2 Concepto y modelos de salud

1.2.1 La salud como bien a tutelar

La salud, como bien jurídico, es un concepto muy complejo de definir, tan es así que nuestro ordenamiento ha optado por conservar una definición que data de hace más de 74 años, una noción atada a la concepción de bienestar general, el cual no se contrae a la ausencia de enfermedad.

Sin embargo, los problemas que abrió esta definición, conllevaron a nuevos paradigmas de la salud, desde su visión preventiva, paliativa, curativa e incluso rehabilitatoria y la prospectiva para poder satisfacer estas expectativas, surgiendo para ello la necesidad de contar con mecanismos para poder llevar a cabo estas políticas de salud.

Con estas consideraciones más amplias de la salud, surgen modelos y procesos, denominadas bases y modalidades en nuestro texto constitucional, que van de la mano con una visión más amplia de la salud, abarcando procesos que previamente no se visualizaban y donde el Estado ejerce un rol fundamental en aras de proteger la salud de todos y no de unos cuantos.

Estos mega procesos, son en los que el Estado va a desarrollar los diversos mecanismos de satisfacción para salvaguardar la salud de toda la población, a partir de acciones de atención médica, de salud pública, entre ellas la prevención y promoción de la salud, la vigilancia epidemiológica y la protección contra riesgos sanitarios.

En tal virtud, previo a la definición y evolución normativa del derecho a la salud y su consolidación como derecho humano, se vuelve imprescindible abundar en las dimensiones sustantivas que lo integran, para lo cual, se analizan los campos de la salud, en la esfera individual como en la de salud pública, las implicaciones

que conlleva su satisfacción tanto para el Estado como para los particulares y finalmente los alcances que tienen estos rubros en los mecanismos de satisfacción de los derechos humanos.

Lo anterior, se entiende desde la connotación de salud que los Estados han ido adoptando en sus mecanismos de satisfacción, de manera primaria en disposiciones de carácter legislativo, ya sea en la norma suprema o en sus normas reglamentarias y, posteriormente, con las medidas regulatorias administrativas, hasta llegar a cómo lograr los objetivos planteados en sus programas de gobierno. Desde la clásica visión de brindar atención médica a toda la población a una visión de prevención de la salud, desde un enfoque de atención primaria integrada a un modelo de bienestar, con una clara influencia del concepto proporcionado por la OMS.

Estos insumos conceptuales en torno al derecho a la salud, así como las formas en las que usualmente se les da seguimiento mediante la prestación de políticas públicas desde una perspectiva de derechos humanos, son muy importantes porque de ahí parten los tribunales al resolver, desde una concepción integral entre la coherencia normativa y el desarrollo de acciones de la administración pública en sus tres órdenes de gobierno.

Se analiza el contenido esencial del derecho a la salud a partir de un principio de progresividad. Dicho contenido es el conjunto de acciones para lograr el objetivo de este derecho, razón por la cual constituye el parámetro al que se debe someter toda intervención de los poderes públicos sobre el derecho a la salud.³⁴

La utilización del contenido esencial sirve como punto de partida para establecer los mecanismos de exigibilidad de este derecho, puesto que su definición contribuye a tener un eje en el establecimiento de las obligaciones a cumplir por los Estados, tanto en lo inmediato como son la emisión de la normatividad que establezca potestades y en lo programático, dado que la satisfacción de este derecho exige tanto una planeación administrativa continua como los mecanismos pertinentes para que los sujetos elijan las decisiones inmediatas en torno a su salud.

De llegarse a justificar un contenido esencial de los derechos sociales, es posible ofrecer argumentos en contra de las posturas que rechazan la exigibilidad de estos derechos debido a su posible indeterminación, que niegan su justiciabilidad

³⁴Parra Vera, Oscar. Óp. cit., nota 18.

y reducen a un ámbito de discrecionalidad política el manejo de las políticas sociales.

En este entendido y para poder comprender en su completitud el derecho a la salud, es preciso abundar en los diversos puntos normativos y sustantivos que generan la posibilidad de derivar el contenido esencial de los derechos sociales a partir de postulados constitucionales, precedentes judiciales del derecho interno y estándares del Derecho de los Derechos Humanos, por lo cual, al articularse de esa manera, el contenido esencial constituye el punto de partida para el diseño, seguimiento y evaluación de una política pública que busque el desarrollo gradual de un derecho social.

El CESCR ha proscrito que “el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad”.³⁵

Las definiciones conceptuales de la salud servirán para sentar las bases para el estudio del derecho a la protección de la salud, ya que se dota de contenido al objeto de este derecho, tal y como lo ha venido haciendo el Poder Judicial de la Federación en los últimos 25 años. Sobre todo, la visión de la política pública y del entramado jurídico que las sostiene, desde la ley, sus reglamentos y planes y programas que van a configurar estos mecanismos para hacer exigible este derecho.

En este entendido, nuestro ordenamiento jurídico además de definir de manera muy tardía a la salud, lo hace en los mismos términos que lo hizo la OMS hace cerca de 85 años, siendo una definición muy amplia, sin concreción e inclusive se le ha tildado de utópica e irrealizable.

Aun cuando el Poder Judicial ha podido demostrar a través de sus sentencias y del hilo conductor en sus fallos en el transcurso de estos años, el carácter dinámico del derecho a la salud, desde una óptica de la amplitud en sus alcances, la definición sigue siendo exactamente la misma. Por lo que no podemos afirmar que esta progresividad haya sido producto del legislador, sino que es gracias al rol activo que han ejercido los juzgadores en el reconocimiento de las distintas esferas de este derecho.

³⁵ Observación general N° 14 sobre el derecho a la salud, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000.

Del análisis efectuado se desprende que los distintos mecanismos de protección de los derechos humanos no avanzan a la par, ya que la configuración legislativa permanece estática ante el desarrollo internacional. En ese sentido, son más los activistas quienes buscan generar este tipo de cambios mediante el litigio estratégico para lograr que las resoluciones pasen de ser derechos de uno o unos a un reconocimiento para todos.

Es real que no basta con la identificación de líneas jurisprudenciales ni con cómo éstas han ido evolucionando. La propuesta radica en la vinculación que nos da la justiciabilidad del derecho a la salud, con su exigibilidad, en atención al papel de la judicatura en otros terrenos, en la generación y/u instrucción del diseño de políticas públicas, de deber de regulación y sobre todo de interpretación que ha servido de sustento en la creación y reconocimiento legal de los mismos, sobre todo en dimensiones novedosas para los individuos.

Para desarrollar esta definición integral aceptable de salud, se deben considerar las siguientes preguntas: ¿Es la salud un estado de completo bienestar? ¿Es una persona sana alguien cuyo cuerpo está libre de enfermedades y es capaz de realizar sus actividades normales sin fatiga? ¿Es la salud solo un tema de atención médica? ¿Es un concepto estático? ¿Qué factores influyen en la salud?

1.2.2 La salud: un concepto dinámico.

El término utilizado para definir esta relación derechos-salud, depende indiscutiblemente del concepto de salud que se utiliza, por lo cual, ante la ausencia de definición constitucional del concepto de salud, la doctrina mexicana ha optado por seguir la interpretación que de la misma hace la OMS cuando dice que: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Una definición de salud como bien jurídico debe llenar, por lo menos, tres requisitos: 1) que sea moralmente aceptable —socialmente consensuada—; 2) que sea real o potencialmente garantizable desde los servicios de salud y, por tanto, se definiría en términos de formas racionales y razonables de intervención para el mantenimiento o reposición de la salud y 3) que sea jurídicamente exigible y, por consiguiente, que pueda encajar dentro de la lógica jurídica que obliga a definir el bien jurídico de tal manera que sea ese, y no otro, su objeto de protección.

Se define este bien como “una equilibrada y condición dinámica de la naturaleza biológica de la persona, objetivamente comprobable, moralmente aceptable —en cuanto socialmente consensuada—, que se podría mantener bajo

ciertas condiciones, vulnerable a ciertos factores, y potencialmente posibles y / o recuperable mediante el uso de una determinada técnica y, en cuanto tal, exigible jurídicamente.³⁶

La salud, o el cuidado de la salud, es difícil de definir, aunque es claro que se acepta qué medidas de salud pública, como inmunizaciones, promoción de la salud, tratamiento médico y quirúrgico en el caso de enfermedad, forman parte de este derecho; también debe comprender el acceso a agua potable, alimentación adecuada, derecho a un órgano trasplantable, a cirugía cosmética, tratamientos de infertilidad o a salas de terapia intensiva.

Cabe mencionar que el reconocimiento de este bien como derecho, toma las consideraciones que ha realizado al respecto la ciencia médica y se han robustecido con la concepción de las políticas administrativas de salud pública, conforme a modelos de atención, que acompañan las definiciones que se le han dado a la salud, como a continuación se expone y que a la postre cobijan la protección por parte del Estado para este bien fundamental.

Dada la complejidad de este concepto, se analizan sus componentes como lo son las cuestiones epidemiológicas, las enfermedades transmitidas por vectores, la prevención y promoción de la salud, la protección contra riesgos sanitarios, la investigación en salud y la atención médica como ejes de dicho concepto.³⁷

Partimos de la noción clásica del concepto “salud”, también denominada negativa, enfocada en el tema de la enfermedad, cuyo paso y evolución ha girado hacia un aspecto positivo de bienestar general, hasta llegar a una aproximación multi e interdisciplinaria en la que se contempla una serie de actividades, servicios, bienes y determinantes tanto naturales, sociales, culturales y biológicos que impactan en el estado de salud de los individuos.

Entre estas dimensiones que conforman esta nueva aproximación a la salud, destacan las acciones vinculadas a la vigilancia epidemiológica, las enfermedades transmitidas por vectores, la prevención y promoción de la misma, la protección contra riesgos sanitarios, la investigación para la salud y desde luego la prestación de servicios de atención médica, en los cuales en algún momento se ha pronunciado la Suprema Corte, en su configuración y reconocimiento del derecho a la salud.

³⁶ Currea Lugo, Víctor, Óp. cit., nota 22.

³⁷ Al respecto de los componentes de la Salud Pública véase Barragán, Horacio, *Fundamentos de Salud Pública*, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, 2007.



Lo anterior configura la visión de la salud pública, hay sin embargo, un enfoque más profundo: el de las causas, de los factores sociales, culturales, ambientales y psicológicos, incluso mencionado por los organismos internacionales, denominados condicionantes básicos de la salud, entre los que tenemos otros derechos estrictamente vinculados como es el acceso a agua limpia potable, una adecuada alimentación y una correcta nutrición, condiciones dignas de vivienda, acciones de saneamiento básico, condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas, un medio ambiente sano y los determinantes sociales, lo cual quedó asentado en la Declaración de Alma Ata, puntualizando que la realización de este derecho humano exige la intervención de muchos otros sectores sociales y económicos, además del de la salud.³⁸

Ahora bien, existen diferentes usos que se le ha dado al concepto de salud, el cual depende del contexto en el que se desenvuelve la salud, como:

- Médico–asistencial: con objetivos curativos pragmáticos. La enfermedad es objetiva. Por ello, la salud es considerada como mera ausencia de enfermedad;

³⁸ Organización Mundial de la salud. *Declaración de Alma-Ata. Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud*, Alma-Ata: OMS; 1978. Disponible en: <http://whqlibdoc.who.int/publications/9243541358.pdf>

- Cultural del paciente: en ella interviene el concepto de dolencia, según estereotipos culturales; el sentirse enfermo. La recuperación es el objetivo;
- Sociológico: la salud es el estado en el que el individuo es eficaz en su rol social;
- Económico y político: es vista como un bien económico y relacionada con otros factores económicos;
- A nivel político, es fundamento de la libertad, seguridad, relaciones internacionales y estabilidad política;
- Filosófico y antropológico: trae una concepción global del ser humano, la idea de un estilo de vida autónomo y responsable y la capacidad de realización de valores más humanos;
- Ideal y utópico: influyen ideas de felicidad plena y de calidad integral de vida. Puede incluir todo tipo de deseos y aspiraciones humanas;³⁹

Sin embargo, para los fines de esta investigación, habremos de utilizar como referencia la definición normativa de la salud, dado por la OMS, que la concibe como el estado de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, y que se desglosa por la ONU en la Observación General No. 14, como una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud.

La aproximación al tema de la salud que se toma en esta investigación como punto de partida, se hace desde el concepto usualmente adoptado del bienestar, cómo este ha evolucionado hasta nuestros días e incluso la definición adoptada a nivel internacional, al analizar las variaciones negativas y positivas llegando a un enfoque integral, multidisciplinario e interdisciplinario y se propone una definición propia, con una aproximación basada en derechos humanos.⁴⁰

³⁹ Niebrój LT, Defining Health/Illness: Societal and/or Clinical Medicine?, Journal of Physiology and Pharmacology, 2006.

⁴⁰ Al respecto, diversos autores como Paul Hunt, Gumilla Backman, Virginia Leary, Audrey Chapman, Rebecca Cook, Sofia Gruskin, Dianne Otto, Charles Ngwena, Jonathan Mann, Emmanuel Oke, Benjamin Meier, Daniel Tarantola, Alicia Yamin, entre otro gran número de autores, principalmente anglosajones, han abordado este enfoque sobre el vínculo que existe entre los derechos humanos y la salud.

A manera de ejemplo, si la definición se contempla como la ausencia de enfermedad, la autoridad estará obligada a establecer los medios para dar con esta consideración, ya sea a través de la asistencia médica o de la regulación de los medios que provoquen esas afecciones, para que los individuos estén sanos, al verse libres de padecimientos. O, en el caso que sea positiva —como lo establece la Ley General de Salud, derivado de la publicación de la OMS, se entiende como el bienestar físico, mental y social, en esa medida— el sujeto obligado a garantizar esta visión, deberá establecer todos los mecanismos disponibles para que esto acontezca.⁴¹

Ni una cosa es posible ni la otra, lo que se hace es establecer las condiciones en que se deben prestar los servicios de salud, sean éstos de atención médica primaria o integrada, o de salud pública que incluye la prevención y promoción de la salud, la vigilancia epidemiológica y las acciones tendientes a la protección contra riesgos sanitarios.

En la primera concepción de lo individual, es muy fácil identificar al reclamante y al deudor de la obligación; en el segundo caso, se vuelve un derecho difuso que contraviene el principio de relatividad de las sentencias y se presentan complicaciones entre la limitación de la resolución y los efectos que conlleva, que pueden ser colectivos.

Inicialmente, la salud se veía como la ausencia de enfermedad, es decir, se presumía que una persona estaba sana sino existía una patología que lo afligiera, con el tiempo la OMS pasó de esta concepción negativa a una positiva y la definió como el estado de bienestar físico, mental y social. Sin embargo, al igual que todos los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), dicho organismo internacional no habló acerca de cómo se integraría este concepto, sino hasta mucho tiempo después que, a través de sus comités, se ha encargado de darle concreción a este derecho, ello mediante observaciones generales, informes y declaraciones que van delineando el contenido esencial del derecho a la salud.

El análisis de las definiciones de salud estaba estrechamente vinculado a las de la enfermedad, posición que dominó durante mucho tiempo el debate médico, ya que se concebía que una persona estaba sana sino estaba enferma, era el denominado silencio de los órganos, aunque con el tiempo fue sufriendo ciertas

⁴¹ Me parece que el concepto de los derechos humanos, ha evolucionado para cambiar de la noción clásica de el “derecho a” al “derecho para”, parafraseando a Heidegger cuando señalaba que “la libertad no significa ser libre con respecto a la obligación, el orden o la ley, la libertad significa ser libre para considerar a la libertad para”.

objecciones en donde no necesariamente era una cuestión de afección y de dolencia, por ejemplo: la neurosis, psicosis o tempranos estados de infección.

De manera paralela a la conceptualización de la salud individual, vista como sujeto-enfermedad-salud, que parte del enfoque asistencial cuyo objeto es el enfermo o el sano cuya salud se promueve, tenemos la definición de salud pública, en donde a diferencia de la anterior, en esta se está ante un colectivo, una comunidad con tamaño, estructura, dinámica y distribución propias.⁴²

En la salud positiva caben dimensiones, tales como la salud social, física, intelectual, espiritual y emocional⁴³, propiciándose la interacción entre sus componentes⁴⁴. También pueden existir indicadores molares del estado de bienestar y de percepción de los individuos sobre su vida⁴⁵, caracterizándose la salud como una propiedad del nivel de la persona, pero no de niveles inferiores, como los órganos⁴⁶. Si añadimos a esto que la salud puede consistir en el hecho mismo de tener salud, de estar saludable, entonces la definición de la misma se multiplica infinitamente, ya que la vivencia de estar sano es diferente en cada persona.⁴⁷

Una de las ventajas que ofreció la definición de la OMS es que la visión de salud deja de ser negativa, pasa a ser holística, integral, esto es, abarca ya no sólo un tema de enfermedad y las acciones para mantenerla en un nivel adecuado, libre de padecimientos, sino que, al hablar de bienestar, éste se construye en tres etapas y tres dimensiones.

Así las cosas, al contar con esta definición, se trata de un enfoque preventivo, donde se promueven acciones y se ejecutan políticas públicas a efecto de que los individuos por defecto no sean sujetos de afecciones en su organismo, y además destaca es el control regulatorio sobre ciertos productos y actividades que evita o al menos intenta minimizar los riesgos sanitarios que puedan producir reacciones adversas a la población y desde luego el ámbito de la atención médica en aras de preservar, conservar, mejorar y restaurar la salud. Y por lo que refiere a las dimensiones, pasó de concebirse de manera individual a lo colectivo, de atención

⁴² Barragán, Horacio, Óp. cit., nota 37.

⁴³ O'Donnell, M.P., *Definition of health promotion: part III: expanding the definition*, American Journal of Health Promotion, 1989.

⁴⁴ Mezzich, J.E., *Positive Health: Conceptual Place, Dimensions and Implications*. Psychopathology, 2005.

⁴⁵ Keyes, C.L.M. *The mental health continuum: From languishing to flourishing in life*. Journal of Health and Social Behavior, 2002.

⁴⁶ Nordenfelt, L. *On holism and conceptual structures*. Scandinavian Journal of Public Health, 1997.

⁴⁷ Kugelmann, R. *Health in the Light of a Critical Health Psychology*, 2003.

médica a salud pública y de los órganos a lo mental, es por ello que dicha definición, aún y cuando es corta y abierta, da para mucho análisis en su construcción, lo que años más tarde sería cuestionado, aunque hoy sigue siendo un concepto aceptado de manera internacional.

Por otra parte, la definición de la OMS destaca la importancia de considerar que la salud tiene un componente individual y un componente colectivo o social. Esto es, el goce de la salud es un bien individual, debido a que cada persona puede o no tenerlo, con independencia de que su familia o sus vecinos también tengan buena salud, y de igual forma la salud tiene una dimensión colectiva si se considera que hay factores sociales que tienden a preservarla o a quebrarla, tales como las epidemias, la falta de hábitos higiénicos, las inapropiadas medidas de prevención de enfermedades, etcétera; es por ello que la salud social considerada como un bien jurídico tutelado por el Estado solamente puede preservarse mediante un esfuerzo colectivo, a partir un sistema de atención sanitaria adecuado.⁴⁸

Dado que era necesario contar con un enfoque integral, el 4 de diciembre del 2013 se insertó este enunciado descriptivo en la Ley General de Salud, otorgando con ello al poder legislativo, certeza jurídica respecto a la conceptualización de este bien jurídico tutelado trascendental como lo es el de la salud, tal y como lo concibe la OMS. Empero, desde antes, el Poder Judicial había tomado como referencia la definición de la OMS de salud en la emisión de distintos fallos e inclusive en la generación de tesis de jurisprudencia y de tesis aisladas.

Esto refleja el papel de los juzgadores en la protección de este derecho, puesto que tuvieron que emitirse varios precedentes para conceptualizar al derecho a la salud, desde las obligaciones positivas y negativas que comprende, la progresividad que le atañe y su naturaleza normativa y la forma de cómo lograr su plena realización, para que hasta pasada la reforma en materia de derechos humanos se pudiera insertar, no en la Constitución, sino en la norma reglamentaria la definición del mismo, ausente desde 1984 con la emisión de la Ley General de Salud, lo que confirma el papel protagónico del Poder Judicial en la configuración normativa del derecho a la salud.

Por lo que refiere a la dimensión colectiva de este derecho, se define a la salud pública como el conjunto de ciencias y artes encaminadas a prevenir y

⁴⁸Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible, La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, año LXV, número 119, Buenos Aires, 25 de junio de 2001.

combatir las enfermedades, prolongar la vida, y fomentar la salud y la eficiencia de los individuos a través del esfuerzo organizado de la comunidad, mediante:

- El saneamiento.
- El control o erradicación de las enfermedades transmisibles.
- La educación para la salud.
- La organización de los servicios médicos y de enfermería para el diagnóstico temprano y el tratamiento precoz de las enfermedades.⁴⁹

La práctica de la salud pública engloba todas aquellas acciones que son dirigidas hacia la evaluación de la salud y la enfermedad en la población; la formulación de políticas en este sentido, y el aseguramiento de servicios médicos, ambientales y conductuales diseñados para acelerar las tendencias favorables hacia la salud y disminuir las desfavorables.⁵⁰

Julio Frenk alude a que es posible identificar los modelos conceptuales de la salud pública que surgen de analizar las categorías de salud o enfermedad y el nivel al cual se da la respuesta social.⁵¹

El ejercicio de la salud pública está estrechamente relacionado con esta manera de abordar la realidad y con la aplicación de un conocimiento científico y tecnológico que ha sido abordado en el diseño de modelos teóricos que proponen una serie de actividades interrelacionadas para lograr los resultados esperados, ya sea como ausencia de enfermedad desde analizar sus causas o los esquemas rehabilitatorios y en su caso integrales aportan al cumplimiento eficaz del derecho a la salud.

La OMS identifica “seis bloques de construcción esenciales” que juntos conforman un sistema de salud: 1) servicios de salud (médicos y salud pública); 2) personal de salud; 3) sistema de información de salud; 4) productos médicos,

⁴⁹ Winslow, Charles, citado por Velázquez García, José Miguel (colaborador), *El acceso a la salud y el bienestar en México, como parte de los Derechos Fundamentales*, Movimiento Ciudadano, México, 2013.

⁵⁰ Breslow, Lester, *The Maturing Paradigm of Public Health*. *Ann Rev Pub Health*, 1994.

⁵¹ Frenk, Julio, La nueva salud pública, *La crisis de la salud pública: reflexiones para el debate*, Washington, OPS, 1992.

vacunas y tecnologías; 5) financiamiento de la salud; y 6) liderazgo, gobernanza y rectoría.⁵²

La salud pública se define como una actividad gubernamental y social muy importante, de naturaleza multidisciplinaria e interdisciplinaria, que se extiende a casi todos los aspectos de la sociedad y dichas características son cruciales para el concepto, como se indica a continuación participan muchas disciplinas profesionales.⁵³

Como ciencia multidisciplinaria, la salud pública se interrelaciona con otras ciencias en particular con la medicina y otras ciencias de este campo. En este capítulo se analizan aquellas con las que guarda mayor vínculo.

Es posible concluir que tanto la salud individual como la salud pública son relevantes para la condición humana, puesto que involucran el papel del Estado y del individuo tanto en la prevención, promoción y protección de la salud mediante la instalación de instituciones de salud, así como de órganos reguladores del control sanitario y todas aquellas medidas necesarias que tiendan a salvaguardar la salud de la población.

Los procesos que impactan en los servicios de salud tanto en la dimensión individual como en la colectiva, están estrechamente vinculados con la protección a la salud, ya sea desde el ámbito sanitario como en las dimensiones que componen a la salud, como las que giran alrededor de la protección de la salud de los individuos y que tienen un impacto sumamente considerable, por lo que se les ha llamado condicionantes de la salud.

Estos factores externos deben ser susceptibles de estudio en la definición de un concepto de salud integral, ya que en la actualidad son parte de un status, de una situación de alguien sobre algo, esto es, un sujeto cuya situación física, mental o social es buena, pero el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda,

⁵² OMS. Strengthening health systems to improve health outcomes: WHO's framework for action (fortalecimiento de los sistemas de salud para mejorar los desenlaces en salud: el marco de acción de la OMS). Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2007

⁵³ Curbelo, Toledo, *Fundamentos de Salud Pública*, Cuba. La Habana.: Editorial Ciencias Médicas, 2004.

el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.⁵⁴

La salud depende en último término de la capacidad de controlar la interacción entre el medio físico, el espiritual, el biológico y el económico y social (Cumbre de Río de Janeiro)⁵⁵.

Dichos enfoques alternativos o complementarios versan sobre la naturaleza de las “condiciones esenciales” para salud. Por ejemplo, la *Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud* emitida en 1986 fue más allá de la pobreza para proponer que “es fundamental atender las condiciones y los recursos para la salud, que son la paz, la vivienda, la educación, alimentos, ingresos, un ecosistema estable, recursos sostenibles, sociales justicia y equidad”.

Se necesita mucho más trabajo para comprender todas las implicaciones del derecho al más alto nivel posible de salud, pero ya no puede verse (o descartarse) como un mero recurso retórico. En estas circunstancias, es oportuno tomar en cuenta la Declaración de Alma-Ata y examinar los sistemas de salud desde la nueva perspectiva operativa del derecho al más alto nivel posible de salud.

Inclusive dentro de esta interrelación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ya ha determinado que los derechos humanos son interdependientes, y sin lugar a dudas, muchos de ellos son necesarios para poder acceder a este bienestar físico, mental y social, que define al derecho a la salud.⁵⁶

⁵⁴Galvão, L. A. C., Teixeira, P. F. P., Monreal, J., Burgoa, C. S., & Treasure, A. S. O., Agua y saneamiento: derecho humano fundamental. Agua y saneamiento. Disponible en: http://bvspers.paho.org/videosdigitales/matedu/PPT1_JulioMonreal.pdf

⁵⁵ Cumbre de Río de Janeiro (1992). Agenda 21. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.html>

⁵⁶ Véase al respecto la tesis “**PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN.**” en la cual señaló la interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Común, Tesis: I.4o.A.9 K (10a.), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3, página 2254, Tipo: Aislada.

1.2.3 Hacia una nueva definición

Una vez expuestas las definiciones negativas y positivas de la salud, llegando a un enfoque integral, multidisciplinario e interdisciplinario, es momento de proponer una definición propia, con una aproximación basada en derechos humanos.

Para entender la salud debemos comprender todas sus dimensiones, al igual que los determinantes básicos que influyen en ésta, tanto en la dimensión individual como la colectiva, desde la organización basada en políticas integrales y un marco normativo sólido que contemple las acciones necesarias para garantizar que se cumpla con las necesidades de salud de la población.

En este tenor, podemos definir a la salud como este conjunto de factores en donde no sólo implica la ausencia de enfermedad, sino que también se refiere a tener la capacidad de desarrollarse como ser humano, utilizando el máximo de sus potencialidades, según la época y el contexto en el que se desenvuelva la persona.

Debemos construir un concepto que nos abarque todos estos factores de la salud en un modo interrelacionado, tomando como centro el individuo, pero no que parta de éste, ya que le quitamos la importancia colectiva.

En este sentido, aún y cuando recientemente se modificó nuestro texto constitucional (el 8 de mayo de 2020) estableciendo una redacción progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social,⁵⁷ lo cierto es que sigue siendo muy cerrada la definición a la atención médica y a los servicios de salud, que no ofrece claridad acerca de lo que se entiende por ellos en la Constitución. Por lo anterior, se hace necesaria una interpretación adicional con la *Ley General de Salud*, que de igual manera no aporta mucha concreción sobre éstos, únicamente los divide en tres dimensiones, dándole mayor protagonismo a la atención médica y dejando de lado las dimensiones de la salud pública.

Esta propuesta contempla concretamente acciones de política pública, como es la creación de condiciones suficientes y necesarias para que este derecho se haga efectivo y no sea una aspiración y/o privilegio de unos cuantos, y que esté dotado de los principios internacionales que lo rodean.

La salud sin lugar a dudas es un concepto muy amplio, que se interrelaciona con otros ámbitos, dada su connotación multidimensional e integral, con

⁵⁷ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.html>

repercusiones en lo individual y en lo público, lo cual desde hace ya más de 80 años se incorporó al discurso, pero éste depende para su implementación de distintos modelos.

No hay que olvidar que una constitución nacional es la ley suprema del territorio en muchos países. Así, un derecho o un deber incorporado en una constitución, generalmente tiene un nivel más elevado que uno que se encuentra en la legislación ordinaria. Por esta razón, estipular en las constituciones el derecho a la salud y la atención de la misma es un medio importante para fortalecer los mecanismos de exigibilidad de los mismos, sin embargo, es fundamental que se defina su contenido mínimo esencial.

La función primordial de especificar el contenido del derecho a la salud, a partir de normas concretas, políticas públicas o decisiones judiciales, tiene repercusiones en el diseño de políticas públicas con sus respectivos indicadores que permitan monitorear la progresividad y la no regresividad de la planeación gubernamental para satisfacer este derecho, en correlación con otros de sus determinantes básicos desde una perspectiva de derechos humanos.

La redacción constitucional actual se queda corta con los alcances, que si bien ha avanzado al incorporar los principios de calidad y gratuidad, se hace no de manera general, sino a un sector específico, como son las personas sin seguridad social, contradiciendo el calificativo de “toda persona”, discriminando la norma en el destinatario de esta prestación al definir un sistema de salud para el bienestar para unos cuantos, con el fin supuestamente de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de dicho sector de la población, pero en una visión de igualdad, esto se le debe garantizar a toda la población, sin distinción alguna, tal y como lo refiere en un inicio el texto constitucional.

En consecuencia, se vuelve indispensable su posible determinación, afirmar su exigibilidad y justiciabilidad y limitar la discrecionalidad de la autoridad, o, mejor dicho, orientar el manejo de las políticas sociales desde un umbral mínimo (elementos esenciales) con un propósito más concreto, bien definido y práctico. El objetivo final será formular directrices de política para las medidas que el Estado debe tomar en cumplimiento del mismo, estableciendo puntos de referencia, metas o estándares cuantitativos que permitan determinar el piso mínimo de bienestar o de satisfacción de necesidades del derecho a la salud.

Es por estas consideraciones que, si observamos la jurisprudencia misma, podríamos notar que una de sus primeras “contribuciones” ha sido que su peso acumulado ha contribuido a derribar las objeciones a la justiciabilidad de los DESC.

Por mi parte, concibo a la salud como la condición física y psicológica determinada por distintos factores individuales, sociales y naturales, tanto con influencia interna como externa al sujeto, los cuales son causantes de sus padecimientos físicos y mentales, cuya satisfacción debe garantizarse en fomento e impulso del bienestar que tengan a bien elegir sus titulares a través de diversas medidas que tiendan a preservar, prolongar y mejorar la calidad de su vida, de manera preventiva, curativa, paliativa y de rehabilitación, respetando en todo momento la dignidad de las personas, en conjunto con los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de ésta, como parte de este proceso complejo que está en la intersección de los procesos políticos, económicos, sociales, culturales y psico-biológicos en el que se desenvuelven éstos.

Es muy importante concebir a la salud como condición y proceso, ya que esta aproximación es dinámica, ya que a la par que van evolucionando los diversos factores en los que se desenvuelve, se van desarrollando nuevas aproximaciones y nuevas problemáticas. Ejemplo de ello, es la bioética y la regulación en materia de reproducción asistida, ya que, sin lugar a dudas, en los años cincuenta del siglo anterior no se vislumbraba normar este procedimiento, y en la actualidad dado el progreso científico, es más que necesario para que se realice en condiciones seguras y con respeto a los derechos humanos.

El derecho a la protección a la salud debe ser entendido como el conjunto de disposiciones normativas que regulan la actividad del Estado y de los particulares respecto al acceso de los servicios de salud, estableciendo para ello las bases y modalidades de la prestación de los mismos, en aras de una protección efectiva, promoción y restauración de la salud de la población, cuya finalidad se contrae al bienestar físico, mental y social de todos los individuos que les permite así llevar a cabo una vida digna a través del disfrute de un mínimo vital como lo es la salud.

Si bien rebasa los alcances de esta tesis, sería ideal modificar el texto constitucional, especificando este contenido mínimo esencial como lo hizo Sudáfrica⁵⁸ pero con la visión del modelo de bienestar basado en la atención

⁵⁸ Artículo 72. Atención sanitaria, alimentos, agua y seguridad social. Todo individuo tiene derecho a tener acceso a: (a) servicios de atención sanitaria, incluyendo la atención de la salud reproductiva; (b) una cantidad suficiente de alimentos y agua; y (c) un sistema de seguridad social, incluyendo –en el caso de las personas

primaria. O en su defecto, ser más específico en cuanto a la gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud, en consideración a lo contenido en la Observación General No. 14 y diversas cartas que toman en consideración el ámbito preventivo.

A lo cual, se hace necesaria una propuesta que contemple todas las dimensiones que configuran el derecho a la salud, como un contenido mínimo esencial que garantice por un lado la progresividad del mismo y por otro la no regresividad. Esto es, se requiere de una mejor redacción constitucional abonaría en interpretaciones más cercanas al espíritu legislativo, dotando de un margen de maniobra más corto para la discrecionalidad judicial.

Otro de los ejemplos, es la definición de la salud propuesta por la Constitución china, que dispone que los ciudadanos de la República Popular China tienen derecho a la asistencia material del Estado y de la sociedad en la vejez, en la enfermedad y en los casos de pérdida de la capacidad laboral. Para garantizar el goce de este derecho, el Estado promueve los servicios de seguro social, asistencia social, asistencia médica y salud pública y a su vez establecer diversos servicios de asistencia médica y establecimientos sanitarios, y promueve las actividades masivas de sanidad, todo para proteger la salud del pueblo.

No es suficiente una definición abierta como la contenida en la *Ley General de Salud*, en cuanto al bienestar general, sino que requiere expresar qué acciones comprende esta protección a la salud, que en su mayoría han sido desglosadas en instrumentos internacionales y han sido retomadas por el Poder Judicial en sus fallos, siendo éste quien ha suplido esta deficiencia en la definición abierta de esta prerrogativa a través de criterios interpretativos.

A lo cual, nos centraremos en el estudio y análisis de tales criterios para convalidar que, en lo que se refiere al derecho a la salud, su contenido se ha definido no principalmente a partir de la creación legislativa, sino que su evolución y amplitud ha sido desarrollada en sede jurisdiccional y que en la actualidad dichos criterios más allá de ser guía para fallos subsecuentes, son imperativos para la Administración pública en la prestación de estas obligaciones a su cargo en aras de la obligación de adoptar políticas y leyes que garanticen el respeto a los derechos

incapaces de proveer a su manutención y a la de las personas dependientes de éstos- un adecuado plan de asistencia social. (2) El Estado deberá adoptar las medidas legislativas – y de otra índole razonables que estuvieran a su alcance para proveer a la concreción progresiva de este derecho. (3) Ningún individuo podrá ser privado de un tratamiento médico de emergencia.

humanos y sus garantías explícitas previstas en la Constitución y, desde luego, en sus compromisos internacionales, con el objeto de maximizar el derecho a la salud.

Es necesario que, a partir de la definición normativa, se puedan contemplar todas las dimensiones y rubros del derecho a la salud, así como las bases y modalidades a desarrollar en el ámbito programático, que permitan hilar las acciones legislativas con las reglamentarias y desde luego la planeación en su satisfacción.

Basta señalar que, en la *Ley General de Salud*, norma reglamentaria del derecho constitucional de la protección a la salud, en la que se sientan las bases y modalidades en la prestación de los servicios de salud, se alude a los esquemas de cómo habrán de guiarse estas acciones. Por ejemplo, en materia de prevención, se dispone que se ofrecerá a la población un modelo de intervención temprana que considere desde la prevención y promoción de una vida saludable, hasta el tratamiento ambulatorio de calidad, de la farmacodependencia, mientras que en la prestación gratuita de servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados; para las personas sin seguridad social, el Instituto de Salud para el Bienestar, llevará a cabo un programa estratégico en el que se defina la progresividad, cobertura de servicios y el modelo de atención.

Ahora bien, es importante tomar en consideración los modelos bajo los cuales se desarrolla la prestación de los servicios de salud, dado su impacto en la generación de políticas públicas, en razón de que dichos modelos se conciben como la forma de concretar la visión de salud que se tenga, y a la par establecer las estructuras administrativas, determinando sus modalidades orgánicas y funcionales, ya sea para acceder a los servicios de salud, de investigación, de diagnóstico y de tratamiento, entre muchos más.

Dichos modelos coadyuvan en el diseño de políticas públicas, las cuales “pueden entenderse como dispositivos para el control social generados en el contexto de la modernidad, que reflejan las interacciones de un sistema de actores y se expresan en sus reglas y modos de actuación, definiendo la forma de proceder frente a un asunto considerado de interés público; en el caso de la salud pública su asunto son los problemas que afectan la salud”.⁵⁹

Resulta indispensable avanzar hacia la creación de un sistema más integrado, que reduzca la exclusión y las desigualdades, en lugar de reproducirlas

⁵⁹ Hernández, Luis Jorge, et al. El modelo de la OMS como orientador en la salud pública a partir de los determinantes sociales. *Revista de Salud pública*, 19, 2017.

o incluso fomentarlas. Una potencial reforma al respecto, debe ir hacia el acceso universal, con derechos claros y perfectamente transferibles entre las diversas instituciones, estandarizando las prestaciones y los niveles de atención y calidad.

La importancia de las construcciones conceptuales y de los modelos teóricos que les da vida a los modelos de salud, es el reconocimiento en el diseño constitucional de las mismas, esto es, la aproximación de la salud como un estado de bienestar formulado por la OMS y retomado por distintos países, ha devenido en un modelo de atención a la salud cuyo propósito radique en brindar un enfoque de derechos para asegurar el bienestar de la población, mediante la creación de estructuras administrativas que permitan la conjunción de logros correspondientes a los objetivos relacionados con el acceso universal, salud pública y capacidad de respuesta, debiéndose reflejarse en las condiciones de salud y bienestar de la población. En especial, deberá abarcar las patologías definidas como prioritarias y que requieren de un estricto seguimiento, bajo los principios de participación social, competencia técnica, calidad médica, pertinencia cultural, trato no discriminatorio, digno y humano, a través del INSABI.

El 8 de mayo de mayo de 2020, se inserta esta visión en nuestra carta fundamental de derechos, al prescribir que la ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social.

1.3 LOS RUBROS DE LA SALUD

La salud, abarca aspectos subjetivos (bienestar físico, mental y social), objetivos (capacidad de funcionamiento) aspectos internos (la atención médica, la vigilancia epidemiológica, la promoción y prevención de la salud, la protección contra riesgos sanitarios, las enfermedades transmitidas por vectores y la investigación en salud) y externos (condicionantes básicos como agua, vivienda y medio ambiente) por tanto, gozar de esta gama de facilidades es un recurso para desarrollar la vida diaria y potencializar sus capacidades.

La ventaja de abordar a la salud desde sus dimensiones operativos, es que esta aproximación conceptual nos permite ver los mega procesos en los que se organiza el Estado para satisfacer este imperativo constitucional, pero sobre todo como se han ido judicializando estas materias, desde la más común que es acceder a un tratamiento oportuno en cuanto a la prestación de servicios de atención médica, garantizando continuidad y seguimiento a los pacientes, hasta las acciones

entabladas por las autoridades sanitarias del país para proteger a la población de productos, actividades y servicios que puedan dañar su salud e incluso de acciones para fomentar hábitos saludables.

Esta clasificación obedece a la estructura por materia de la Ley General de Salud, en conjunto con la organización de la Secretaría de Salud y del propio Sistema Nacional de Salud, en donde las acciones de salud pública son responsabilidad de la Secretaría de Salud, las de riesgos sanitarios y todo lo que ello conlleva de la COFEPRIS y la atención médica, así como la investigación en esta materia a los establecimientos dedicados a ello.

No explicitar estos rubros en los que se desarrolla en términos generales el derecho a la salud, previo a su análisis jurisprudencial es construir sobre el vacío, es dar por sobreentendido que el juzgador, no se vale de lo sustantivo sino únicamente de lo normativo, sin entender la práctica jurídica de la salud.



De la figura que precede basada en las acciones que comprende el derecho a salud, plasmadas en la *Ley General de Salud*, se pueden distinguir las dimensiones o rubros en los que se desarrolla la salud, que van desde cuestiones de: atención médica entendida como el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud, entre ellos, la atención médica integrada de carácter preventivo, acciones curativas, paliativas y

de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias; promoción y prevención de la salud, que abarca todas las acciones de prevención y promoción para la protección de la salud, de acuerdo con la edad, sexo y los determinantes físicos, psíquicos y sociales de las personas, realizadas preferentemente en una sola consulta.

La protección contra riesgos sanitarios y la vigilancia epidemiológica, la primera de ellas se compone de la regulación, control, vigilancia y fomento de productos, actividades o establecimientos que puedan ocasionar un daño a la salud, y por lo que refiere a la vigilancia epidemiológica de las enfermedades que se citan en el Reglamento Sanitario Internacional, se refiere a establecer las medidas de control adoptadas para impedir la propagación internacional tengan éxito debido al carácter de la contaminación, el agente de la enfermedad, el vector o el reservorio que puedan originar epidemias o cualesquiera otras que considere de importancia notificar, con base en la recolección sistemática, continua, oportuna y confiable de información relevante y necesaria sobre las condiciones de salud de la población y sus determinantes. Y en este ámbito también encontramos el tema de la disminución del riesgo de infección, enfermedad, complicaciones o muerte por enfermedades transmitidas por vector.

Finalmente, un rubro importantísimo para la generación de nuevos conocimientos en todos los temas anteriores, es la investigación para la salud, que comprende el desarrollo de acciones que contribuyen a la generación de conocimiento en esta área y que se aplica a todas las demás dimensiones, desde la atención médica hasta acciones de salud pública.

Frecuentemente asociamos el derecho a la salud con el acceso a la atención sanitaria y la construcción de hospitales. Esto es cierto, pero el derecho a la salud es algo más, comprende un amplio conjunto de factores que pueden contribuir a una vida sana, “factores determinantes básicos de la salud”, como lo son:

- El acceso a agua potable y condiciones sanitarias adecuadas;
- Garantizar que los alimentos sean aptos para el consumo;
- Contar con una nutrición y vivienda adecuadas;
- Tener condiciones de trabajo y un medio ambiente salubres;

- Brindar una educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud.⁶⁰

Hunt ha mencionado que el reto es lograr que el derecho a la salud sea “algo más que un eslogan” mediante políticas y programas de salud pública adecuados, pero además con una defensa de esta causa más eficaz. “Obviamente el derecho a la salud no puede lograrse sin programas de salud pública. Pero los objetivos de salud pública pueden beneficiarse de la nueva dinámica de los derechos humanos”.⁶¹

Este derecho se desenvuelve en varias acciones, que son las que van a delimitar y construir este derecho, en el caso de nuestro estudio encontramos varias dimensiones que configuran el derecho a la salud, como: la atención médica, la vigilancia epidemiológica, la promoción y prevención de la salud, la protección contra riesgos sanitarios, las enfermedades transmitidas por vectores y la investigación en salud.

Dado el contexto actual en el que nos encontramos y de la jurisprudencia emitida en estos rubros, habremos de profundizar un poco más en la cuestión epidemiológica, la atención médica y la protección contra riesgos sanitarios, no porque las otras perspectivas de la salud sean menos importantes, sino porque son pocos los precedentes emitidos acerca de los mismos.

- Epidemiología

La *Ley General de Salud*, contempla que a Secretaría de Salud y los gobiernos de las entidades federativas, en sus respectivos ámbitos de competencia, realizarán actividades de vigilancia epidemiológica, de prevención y control de determinadas enfermedades transmisibles y para ello establecerá un sistema permanente de vigilancia epidemiológica.

En nuestro país, a través del Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica (SINAVE) se realiza la recolección sistemática, continua, oportuna y confiable de información relevante y necesaria sobre las condiciones de salud de la población y sus determinantes. El análisis e interpretación de esta información permite establecer las bases y facilitar su difusión para la toma de decisiones. Para ello es importante lo previsto en la Norma Oficial Mexicana NOM-017-SSA2-2012, para la

⁶⁰ ONU, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt. A/HRC/4/28.

⁶¹ Hunt, Paul, and Gunilla Backman, Óp. cit., nota 21.

vigilancia epidemiológica. Conforme a esta Norma los componentes de la vigilancia epidemiológica son: vigilancia de la morbilidad, vigilancia de la mortalidad, vigilancia especial, vigilancia de emergencias en salud pública y vigilancia internacional. Los procedimientos específicos para la vigilancia epidemiológica y el diagnóstico de laboratorio se encuentran descritos en los manuales para la vigilancia epidemiológica vigentes.⁶²

Los mecanismos de organización y funcionamiento del SINAVE, así como las acciones de capacitación e investigación de vigilancia epidemiológica que se describen en esta Norma sirven de base para establecer las políticas y programas de salud pública.

Mediante la vigilancia epidemiológica se realiza la recolección sistemática, continúa, oportuna y confiable de información necesaria sobre las condiciones de salud de la población y sus determinantes, su análisis e interpretación para la toma de decisiones en salud pública, y en particular las medidas sanitarias a implementar para contener la propagación de enfermedades sujetas a este tipo de vigilancia.

Dentro de este rubro, destaca la vigilancia epidemiológica, entendida por la OMS como un sistema dinámico que se utiliza para observar de cerca y en forma permanente todos los aspectos de la evolución de la infección y la enfermedad y todos los factores que condicionan el fenómeno salud-enfermedad.⁶³

La epidemiología en la atención primaria de salud se puede plantear que la vigilancia epidemiológica constituye un sistema dinámico de observación e investigación continuada de todos los factores y características, componentes y determinantes de los problemas de salud.

Recientemente se ha ampliado su panorama, al extenderse más allá de las enfermedades infecciosas y otras enfermedades crónicas no transmisibles, para cubrir, además, el espectro de un gran conjunto de eventos y condiciones relacionadas con la salud.

Dentro de este tema, hay dos derechos indispensables en la atención de las emergencias sanitarias, que dados los límites del presente trabajo y el objeto de estudio, no le podemos dar el suficiente espacio que ameritan dada la relevancia que revisten y la problemática que representan, estos son: i) el acceso a la información y la excepción de seguridad nacional, y ii) la protección de datos

⁶² Norma Oficial Mexicana NOM-017-SSA2-2012, Para la vigilancia epidemiológica.

⁶³ Curbelo, Toledo, Óp. cit., nota 53.

personales, pero que sin lugar a dudas, debe de existir un pronunciamiento de los tribunales en nuestro país.

- Vectores

Los vectores son organismos vivos que pueden transmitir patógenos infecciosos entre personas, o de animales a personas. Muchos de esos vectores son insectos hematófagos que ingieren los microorganismos patógenos junto con la sangre de un portador infectado (persona o animal) y posteriormente los transmiten a un nuevo portador, una vez replicado el patógeno. Con frecuencia, una vez el vector ya es infeccioso, puede transmitir el patógeno el resto de su vida en cada picadura o ingestión de sangre posterior.

El cambio de comportamiento es un elemento crucial en la reducción de la carga de las enfermedades de transmisión vectorial. La OMS colabora con asociados para difundir conocimientos y mejorar la sensibilización de la población, de manera que las personas sepan cómo protegerse a sí mismas y proteger a sus comunidades contra mosquitos, garrapatas, chinches, moscas y otros vectores.

Es por ello que es importantísimo el estudio de la frecuencia y características de la distribución de enfermedades, así como de los factores que las determinan, condicionan o modifican siempre en relación con una población, en un área geográfica y en un periodo determinado, puesto que la misma proporciona información esencial para la prevención y el control de enfermedades transmitidas por vector, cuyo agente causal o infeccioso requiere la participación de un artrópodo como hospedero o transmisor para completar su ciclo de vida y para mantener su población en hospederos vertebrados susceptibles.

Cualquier organismo que resulte de algún modo perjudicial para el ser humano o sus actividades se considera “parásito”, cuando la presencia de los parásitos es continua y su población demográfica es grande se considera plaga.

Con la emisión de la Norma Oficial Mexicana NOM-032-SSA2-2014, Para la vigilancia epidemiológica, promoción, prevención y control de las enfermedades transmitidas por vectores, se dan a conocer los conceptos, métodos y estrategias relacionados con las enfermedades transmitidas por vectores, así como los procedimientos para el combate de los ácaros e insectos vectores, a fin de que sean más eficientes. En dicho orden normativo, se establecen las especificaciones, criterios y procedimientos para disminuir el riesgo de infección, enfermedad, complicaciones o muerte por enfermedades transmitidas por vector. Mediante las distintas acciones de prevención y de control se busca mitigar los efectos de los

riesgos entomológicos, definidos como la presencia y abundancia de los insectos vectores de alguna enfermedad en un lugar determinado.

- Riesgos sanitarios

De conformidad al artículo 17 bis de la Ley General de Salud, las atribuciones de regulación, control y fomento sanitario le corresponden a la Secretaría de Salud, a través de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) y derivado de ello le corresponde a este órgano de gobierno ejecutar acciones enfocadas en priorizar los factores determinantes de la protección a la salud que contribuyan a la protección contra los riesgos sanitarios, a través del control, regulación, fomento sanitario, buscando con ello mejorar en su misión de proteger a la población contra riesgos sanitarios, basándose en principios de equidad, corresponsabilidad, transparencia y rendición de cuentas, contribuyendo así a mejorar el nivel de salud de la población del país.

Bajo esta óptica, los esfuerzos en materia de regulación, control y fomento sanitario de la producción, comercialización, importación, exportación, publicidad o exposición involuntaria de eventos adversos que pongan en peligro la salud o la vida humana, ocasionados por el uso y consumo de productos y servicios señalados en la legislación sanitaria, se deben alcanzar para proteger la salud de la población.

El riesgo sanitario se define como la probabilidad de ocurrencia de un evento exógeno, adverso, conocido o potencial, que ponga en peligro la salud o la vida humana, derivada de la exposición de la población a factores biológicos, físicos o químicos por su producción, comercialización, distribución, uso, consumo o posesión, entre otros.

- Prevención y Promoción

Cabe destacar que la atención primaria de salud se convirtió para la OMS en un concepto fundamental a raíz de la Declaración de Alma-Ata, en la que se adoptó la meta de la salud para todos. Definiendo que los gobiernos tienen la responsabilidad de salud de sus poblaciones.

Se trata de actividades que intentan fomentar la salud de los individuos y colectividades, promoviendo la adopción de estilos de vida saludables, mediante intervenciones de educación sanitaria a través de medios de comunicación de masas, en las escuelas y en atención primaria, para toda la comunidad que no tienen los recursos necesarios para la salud. La educación sanitaria debe ser complementada con los cambios necesarios en el medio ambiente y en las

condiciones sociales y económicas que permitan a los ciudadanos el ejercicio efectivo de los estilos de vida saludables y la participación en la toma de decisiones que afecten a su salud.⁶⁴

Tal concepto de salud abarca prácticamente todos los aspectos de la vida humana y, al mismo tiempo, la salud también se convierte en una categoría subjetiva, una aspiración que es interpretada por los propios individuos.⁶⁵

Además de las garantías que permiten hacer efectivo el derecho a la salud, se requiere aún de un gran trabajo y de una enorme corresponsabilidad por parte de la sociedad. Si no llevamos a cabo esos esfuerzos como país, estaremos condenando a muchos millones de mexicanos a permanecer en una situación de desigualdad en términos de salud.

Toda política debe estar orientada a garantizar el acceso de la población a los servicios de salud requiere la participación de la sociedad, de todas las instituciones que conforman el sector y el sistema de salud, así como de los tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. Sólo en esa medida es posible discutir y buscar soluciones que alcancen la universalización en el acceso al cuidado médico.

Entre los problemas que aquejan la salud de los individuos, se encuentra el sedentarismo, el estrés, una mayor convivencia urbana que cada vez impone un ritmo más acelerado e imprevisible a la vida cotidiana, el incremento en el consumo apresurado de alimentos industrializados y poco balanceados, el uso de sustancias adictivas, el tabaquismo, el alcoholismo, la inseguridad vial, la violencia en todas sus expresiones, el abuso tecnológico individual y colectivo (entre otros comportamientos) configuran riesgos para la salud de alcance desconocido y cuyo efecto está en la base de muchas de las enfermedades que dominan el panorama epidemiológico.

La trascendencia de las enfermedades crónico-degenerativas, que se han convertido en las primeras causas de muerte, también podrían acotarse con cambios sustantivos en el comportamiento, estilo de vida, educación y cultura, los cuales se expresan, sin duda, en nuestra deficiente o en nuestra cada vez más sedentaria forma de vida, por mencionar sólo dos conductas de riesgo sumamente frecuentes.

⁶⁴ Díaz, Yusbelly, "¿Qué es la salud?", *Disponible en URL: <http://prof.usb.ve/yusdiaz/salud.pdf>*, 2011.

⁶⁵ Ídem.

Desde el particular punto de vista de la participación ciudadana, con el fin de contribuir a garantizar el derecho a la protección de la salud, hay que profundizar el conocimiento y la concientización individual, modificar patrones de conducta y actuar, desde el seno familiar hasta la órbita comunitaria, en los diferentes entornos del sujeto social.

Derivado de la sexagésima segunda sesión del comité regional de la OMS, se contempló como parte de las acciones: abordar los factores fundamentales sociales y económicos determinantes de la salud mediante políticas y programas que mejoren la equidad en materia de salud e integren enfoques favorables a los pobres, sensibles a las cuestiones de género y basados en los derechos humanos.

Lo anterior se centra en la prevención y promoción de la salud, de manera específica se señala que se deberán ejercer actividades de prevención, tratamiento, apoyo y atención para el VIH/sida, la tuberculosis y la malaria, que incluyen métodos innovadores para aumentar la cobertura de las intervenciones entre las personas pobres y las poblaciones vulnerables y de difícil acceso. Formular y ampliar políticas y planes que tengan en cuenta los aspectos de género para la prevención, el apoyo, el tratamiento y la atención de la infección por el VIH/sida, la tuberculosis y la malaria. Y mediante la formulación y ejecución de políticas y programas a fin de mejorar el acceso equitativo a medicamentos esenciales de buena calidad, medios de diagnóstico y otros productos para la prevención y el tratamiento de éstas.

Por lo que refiere a la promoción, la misma se centra en el desarrollo y la promoción de la acción intersectorial para influenciar sobre los factores sociales y económicos determinantes de la salud, y lograr el mejoramiento de la equidad en salud mediante la atención a las necesidades de los grupos sociales pobres, vulnerables y excluidos. De acuerdo con los Estados miembros de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), los desafíos fundamentales para lograr mejorar la equidad en salud incluyen: a) desarrollar conocimientos sobre los factores sociales y económicos determinantes de la salud y su relación con los Objetivos de Desarrollo del Milenio, y sobre los derechos humanos en los planos global, regional y nacional; b) velar por que todas las áreas técnicas de la Oficina Sanitaria Panamericana reflejen en sus programas y trabajo normativo un enfoque basado en los derechos humanos, y c) adoptar el método correcto para medir efectos.

- Atención Médica

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

cual podrá apoyarse de medios electrónicos de acuerdo con las normas oficiales mexicanas que al efecto expida la Secretaría de Salud.

Las actividades de atención médica contempladas en la *Ley General de Salud*, son:

- Preventivas, que incluyen las de promoción general y las de protección específica;
- Curativas, que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno;
- De rehabilitación, que incluyen acciones tendientes a corregir las invalideces físicas o mentales; y
- 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.⁶⁶

¿Cómo podemos identificar qué es lo establecido para la correcta atención? La respuesta debe ser muy concreta, lo establecido en la atención médica se refiere aplicar o instrumentar las mejores prácticas, universalmente aceptadas por los gremios de especialistas reconocidos por sus órganos colegiados e instituciones académicas de prestigio, tanto para el diagnóstico y tratamiento como para la rehabilitación de un paciente con un padecimiento específico.

Es imprescindible garantizar que los medicamentos lleguen a sus jurisdicciones en cantidades adecuadas. De esta manera, en el marco de la cooperación y asistencia internacional, se les exige a los Estados tomar medidas eficaces para promover el desarrollo y la disponibilidad de nuevas drogas, vacunas y herramientas de diagnóstico para aquellas enfermedades que resultan una carga muy pesada para los países en desarrollo. Por ende, los Estados deben recurrir a una variedad de incentivos económicos, financieros y comerciales para influenciar la investigación y el desarrollo hacia necesidades específicas de salud.

En pocas palabras, los Estados no sólo tienen un deber de garantizar que los medicamentos existentes estén disponibles dentro de las fronteras, sino que también tienen una responsabilidad de tomar medidas razonables para garantizar

⁶⁶ Véase el artículo 33 de la Ley General de Salud.

que nuevos medicamentos necesarios sean desarrollados y que estén disponibles. Y además de estar disponibles, los medicamentos también deben ser accesibles.

La accesibilidad tiene cuatro dimensiones. Primero, los medicamentos deben ser accesibles en todas partes del país, lo cual tiene grandes implicaciones para el diseño de sistemas de provisión de medicamentos, incluyendo programas de alcance. Segundo, los medicamentos deben ser económicamente accesibles (asequibles) para todos, incluyendo a las personas viviendo en situación de pobreza. Tercero, el principio de no discriminación puede exigir que el Estado tome medidas para garantizar la igualdad en el acceso para todos los individuos y grupos, como minorías desaventajadas. Cuarto, los pacientes y profesionales de la salud deben tener acceso a información confiable sobre medicamentos para poder tomar decisiones bien informados y utilizar medicamentos de manera segura.⁶⁷

No podemos dejar de señalar que, dados los fracasos de las políticas públicas, de la falta de una obligación inderogable en el texto constitucional para allegarse de los medicamentos necesarios y esenciales para su tratamiento, se ha dado un movimiento muy importante de judicialización de la salud, inclusive la mayoría de los criterios emitidos por nuestros Tribunales son respecto al acceso a estos insumos, tal y como se analiza en la parte final de este trabajo.

- Investigación para la salud

De conformidad con lo establecido en la *Ley General de Salud* y en su Reglamento para la investigación médica, así como las normas oficiales mexicanas expedidas al respecto, se tiene que la investigación para la salud comprende el desarrollo de acciones que contribuyan:

I. Al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos;

II. Al conocimiento de los vínculos entre las causas de enfermedad, la práctica médica y la estructura social;

III. A la prevención y control de los problemas de salud;

IV. Al conocimiento y evaluación de los efectos nocivos del ambiente en la salud, y

⁶⁷ Hunt, Paul, and Rajat Khosla, El derecho humano a los medicamentos, *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, 5, 2008.

V. Al estudio de las técnicas y métodos que se recomienden o empleen para la prestación de servicios de salud.

En la producción de insumos para la salud que prevé esta dimensión, los Institutos Nacionales de Salud, de conformidad con su normatividad son fundamentales, puesto que son éstos los encargados de fomentar la investigación, enseñanza y brindar de servicios de prestación de atención médica, y en el tema que nos ocupa hacen estudios de Investigación en salud, entendidos como el estudio y análisis original de temas de la Medicina, sujetos al método científico, con el propósito de generar conocimientos sobre la salud o la enfermedad, para su aplicación en la atención médica.

La investigación aplicada en salud se orienta a la comprensión, prevención, diagnóstico y tratamiento de problemas de salud determinados; la investigación básica en salud, es la relativa al estudio de los mecanismos celulares, moleculares, genéticos, bioquímicos, inmunológicos y otros, que tenga como propósito ampliar el conocimiento de la Ciencia Médica, concebida como la disciplina que, conforme a métodos científicamente aceptados, desarrolla un conocimiento sistematizado que de manera metódica, racional y objetiva tiene el propósito de investigar, describir y explicar el origen de las enfermedades, su prevención, diagnóstico y tratamiento, así como de procurar la rehabilitación del afectado y el mantenimiento y protección de la salud de las personas.

Por lo cual, la investigación que lleven a cabo los Institutos Nacionales de Salud será básica y aplicada y tendrá como propósito contribuir al avance del conocimiento científico, así como a la satisfacción de las necesidades de salud del país, mediante el desarrollo científico y tecnológico, en áreas biomédicas, clínicas, sociomédicas y epidemiológicas.

Ahora bien, en cuanto a los condicionantes básicos de la salud, Lalonde, enuncia un modelo que ha tenido gran influencia en los últimos años y que establece que la salud de una comunidad está condicionada por la interacción de cuatro grupos de factores: la biología humana, medio ambiente, estilo de vida y organización de la atención de salud, esto es, los factores determinantes de la salud existirían fuera de los sistemas de salud.⁶⁸

- *Determinantes básicos para la salud*

⁶⁸ Lalonde M. A, *New perspective on the health of Canadians. A working document. Ottawa: Government of Canada, 1974.*

El derecho a una alimentación adecuada no sólo es esencial para la salud, sino que es “indivisiblemente ligada a la dignidad inherente a la persona humana y es indispensable para el cumplimiento de otros derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Además, el derecho a la alimentación, consistente en que los alimentos sean nutricionalmente adecuados y seguros, y el derecho a no padecer hambre, son consideradas parte de las obligaciones fundamentales de los Estados.

Hay muchas causas de la falta de alimentación y nutrición adecuadas: el clima cambio, uso de agrocombustibles, desequilibrios de poder en la producción de alimentos y cadena de distribución, especulación en los mercados de productos agrícolas, y el alza de los precios de los alimentos son solo unos pocos.

En todas las circunstancias, los estados tienen la obligación fundamental de tomar las medidas necesarias con el fin de garantizar la disponibilidad y accesibilidad de suficientes alimentos, de manera que no interfieran con el disfrute del derecho a salud.

Por lo que refiere al acceso a agua limpia potable, aun y cuando para muchas personas sería sencillo afirmar que el acceso al agua constituye un derecho para los individuos, ya que sin ésta se pueden poner en riesgo la vida y la salud humana, jurídicamente no es plausible hablar de un derecho que no se encuentra reconocido en las leyes de un país o específicamente definido en los tratados internacionales. Al ser el agua un elemento indispensable y fundamental, en primer término, para la vida, se le concibe como una necesidad básica para los seres humanos. En México, la Constitución establece que la prestación de estos servicios es responsabilidad de los municipios y prevé el concurso de los Estados y la Federación en su apoyo.

Para ello, la *Ley General de Salud*, dispone que uno de los objetivos del Sistema Nacional de Salud, es diseñar y ejecutar políticas públicas que propicien la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, que contrarreste eficientemente la desnutrición, el sobrepeso, la obesidad y otros trastornos de la conducta alimentaria y promover e impulsar programas y campañas de información sobre los buenos hábitos alimenticios, una buena nutrición y la activación física para contrarrestar el sobrepeso, la obesidad y los trastornos de la conducta alimentaria.

Mientras que la vivienda es imprescindible para este derecho, puesto que la mejora de las condiciones de habitabilidad puede salvar vidas, prevenir enfermedades, mejorar la calidad de vida, reducir la pobreza, ayudar a mitigar el

cambio climático y contribuir al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, incluidos los relativos a la salud.

Mediante la incorporación del derecho a una vivienda digna y decorosa dentro de la parte dogmática de la Constitución Federal, el constituyente permanente dejó en claro que contar con una vivienda adecuada debía ser considerado como un derecho fundamental, inherente a la dignidad del ser humano, y elemental para contar con el disfrute de otros derechos fundamentales, que están estrechamente relacionados, como el derecho a la salud.

Por lo que este determinante básico resulta necesario para la salud, dado que una vivienda sea digna, decorosa y funcional, permite a sus habitantes contar con las condiciones necesarias e indispensables que les permitan tener una comodidad adecuada y una vida saludable.

Los Principios 1.7, 2.2 y 3 de Higiene de la Vivienda, emitidos por la OMS, en Ginebra en 1990, señalan que la “vivienda adecuada” debe contar con salvaguardias estructurales contra la transmisión de enfermedades, entre lo que se incluye habitaciones con adecuada ventilación para evitar el contagio de enfermedades, que las viviendas bien diseñadas, construidas y ventiladas, libres de sustancias tóxicas e irritantes, reducen los riesgos de cáncer y enfermedades respiratorias crónicas, y que para reducir al mínimo los factores nocivos de estrés psicosocial, las viviendas deberían contar con suficiente espacio habitable, bien ventilado.⁶⁹

En tanto que el derecho a un medio ambiente sano tiene repercusiones directas con el derecho a la salud, dado que para el desarrollo y bienestar posee una doble dimensión. Por una parte, dicha prerrogativa protege el ambiente como un bien jurídico fundamental y expresa el papel indiscutible que éste tiene en la realización de un plan de vida digno, a través del aseguramiento de las condiciones óptimas del entorno y la naturaleza, más allá de su relación con el ser humano y de la apreciación que éste haga sobre aquellos, reconociendo que su valor intrínseco deriva de que su proceso o los procesos que la integran continúan y siguen aparentemente en un sentido: reproducirlo vivo, seguir existiendo, en su esfuerzo constante de adaptarse para sobrevivir, incluso a la acción humana.

Por otra parte, la protección de este derecho humano constituye una garantía para la realización y vigencia de los demás derechos, atendiendo al principio de

⁶⁹ Disponible en https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/38629/9243561278_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

interdependencia, ya que, como se acaba de señalar, el ser humano se encuentra en una relación indisoluble con su entorno y la naturaleza, por lo que nuestra calidad de vida, presente y futura, nuestra salud e incluso nuestros patrimonios material y cultural están vinculados con la biosfera; en este sentido, la dignidad, la autonomía y la inviolabilidad de la persona dependen de su efectiva defensa. En otras palabras, nuestra vida depende de la vida del planeta, sus recursos y sus especies.

1.4 SALUD Y DERECHOS HUMANOS

La literatura jurídica norteamericana⁷⁰ ha sido desde principios de la década de los 90's, la única en nuestro continente que ha abordado a la salud desde un enfoque basado en derechos humanos, haciendo un esfuerzo considerable durante cerca de 15 años por poner en el radar esta aproximación, siendo al día de hoy las publicaciones más importantes en la materia. No obstante, cada día, en dicho país y en México se fue dejando de lado esta conexión, al menos desde 2010, no se aprecia en ambos países un texto que aborde esta problemática.

Esta investigación, se enmarca en la ausencia doctrinal en nuestro país tanto de la vinculación entre salud y derechos humanos y de manera más específica en la falta de estudios jurisprudenciales que den parte de esta conexión y de las dimensiones internas y externas de este derecho de reciente creación.

Lo anterior desde un enfoque más amplio como es el vínculo entre la visión garantista de derechos humanos (universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad, no regresividad, no discriminación, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, igualdad, equidad, corresponsabilidad, sobre todo en el respeto a la dignidad humana y los temas que comprende el derecho a la salud sustentado en la interpretación más favorable a la persona. Lo cual es posible gracias a este bloque de constitucionalidad in extenso, con los tratados internacionales y el marco convencional y las cláusulas de protección reforzada que se unen a los criterios jurisprudenciales emitidos con anterioridad.

⁷⁰ Véase, por ejemplo, J. Mann, S. Gruskin, M. Grodin y G. Annas (eds), *Health and Human Rights: A Reader* (Nueva York y Londres: Routledge, 1999); S. Gruskin, M. Grodin, G. Annas y S. Marks (eds), *Perspectives on Health and Human Rights* (Nueva York y Londres: Routledge, 2005); A. Yamin, "Viajes hacia la ciudad espléndida", *Human Rights Quarterly* 26, 2004; Informe del Relator Especial de la ONU sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, UN Doc. No. A / HRC / 4/28 (2007); y P. Hunt, "El movimiento por la salud y los derechos humanos: avances y obstáculos", *Journal of Law and Medicine* 15/5 (2008). 1 B Toebes 'Hacia una mejor comprensión del derecho humano internacional a la salud', 1999, 21 *Human Rights Quarterly*; R Roemer 'El derecho a la atención médica' en HL Fuenzalida-Puelma y SS Connor (eds) *El derecho a la salud en las Américas: Un estudio constitucional comparado*, 1989; Hannum 'La DUDH en el derecho nacional e internacional, 1998, 3 (2) Salud y Derechos Humanos.

Esto va de la mano con el reconocimiento a los trabajos de Ingrid Brena, de Maria de Jesús Medina, de Pauline Capdevielle, de Cano Valle, de Moctezuma Barragán, de Ímer Flores, de Nuria González, Luis Díaz Muller, de Rafael Pérez, Valentín Yañez, Víctor Martínez Bullé⁷¹, que han sido trabajos más específicos sobre ciertos temas de salud, como genoma humano, salud reproductiva, reproducción asistida, células troncales, objeción de conciencia, bioética, derechos de los usuarios de salud, eutanasia, trasplantes, adicciones. Sin embargo, este trabajo está enfocado en analizar el vínculo entre el derecho a la salud en sus grandes dimensiones y no de manera específica, sino de las conexiones que se desprenden de los distintos análisis hechos en los mismos rubros y que tienen un patrón decisional, pero más allá de eso es de entrada el reconocimiento de ciertos derechos dentro de estas categorías generales de la salud y una especie de reafirmación de estos mismos derechos con la emisión de sentencias consolidadoras.

Los derechos humanos y la salud raramente han sido identificados como un binomio correlativo, que conlleve a que se necesiten y refuercen mutuamente. Las discusiones sobre la salud raramente han considerado los argumentos sobre los derechos humanos, lo cual es irónico cuando se reflexiona en el entendido de que resulta obvio que un daño a la salud es una manifestación primaria de los derechos humanos.

Para muchos, parece sensato y bastante obvio afirmar que la salud es un derecho humano, pero tal convicción todavía no es común entre la mayoría de los que trabajan en el campo de la salud. En muchas ocasiones, las decisiones que afectan a la salud son prerrogativa de los médicos y profesionales sanitarios superiores, lo que direcciona a que la salud se considere un servicio básico que deben prestar los gobiernos y médicos, en lugar de un derecho básico de las personas y comunidades.

El potencial del discurso de los derechos humanos recientemente ha comenzado a ser explorado asiduamente. A pesar de ello, la idea de la salud como un derecho humano está subdesarrollada, a pesar de referencia constante a los derechos asociados con la salud en declaraciones y tratados de derechos

⁷¹ Dichos textos se encuentran disponibles en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>

humanos. La adopción del paradigma de los derechos humanos tiene el potencial de revolucionar el campo de la salud.⁷²

Las claves mostradas en el apartado anterior nos han mostrado cómo los derechos humanos han comenzado a tomar relevancia en el campo de la salud, incrementándose la atención de éstos en los asuntos relacionados con la salud, en los que esta sinergia ha tomado una vital importancia en las cuestiones prácticas, generando un mayor conocimiento sobre las implicaciones de la relación de los derechos humanos y la salud, lo que a su vez se ha traducido en su inserción en la agenda política y en las políticas públicas de los Estados.⁷³

Es indispensable informar y ampliar el espacio dentro del cual, las ideas sobre la intersección entre salud y derechos humanos, se han presentado. Para ello, este apartado muestra la exploración de las fronteras de la salud y los derechos humanos para ser criticadas, debatidas, discutidas y sobre todo construidas en busca del pleno ejercicio de esta prerrogativa.⁷⁴

En los últimos años, el desarrollo del lenguaje de “la salud y los derechos humanos” ha permitido que las relaciones entre la salud y los derechos humanos se especifique de forma explícita, y por lo tanto conceptual, analítica, política y programáticamente para comenzar a tender un puente entre estas disciplinas tan dispares y avanzar juntas...siendo de importancia fundamental aclarar los vínculos entre la salud y los derechos humanos.⁷⁵

Hoy por hoy, son pocas, las investigaciones que existen entre las intersecciones derechos humanos y la salud,⁷⁶ por tal motivo traemos este tema a colación, derivado del cambio paradigmático en nuestro ordenamiento jurídico respecto a los derechos humanos, en el que se señala la protección a la salud como un derecho humano.

⁷² Toebe, Brigit, The right to health. En *Economic, social and cultural rights*. Brill Nijhoff, 2001.

⁷³ Marks, Stephen citado en Gruskin, Sofia y Tarantola, Daniel, “Health and Human Rights” en Gruskin, Sofia et al., editores, *Perspectives on Health and Human Rights*, Nueva York, Routledge, 2005. La traducción es mía.

⁷⁴ Mann, Jonathan. “A new journal: a new beginning”, *Health & Hum. Rts.*, vol. 1, 1994.

⁷⁵ Gruskin, Sofia y Tarantola, Daniel, Óp. cit., nota 73.

⁷⁶ Únicamente con motivo de la entrada en vigor de la reforma del artículo 4º constitucional en 1983, se publicó una compilación de artículos a los que se les intituló “Derecho constitucional de la protección a la salud”. Sin embargo, en el mismo no encontramos ensayo alguno que aborde esta temática de la salud como un derecho humano; años más tarde se llevó a cabo el Seminario “*Salud y derechos humanos*”, organizado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos el cual aconteció en el año de 1991. No obstante, a pesar de ser un muy loable intento por entrar al estudio sobre la vinculación de los derechos humanos y la salud, dicho análisis se dio de manera muy temprana a la reforma acontecida en materia de derechos humanos en junio del 2011.

La OPS destaca la importancia de la correspondencia entre la salud y los derechos humanos, haciendo hincapié en que estas dos cuestiones “derecho y salud” se encuentran interrelacionadas más allá de lo que se piensa, por ejemplo, “Esta connotación ayuda a contribuir a una mejor comprensión entre los legisladores de la importancia que reviste el derecho a la salud, y también sirve para promover una mayor conciencia entre los profesionales de la salud de la función que desempeña el derecho en materia de salud”⁷⁷.

Previo a analizar esta relación, es importante ir acotando el concepto de los derechos humanos, la configuración de los mismos, en civiles y políticos, así como económicos, sociales y culturales, en los que se ve inmerso el derecho a la salud.

1.4.1 ¿Qué son los derechos humanos?

La teoría de los derechos humanos no termina por definir y concordar, entre otras cuestiones fundamentales, en temas como el caso del concepto, si son subjetivos, naturales, morales, humanos o fundamentales, lo cual depende de su naturaleza y características, las cuales son susceptibles de conocerse a partir de los fundamentos que le dan origen, y que justifican su función y finalidad.

La reflexión académica sobre los DH se ha enfocado principalmente en “desentrañar su naturaleza jurídica”, exponer cómo han evolucionado las normas que la regulan en nuestro país, o bien, identificar si es o no una fuente formal del derecho, no obstante, este interesante debate no será objeto de este estudio, ya que nos limitaremos a brindar una noción que nos apoye con los objetivos planteados, relacionados con el establecimiento de diversas líneas jurisprudenciales en el ámbito de la salud.

Al respecto han emergido una serie de teorías sobre la naturaleza de los derechos humanos, tal es el caso del iuspositivismo que considera a los derechos humanos como derechos positivos al estar basados en leyes positivas, mientras que el iusnaturalismo los concibe como derechos naturales, basados en una concepción de una naturaleza humana en común y con derivaciones divinas, racionales o ya sea en consideraciones contemporáneas que los conciben como derechos que se poseen en virtud del simple hecho de ser humanos; como derechos históricos concebidos como aquellos de origen social, en cuanto que son resultado

⁷⁷Fuenzalida Puelma, Hernán L. y Susan Scholle Connor, “The Right to Health in the Americas. A Comparative constitutional Study”, Washington, D. C., Panamerican Health Organization, 1989 en Leary, Virginia A., *The Right to Health in International Human Rights Law*, en Health and Human Rights, Boston, vol. 1, núm. 1, otoño de 1994. Traducción propia.

de la evolución de la sociedad, cuyo concepto y formulación se han ido decantando a través de la historia y finalmente como derechos morales, basados en las exigencias éticas. También persisten otros conceptos más como son los acercamientos desde las corrientes filosóficas que se encaminan a fundamentar este concepto en la satisfacción de oportunidades, capacidades y necesidades básicas; y no podemos dejar pasar por desapercibidas las posiciones religiosas que explican este hecho como un regalo de Dios.

Marlasca, por su parte, resume estas principales teorías para descifrar la naturaleza los derechos humanos, agrupándolas en 4 grupos, aun y cuando pudieran existir diversas clasificaciones y terminologías dentro de éstas, mencionando: 1. La fundamentación o justificación iusnaturalista, en la que se concibe a los derechos humanos como derechos naturales o basados en la naturaleza humana; 2. La fundamentación o justificación positivista, en la cual los derechos humanos son considerados como derechos positivos al estar basados en leyes positivas; 3. La fundamentación o justificación ética dualista, misma que sostiene que los derechos humanos son derechos morales o en su caso valores positivados por los ordenamientos jurídicos; y 4. La fundamentación o justificación histórico- relativista, que argumenta en razón de que los derechos humanos son derechos históricos y relativos.⁷⁸

Etinson, por su parte las refiere como aquellas posiciones ortodoxas que en la mayoría de las veces son referidas como naturalistas; como explicaciones humanistas, o versiones tradicionales, anticuadas o filosóficas y los cataloga en dos partes: 1) aquellos que piensan a los derechos humanos como derechos naturales: derechos morales que se poseen simplemente en virtud de ser seres humanos, entre los que enuncia a Tasioulas, Beitz, Liao, Gilabert, Raz y Buchanan al igual que a sí mismo; y 2) aquellos teóricos políticos, considerados como “prácticos,” “institucionalistas,” o “funcionales” y entre quienes destacan Wenar, Griffin, Dworkin y Rawls que consideran a los derechos humanos como derechos con un rol trascendental en la política moderna internacional configurándose como estándares de legitimidad política, al fungir como normas de preocupación internacional y/o imponer límites en el ejercicio de la soberanía nacional.⁷⁹

⁷⁸Marlasca, Antonio, *Fundamentación filosófica de los derechos humanos*, *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, ARIIO, 1998, p. 564.

⁷⁹Etinson, Adam, *Human Rights: Moral or Political? Introduction*, A proposal for Oxford University Press, 2015, p. 1, Disponible en: [https://www.academia.edu/28828370/Introduction - Human Rights Moral or Political](https://www.academia.edu/28828370/Introduction_-_Human_Rights_Moral_or_Political)

Si bien este tema da mucho de qué hablar, por motivos de espacio y de delimitación de nuestra investigación, no abundaremos sobre las cuestiones relacionadas con la naturaleza jurídica, alcance, características de los derechos, así como retrocesos y avances de los derechos humanos en la parte teórica, pero si se hace lo propio en cuanto a estas consideraciones sobre el derecho a la salud en nuestro país.

Lo importante de todo ello, no importa si son derechos naturales o positivos, lo realmente primordial es la percepción de que la función de la Ley o del Derecho ya no es la de reprimir, controlar, restringir y no alargar los espacios de libertad, de enderezar el árbol torcido, de no de dejarlo crecer salvajemente, sino de formar sociedades de progreso, democráticas, participativas con individuos libres y autónomos, con miras en un plan de vida digno y que tengan bienestar físico, mental y social, que los conduzca al desenlace de una vida digna, plena de autonomía, desarrollo, bienestar y, sobre todo, dignidad.

A pesar de no ser materia del trabajo de investigación, no podemos negar esta conexión que tienen los derechos humanos con el Estado, o bien como se ha solido denominar iuspositivismo, puesto que esta vertiente es una de las condiciones de posibilidad de los derechos humanos y no así una característica de causalidad de los mismos, lo anterior en el entendido de que es su positivización por parte del Derecho, la que les otorga institucionalidad y las respectivas garantías para su tan añorado efectivo cumplimiento.

No cabe duda que los derechos humanos, con independencia del marco teórico en el que se les situé, es una de las cuestiones actuales más sugerentes para una teoría interesada en influir en la praxis. Tal vez por ello escribir sobre el concepto de los derechos humanos implica apostar fuertemente por la existencia de una razón práctica, de una razón que pueda y deba esforzarse por asentar normas de acción y valores con el menor grado posible de arbitrariedad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha establecido que los derechos humanos son, en su definición más básica, pretensiones jurídicas destinadas a establecer los límites que los representantes de los ciudadanos no pueden traspasar en el desarrollo de sus responsabilidades normativas. Considerándolos como mandatos de optimización, porque su protección y reconocimiento en los textos constitucionales presupone naturalmente que sus exigencias normativas entrarán en conflicto con otras en los casos concretos,

hipótesis en la que será necesario desarrollar un ejercicio de ponderación para articular el resultado de su aplicación conjunta en esos casos.⁸⁰

De acuerdo a las anotaciones hechas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), los Derechos Humanos (DH) son el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, tratados internacionales y las leyes.⁸¹

De manera simplista se les ha definido como “aquellos derechos que tienen todas las personas por el solo hecho de ser tal, y que les permite su máxima realización material y espiritual, con responsabilidad para su propia comunidad”.⁸²

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. La aplicación de los derechos humanos a la que se encuentran obligadas todas las autoridades se rige por los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Si bien, no entraremos a detalle del análisis conceptual de los DH, ni las problemáticas a las que se ven enfrentados en tanto su naturaleza y fundamento, enunciaremos algunas consideraciones que servirán de referencia en el transcurso de la presente investigación, en virtud del carácter que revisten en la aplicabilidad de éstos y su desarrollo jurisdiccional.⁸³

Los derechos humanos en su generalidad son haces abiertos de posibilidades jurídicas protectoras de la libertad y la autonomía, así como un mínimo de condiciones de bienestar y desarrollo social, puesto que lo que buscan proteger este amplio compás de elecciones y ejecuciones de las mismas que le permitan a los individuos llevar a cabo el plan de vida que ellos decidan.

⁸⁰ Conflictos que involucran derechos fundamentales. su resolución jurídica. Tesis Aislada, 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, agosto de 2011, p. 23 P. XII/2011.

⁸¹ Al respecto véase <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>

⁸² Witker, Jorge. *Juicios orales y derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

⁸³ Estas problemáticas fueron abordadas en mi tesis que sustente para la obtención del grado de Maestría dedique un apartado en específico para este tema. González del Valle, Iván, sustentante, La salud, un derecho humano fundamental: alcances, implicaciones y mecanismos de protección, UNAM, 2015. Disponible en <http://132.248.9.195/ptd2015/abril/0727695/Index.html>

Se define a los derechos como una técnica de protección a ciertas necesidades de los individuos, para lo cual subyacen razones suficientes para exigir su cumplimiento, como lo es la dignidad humana, los principios de igualdad, libertad, bienestar y desarrollo, para lo que el orden normativo les confiere a los titulares de estos bienes básicos, poderes (facultades) e inmunidades y un ámbito especial de protección, mediante la puesta a disposición de técnicas reclamatorias.

Una de las aportaciones interesantes es la consideración de los DH como piso, en donde el Estado debe garantizar las condiciones mínimas de todo individuo, a partir de su consideración como tal y su dignidad inherente, ha devenido de esta puesta en marcha de procesos de lucha por la misma, resultado de reivindicaciones sociales y colectivas que tienden a la construcción de espacios sociales, económicos, políticos y jurídicos que permitan el empoderamiento de todos y todas para poder luchar plural y diferenciadamente por una vida digna de ser vivida”.⁸⁴

La experiencia de lucha por la dignidad humana, se nos muestra como una constante, ya sea previo a su configuración normativa o al reconocimientos de estas pretensiones normativas por la autoridad administrativa y en su caso judicial, formada de un entramado de instituciones creadas *ex profeso* para protegerla, lo que nos conduce a una comprensión compleja de derechos humanos como “procesos de apertura y consolidación de lucha por diversas formas de entender la dignidad humana”.⁸⁵

Dworkin va a definir a los derechos subjetivos como “triumfos políticos en manos de los individuos que sirven de límite a la consecución de metas colectivas”. Se trata de un concepto ético utilitario, en la medida en que el utilitarismo propugna precisamente la consecución de tales metas.⁸⁶

Los derechos en su generalidad son haces abiertos de posibilidades jurídicas protectoras de la libertad y la autonomía, así como un mínimo de condiciones de bienestar y desarrollo social, puesto que lo que buscan proteger este amplio compás de elecciones y ejecuciones de las mismas que le permitan a los individuos llevar a cabo el plan de vida que ellos decidan.

Cruz Parceró, hace una distinción interesante de los derechos vistos como triunfos, a saber, señala que los derechos pueden clasificarse como triunfos contra

⁸⁴ Rosillo, Alejandro, *Derechos humanos desde el pensamiento latinoamericano de la liberación*, tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2011.

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ Dworkin, Ronald, and Marta I. Guastavino. *Los derechos en serio*. Vol. 997. Barcelona: Ariel, 2012.

el gobierno, contra la mayoría, contra el utilitarismo, en suma, contra cualquier abuso de poder.⁸⁷

En este tenor, la SCJN se ha pronunciado sobre los principios que subyacen a todos los derechos humanos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que dispone, entre otras cuestiones, que 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.

Principios que se caracterizan en los términos siguientes:

i) Universalidad: que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana, pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona.

En relación con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso de la "Masacre de Mapiripán vs Colombia) ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, interpretación evolutiva que es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De ahí que dichos derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es intangible; por ello, la Norma Fundamental señala que ni aun en los estados de excepción se "suspenden", pues en todo caso, siempre se estará de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario;

ii) Interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente

⁸⁷Cruz Parceró, Juan Antonio, *El concepto del derecho subjetivo*, Fontamara, México, 1999.

consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente; y

iii) Progresividad: constituye el compromiso de los Estados para 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, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así, este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.⁸⁸ Se entiende también como la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción. Asimismo, el principio de progresividad determina los límites de la libertad de configuración del legislador para modificar normas de carácter social, los cuales siempre deben ser in crescendo.

También encontramos que una de las características de los derechos humanos es la No discriminación y no regresividad. El primero de ellos, se refiere a que no el ejercicio de este derecho debe ser en igualdad de condiciones, sin tomar en cuenta el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la salud de la persona y por ende contra su dignidad humana, puesto que lo único que acontece con esta distinción absurda es el menoscabo de la satisfacción en el ejercicio de los derechos humanos.

Tan es así que la Convención sobre la Eliminación de todo tipo de discriminación racial, en su artículo 24 hace énfasis en la no discriminación al

⁸⁸ Tesis: I.4o.A.9 K (10a.). Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Común, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3, página 2254. Tipo: Aislada

señalar que los Estados parte habrán de prohibir y eliminar la discriminación racial en el disfrute del derecho a la salud, la atención médica, la seguridad social”⁸⁹

La “no discriminación” es uno de los principios más fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) proscribe que cualquier discriminación en el acceso a atención de salud y determinantes subyacentes de la salud, así como a los medios y derechos para su adquisición por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, propiedad, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluyendo VIH/SIDA), la orientación sexual y estado civil, político, social o de otro, que tiene la intención o efecto anular o alterar la igualdad disfrute o ejercicio del derecho a la salud.

La discriminación y estigma continúan seriamente restringir y socavar el progreso en el campo de la salud.

En tanto que la no regresividad, se contrae a que el Estado por ningún motivo debe ser regresivo en cuanto a las prestaciones en materia de derechos humanos, toda vez que este principio busca de manera constante avanzar y todo retroceso en la materia es considerado inconstitucional, configurándose en conjunto con la progresividad como componentes esenciales de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De conformidad con estos dos principios, una vez alcanzado un determinado nivel de protección de los derechos sociales, económicos y culturales, la amplia potestad de configuración del legislador en la materia se ve reducida, y en esa medida todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional.

El principio de la universalidad se encuentra estrechamente relacionado a la igualdad y no discriminación. No obstante, para lograr la igualdad real se debe atender a las circunstancias o necesidades específicas de las personas, mientras que el Principio de Interdependencia consiste en que cada uno de los derechos humanos se encuentran ligados unos a otros, de tal manera que el reconocimiento de uno de ellos, así como su ejercicio, implica necesariamente que se respeten y protejan múltiples derechos que se encuentran vinculados.

Todos los derechos humanos, sean éstos los derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley y la libertad de expresión; los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, la seguridad

⁸⁹Adoptada por la Asamblea General en su resolución 2106 A del 21 de diciembre de 1965.

social y la educación; o los derechos colectivos, como los derechos al desarrollo y la libre determinación, todos son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes. El avance de uno facilita el avance de los demás. De la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás.

Finalmente, no debemos olvidar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que no existen derechos humanos absolutos, por ello, conforme al artículo 1o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, aquéllos pueden restringirse o suspenderse válidamente en los casos y con las condiciones que la misma Ley Fundamental establece. En este sentido, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y las libertades reconocidas en ésta no pueden aplicarse sino conforme a las leyes dictadas en razón del interés general y de acuerdo con el propósito para el cual han sido establecidas. Sin embargo, la regulación normativa que establezca los supuestos por los cuales se restrinjan o suspendan los derechos humanos no puede ser arbitraria, sino que los límites previstos en los invocados ordenamientos sirven como elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerarlas válidas. En ese contexto, de la interpretación armónica y sistemática de los artículos citados se concluye que los requisitos para considerar válidas las restricciones o la suspensión de derechos, son: a) que se establezcan en una ley formal y material (principio de reserva de ley) dictada en razón del interés general o público, en aras de garantizar los diversos derechos de igualdad y seguridad jurídica (requisitos formales); y, b) que superen un test de proporcionalidad, esto es, que sean necesarias; que persigan un interés o una finalidad constitucionalmente legítima y que sean razonables y ponderables en una sociedad democrática (requisitos materiales).⁹⁰

Henry Shue habría de señalar algunos puntos a considerar para la consideración de los derechos humanos: a) Conceptualizar algo como un derecho enfatiza su importancia excepcional como un objetivo social o público, es decir Derechos como “triumfos”, b) Se centran en la dignidad de la persona, c) la equidad y la igualdad son principios fundamentales de los derechos humanos, d) la participación de individuos y grupos en cuestiones que les afectan se configura como un aspecto esencial de los derechos humanos, e) el concepto de derechos implica la titularidad f) los derechos humanos son interdependientes, g) los derechos no son absolutos, ya que estos pueden ser limitados, sin embargo dichas limitaciones deben someterse a un estricto escrutinio y deben justificarse.⁹¹

⁹⁰ Tesis: 1a. CCXV/2013 (10a.), Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 1, página 557. Tipo: Aislada

⁹¹ Witker, Jorge. Óp. cit., nota 82.

La reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de salud continúa ratificando el carácter fundamental del derecho a la salud consagrado constitucionalmente; sin embargo, enfatiza que estos derechos de raigambre constitucional no son absolutos, sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, siempre que no sean alterados en su sustancia. Tales lineamientos parecieran aportar algunas respuestas a la creciente judicialización de la salud.⁹²

En tal sentido, los derechos humanos pueden restringirse o suspenderse válidamente en los casos y con las condiciones que la misma Ley Fundamental establece. En este sentido, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y las libertades reconocidas en ésta no pueden aplicarse sino conforme a las leyes dictadas en razón del interés general y de acuerdo con el propósito para el cual han sido establecidas. Sin embargo, la regulación normativa que establezca los supuestos por los cuales se restrinjan o suspendan los derechos humanos no puede ser arbitraria, sino que los límites previstos en los invocados ordenamientos sirven como elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerarlas válidas. En ese contexto, de la interpretación armónica y sistemática de los artículos citados se concluye que los requisitos para considerar válidas las restricciones o la suspensión de derechos, son: a) que se establezcan en una ley formal y material (principio de reserva de ley) dictada en razón del interés general o público, en aras de garantizar los diversos derechos de igualdad y seguridad jurídica (requisitos formales); y, b) que superen un test de proporcionalidad, esto es, que sean necesarias; que persigan un interés o una finalidad constitucionalmente legítima y que sean razonables y ponderables en una sociedad democrática (requisitos materiales).

En resumen, es criterio de la SCJN que Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para

⁹² Eleta, Juan Bautista. Derecho a la salud: Una mirada desde la reciente jurisprudencia de la corte suprema de justicia de la nación. *Prudentia Iuris*, 2019, no 87.

su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.⁹³

1.4.2 La clasificación de los derechos humanos

Los DH han sido clasificados de diversas maneras, de acuerdo con su naturaleza, origen, contenido y por la materia que refiere, además de que tienden a clasificarse dependiendo del bien que tutelen y de la actuación del sujeto obligado. Así, en un primer momento, se da a conocer la denominada clasificación de las Tres Generaciones es de carácter histórico y considera cronológicamente su aparición o reconocimiento por parte del orden jurídico normativo de cada país, sin embargo, es menester del presente apartado abordar lo concerniente a las primeras dos generaciones de los DH.

La teoría de los DH, aduce que estos tienden a dividirse en derechos liberales y sociales, de primera y segunda generación; en derechos clásicos y derechos de reciente creación; aunque la connotación que ha tomado más relevancia es la que los clasifica en Derechos Civiles y Políticos, por un lado y, por el otro, en Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por lo que refiere a los derechos civiles y políticos, se les ha llegado a llamar derechos liberales, derechos de la primera generación, auténticos derechos y libertades negativas, lo que consiste principalmente en que el Estado sea un simple protector de que se respete la autonomía de las personas, esto es, que nadie interfiera en sus planes de vida. Como lo señala Heidegger, la típica concepción de la libertad con respecto a.⁹⁴

⁹³ Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, página 533. Tipo: Jurisprudencia

⁹⁴ Emmanuel Faye, Heidegger. *La introducción del nazismo en la filosofía*, Acal, 2009, Madrid, España.

Y en lo que toca a los derechos económicos, sociales y culturales, son DH vinculados a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la alimentación, la salud, la vivienda, la seguridad social, la educación, la cultura, el agua y el medio ambiente.

En el ámbito pragmático de los DH, se ha hecho una distinción entre derechos civiles y políticos, a los cuales se les otorga una característica de cumplimiento inmediato, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) —entre los que se encuentra el derecho a la salud, consagrado en nuestra Carta Magna como derecho a la protección de la salud— tienen un carácter programático, donde no gozan de eficiencia directa e inmediata sino que su realización se estima está subordinada a actuaciones legislativas y administrativas específicas, desplegando para ello bases y modalidades que se traducen en políticas públicas y regulaciones que deben dar cuerpo a la garantía efectiva de los derechos de este tipo.

Dicha distinción entre los derechos individuales, como pueden ser los de libertad o propiedad, y los derechos sociales, es uno de los puntos torales de la discusión en la exigibilidad de los segundos, puesto que se predica de la posición que asume el Estado frente a cada uno de ellos. Respecto a los primeros, el Estado toma una postura meramente abstencionista, limitándose a vigilar que los mismos se ejerzan dentro de los límites previamente establecidos, mientras que, en relación a los segundos, el Estado interviene activamente a través de políticas gubernamentales, programas sociales o reformas legales, con el objeto de satisfacer una necesidad pública, lo cual exige como tal de recursos que permitan llevar a cabo estas actividades administrativas.

Originariamente, y de acuerdo con los planteamientos de la ideología jurídica liberal, los DH se concibieron como derechos negativos, esto es, como derechos que generaban meras obligaciones negativas o de “no hacer”, susceptibles de aseguramiento mediante instrumentos legislativos de tipo general y medidas coercitivas judiciales o pseudo-judiciales. Frente a estos planteamientos, el desarrollo de los mismos ha determinado el reconocimiento de un capítulo cada vez más amplio de derechos positivos, esto es, derechos que exigen la acción positiva de los poderes públicos para su realización efectiva.⁹⁵

Podemos señalar que los derechos civiles son todos aquellos que la Constitución reconoce al individuo en su calidad de hombre, miembro del cuerpo

⁹⁵ Manuel Beneitez, María José Bernuz, and Manuel Calvo García, eds. *La eficacia de los derechos sociales*. Tirant lo Blanch, 2014.

social, en tanto que se configuran como derechos políticos los que la Constitución reconoce a todos los que en algún grado participan de la formación del gobierno y de la ley.⁹⁶ Los derechos civiles, son todos aquellos derechos que tienden a limitar el poder del Estado, y reservar para el individuo, o para grupos particulares, una esfera de libertad en relación con el Estado. Son los primeros que emergen como derechos de libertad, con carácter negativos, pues se plantean en contra del Estado. Mientras que, los derechos políticos son derechos positivos que implican derechos a participar en el Estado.⁹⁷

La definición de los derechos sociales es una cuestión de enorme complejidad. Tradicionalmente, los criterios utilizados para definir a los derechos sociales han sido tan variados como heterogéneos dependiendo de los elementos que de ellos quiera resaltarse, “la doctrina jurídica mexicana les dio un tratamiento ideológico que en realidad se vio pocas veces traducido en hechos concretos⁹⁸.” Sin embargo, actualmente las opiniones de los juristas que se han ocupado del tema coinciden en señalar que es preferible identificar a los derechos sociales con los derechos prestacionales, acotando que aquellos derechos en lugar de satisfacerse mediante la abstención del sujeto obligado, requieren de una acción positiva que se traduce normalmente en la prestación de algún bien o servicio”.⁹⁹

Cruz Parceró considera que en nuestro país la mayoría de los derechos sociales, también llamados prestacionales, están configurados como directrices, que persiguen fines y que dejan al Estado la elección de los medios que considere adecuados para su realización, ya que dependen de que el legislador y la administración expidan las leyes sobre el desarrollo económico y social las cuales perseguirán satisfacer las necesidades del país.¹⁰⁰

La triste histórica división entre derechos civiles y políticos y DESC ha sido un fértil caldo de cultivo para mantener la ilusión de la no justiciabilidad de los DESC.

⁹⁶ González Joaquín, Obras completas, volumen III, la plata, 1935.

⁹⁷ Witker, Jorge, Óp. cit., nota 82.

⁹⁸ Ver, Cossío Díaz, José Ramón. *Dogmática constitucional y régimen autoritario*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. Fontamara, México, 1998. De reciente publicación, pueden consultarse los ensayos de Juan Antonio Cruz Parceró, (sobre el tema de la ideología del concepto derechos sociales), Luis Prieto Sanchís, Robert Alexy, Gerardo Pisarello. “Los derechos sociales y sus enemigos: elementos para una reconstrucción garantista”. AAVV, Defender y repensar los derechos sociales en tiempos de crisis. Barcelona: Observatorio DESC, 2009, así como Carlos S. Nino, en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez Rodolfo, compiladores. Derechos sociales y derechos de las minorías. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Número 28, México, 2000.

⁹⁹ Cruz Parceró, Juan Antonio. “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”. Cruz Parceró, Juan Antonio, and Rodolfo Vázquez. Derechos sociales y derechos de las minorías, México, UNAM, 2000.

¹⁰⁰ Ídem.

Sin embargo, como se ha revelado en el curso de la historia, los DESC son tan derechos como los civiles y políticos.¹⁰¹

Esta superación exige asumir sin complejos la interdependencia e indivisibilidad entre todos los derechos civiles, políticos, sociales, culturales y ambientales. Este principio, de hecho, fue formulado hace tiempo ya en el ámbito del derecho internacional de los DH y ha penetrado de manera progresiva en el derecho constitucional producido por los estados. El principal corolario de este principio, sería la articulación de un estatuto unitario para todos estos derechos, que les otorgue igual importancia desde el punto de vista axiológico o valorativo, que reconozca su similar estructura y que los provea de un sistema equivalente de garantías, incluidas las jurisdiccionales¹⁰²

Como se puede advertir, la sentencia de Alexy en el entendido de que “el fosó que presuntamente separa los derechos del Estado liberal de los derechos propios del Estado social no es tan profundo como pudiera pensarse”.¹⁰³ La consideración simplista de los DESC como derechos que establecen exclusivamente obligaciones positivas, idea que, como vimos, dista de ser correcta. Tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales constituyen un complejo de obligaciones positivas y negativas.¹⁰⁴

Es necesario superar las diferencias entre tipologías de derechos y hacer evidentes las correlaciones entre la estructura de las obligaciones a que dan lugar y las garantías que aseguran su efectividad con el fin de asegurar la plena exigibilidad de los derechos sociales y/o su reconocimiento como derechos fundamentales. Como consecuencia de esta reconstrucción unitaria, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales pueden ser considerados como derechos fundamentales.

Sin lugar a dudas estamos en la era de los derechos, donde la alusión y el discurso sobre los mismos está por doquier, tanto en la política, como en la doctrina o en el activismo, de tal suerte que se exige su correcta implementación y sobre

¹⁰¹ Aguilar Cavallo, Gonzalo. "¿Son los derechos sociales solo aspiraciones? Perspectivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". *Von Bogdandy, Armin, et al. "Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Jus Constitutionale Commune en América Latina"*, 2011.

¹⁰² Pisarello, Gerardo. Óp. cit., nota 98.

¹⁰³ García Manrique, Ricardo, Presentación al libro de Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, 1ª ed., Fontamara, México, 2010, p. 41, en referencia a lo aducido por Alexy en la Teoría de los Derechos Fundamentales.

¹⁰⁴ Abramovich, Víctor, "Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados". *Revista internacional de derechos humanos* 2.2, 2005.

todo de su debido respeto, por lo que se torna imperioso que el activismo judicial que se ha observado en los últimos años, se fortalezca aún más, y a la par, coadyuve con las acciones legislativas y políticas públicas.

1.4.3 Las conexiones entre derecho y salud

En nuestro país son escasos los estudios sobre la relación entre los DH y la salud, comparado con otros países que sí consideran a la salud como un derecho humano y lo más importante es que hacen todo lo posible por su satisfacción¹⁰⁵. La salud, en su conexión con el análisis y la implementación de los DH, se refiere a dos aspectos relacionados pero diferentes disciplinas: medicina y salud pública.

En los últimos años, la aparente diferencia entre las dos profesiones: la primera entendida principalmente como centrada en la salud de las personas, el segundo sobre la salud de las poblaciones, han tenido un impacto profundo en las formas en que la relación entre salud y DH ha sido entendida por diferentes actores.

El movimiento de DH ofrece un marco para el análisis y las respuestas directas a los determinantes sociales de la salud que es más útil que los enfoques tradicionales. Por ende, los argumentos relacionados con el derecho a la salud se refieren a pretensiones de vivir en un entorno físico y social que no perjudique las perspectivas de llevar una vida plena y saludable, incluido el acceso a los servicios de salud.¹⁰⁶

El marco de DH ha demostrado que las responsabilidades del estado en cuanto a respetar, proteger y cumplir los derechos relacionados con la salud incluyen obligaciones relativas tanto a la medicina como a la salud pública. En el contexto de un análisis de salud y derechos humanos, nos encontramos ante el desafío a la dicotomía ahora artificial entre la medicina y la salud pública no es

¹⁰⁵Únicamente en nuestro país con motivo de la entrada en vigor de la reforma del artículo 4º constitucional en 1983, se publicó una compilación de artículos a los que se les intituló "Derecho constitucional de la protección a la salud". Sin embargo, en el mismo no existe algún ensayo que aborde esta temática de la salud como un derecho humano; años más tarde se llevó a cabo el Seminario "*Salud y derechos humanos*", organizado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos el cual aconteció en el año de 1991. No obstante, a pesar de ser un muy loable intento por entrar al estudio sobre la vinculación de los derechos humanos y la salud, dicho análisis se dio de manera muy temprana a la reforma acontecida en materia de derechos humanos en junio del 2011. Actualmente, Miguel Carbonell y José Carbonell han publicado el libro "El derecho a la salud: una propuesta para México" en el que en el capítulo primero se trata al derecho a la salud como un derecho fundamental. No obstante, el alcance de este trabajo es mucho distinto toda vez que trata de la consideración de este bien como un mínimo vital básico insustituible para la condición humana dada la trascendencia que representa para los seres humanos en su desarrollo y bienestar general.

¹⁰⁶ Evans, Tony. Óp. cit., nota 2.

meramente retórica o de interés analítico; también pone en juego la gama de las obligaciones del Estado hacia cada individuo.¹⁰⁷

El paradigma de la salud y los derechos humanos es relevante para la práctica clínica, salud comunitaria, desarrollo, implementación y políticas de programas de salud a gran escala. Una perspectiva sinérgica de salud y derechos humanos tiene como objetivo garantizar que cada individuo pueda lograr el más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social.

Es preciso centrarnos en las formas en que las políticas, los programas y las prácticas de salud pueden promover o violar los derechos en la forma en que están diseñados o implementados. La importancia del marco de derechos humanos para las políticas y programas es que puede proporcionar un método de análisis y un marco de acción, que posteriormente se puede utilizar para ayudar a dar forma a intervenciones específicas dirigidas a reducir el impacto de las condiciones de salud.

Este enfoque requiere trabajar con los documentos internacionales de derechos humanos para determinar los derechos específicos aplicables a una determinada situación, y luego considerar cómo y en qué medida la mala salud es causada o agravada por una realización insuficiente de los DH.¹⁰⁸

Como parte de la estrategia para que respeten los derechos de las personas, y en particular lo que cabe al derecho a la salud, se incluyen: el uso de ciertos tipos de terapias; uso médico de información informática; el derecho de los padres, madres e hijos en casos de asistencia médica procreación; las consecuencias de la medicina predictiva; la preservación de la confidencialidad médica. Y muchos otros problemas que interfieren con los derechos y el respeto de dignidad humana.¹⁰⁹

Los DH tienen mucho que contribuir a los esfuerzos por articular y avanzar la salud global, aplicar los principios de los derechos humanos a los estándares y la práctica de la salud ayuda a ubicar la salud en un contexto más amplio de determinantes políticas, sociales y económicas. Un enfoque con base en los derechos humanos también permite que el poderoso lenguaje de apropiación legal quede al alcance de los defensores de los derechos humanos y provee una manera

¹⁰⁷ Freedman, Lynn P., Reflections on emerging frameworks of health and human rights, *Health and human rights*, 1995.

¹⁰⁸ ídem.

¹⁰⁹ Veil, Simone, A personal perspective on human rights and health, *Health & Human Rights*, 1996, vol. 2.

de contrarrestar desigualdades que con frecuencia se ven asociadas con el manejo genérico y universalizante de la salud.

A nivel internacional, este vínculo se da desde 1946, se amplifica en 1966 y 17 años más tarde reacciona nuestro país en 1983 al incorporarlo en la parte dogmática, sin embargo, seguimos muy alejados de la visión mundial que ha sido muy activa en la extensión de los alcances de este derecho. Si bien en 2011, se incorpora esta visión de DH, no se ha podido consolidar al menos en el sector salud, siguen muchas deficiencias en la prestación de los servicios que vulneran derechos en estas dimensiones.

Cuando se pretende fundamentar jurídicamente el derecho a la salud, hay que ser cuidadoso en atender a lo que se quiere proteger o promover, a fin de poder concretar debida y razonablemente al sujeto pasivo, a la obligación que se le impone, ya la vía que permite hacerla exigible. De no seguirse este camino, se corre el riesgo de caer en literatura vacía de juridicidad.

Es necesaria la reivindicación del servicio de salud para garantizar el ejercicio integral del derecho a la salud. La tarea en este sentido incluye: a) la convicción en la salud como derecho y el rechazo a la idea de caridad o de negocio, b) la puesta en común de las relecturas que se hagan sobre los nuevos modelos de salud, c) el entendimiento de la salud como deber exigible al Estado y cuyo núcleo fundamental no puede siempre aplazarse so pretexto de la aplicación progresiva, y entendiendo que su violación es tan o más grave que las violaciones contra los llamados derechos civiles y políticos.¹¹⁰

Este enfoque tiene como fundamento la percepción de que una violación a un derecho humano —sea cual fuere su naturaleza su generación o su agente— representará necesariamente un daño a la salud del individuo, es decir, un trastorno a la integridad física y emocional del hombre. Se tiene la certeza de que al vincular la salud del hombre, como esfera de atentado en una violación a los DH, se ampliará la esfera de protección sobre los mismos, además de concederles mayor fuerza en su defensa.¹¹¹

Por lo tanto, el “más alto nivel posible de salud” se alcanzará atendiendo a los siguientes elementos que son esenciales, están interrelacionados y cuya

¹¹⁰ Yamin, Alicia Ely. *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina: del invento a la herramienta*. IDRC, 2006.

¹¹¹ de Alba Medrano, Marcia Muñoz, El derecho a la salud: ¿Un derecho individual o social?, Concordancias, Estudios Jurídicos y Sociales, Chilpancingo, Guerrero, núm. 8, mayo-agosto de 2000.

aplicación depende de las condiciones concretas en un determinado Estado. Basada en determinados principios como es la accesibilidad física, que tiene por objeto que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial de los grupos vulnerables o marginados. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable. Y que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos.

Asimismo, otra de las conexiones entre derecho y salud la encontramos en el acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad. La aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiada, es decir, respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate. Y la calidad, que conlleva que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también adecuados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.¹¹²

Para acercarse al ideal anhelado se requiere de políticas sociales y económicas idóneas que tiendan a garantizar a los ciudadanos el acceso universal e igualitario a la asistencia farmacéutica y médico-hospitalaria, contar con suficiente infraestructura sanitaria y asegurar el acceso a los servicios de salud sea sólo una parte de las condiciones que se requiere para prevenir daños y asegurar un buen estado de salud individual y colectivo.

Hoy en día, el derecho a la salud se considera como un derecho que integra no sólo la idea de curar la enfermedad, sino también de prevenirla, por lo que, el entorno físico y social del hombre adquiere o una nueva relevancia dentro de este derecho. Esta nueva concepción de la salud, implica una mayor protección del ser humano, así como un mayor compromiso administrativo y económico por parte de

¹¹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Óp. cit., nota 35.

los Estados. Este enfoque lo vemos en diversas declaraciones internacionales que más adelante hacemos mención, en las cuales se pone énfasis en la atención primaria integrada.

La definición actual, caracterizada por su amplitud, pone de manifiesto la necesidad de delimitar el alcance y determinar las implicaciones del Derecho a la Salud. Conocer los elementos que lo integran y sus características, resulta imprescindible para establecer un mecanismo de verificación y control de las obligaciones de los Estados. Es complicado pasar de la vaguedad del texto constitucional a la amplitud de lo consignado en los tratados internacionales, siendo los Tribunales quienes atendiendo al caso concreto habrán de delimitar y conjuntar en pro del ciudadano exigencias específicas que vulneren su derecho a la salud y los efectos para otorgar en todo caso, su protección. De ahí deviene el papel del poder judicial federal, en esta reconstrucción normativa del derecho a la salud.

Es necesario aclarar que hasta ahora, el término más comúnmente utilizado en los documentos internacionales de DH es "derecho a la salud". Sin embargo, este 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 por completo va más allá de las facultades y capacidades del Estado. De esta manera, hablar del derecho a la salud, solo es una forma de resumir, para usos prácticos, todas las acciones que implica la protección de la salud como un derecho humano.

Lo anterior devino en una nueva perspectiva de DH sobre la salud, en donde la salud y la responsabilidad del gobierno por la salud está codificada en un gran número de documentos de varias formas. El derecho al más alto nivel posible de salud aparece de una forma u otra en la mayoría de ellos.

Asimismo, no hay que olvidar que hay varios insumos no explorados del derecho a la salud, como: el derecho a recibir medicamentos, el derecho al consentimiento libre e informado, el derecho al acceso al expediente clínico, el derecho a decidir sobre su propio cuerpo, el derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico, el cual está estrechamente relacionado con muchas de las cuestiones relevantes para la salud está el derecho a "disfrutar de los beneficios de la ciencia progreso y sus aplicaciones", reconocidos explícitamente en el PIDESC.

La definición de la OMS proyecta una visión del estado ideal de salud como meta eterna y universal por la que luchar constantemente, y la otra tiene como principal propósito de definir direcciones para el trabajo de los estados. La definición

del PIDESC diferencia los dos atributos de la salud, el bienestar físico y mental, y se ocupa específicamente de con la asignación de responsabilidades particulares al sector de la salud gubernamental; asigna obligaciones relevantes para bienestar social a los mismos gobiernos en virtud de otros artículos del tratado. El derecho a la salud como se establece en el PIDESC, es el marco principal para comprender las obligaciones gubernamentales.

Este enfoque al derecho a la salud como una perspectiva desde los DH, data de hace más de ochenta años, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud proyectó una visión de la salud como un estado de bienestar físico, mental y social completo: una definición de salud que es más relevante hoy que nunca. Como parte de estas obligaciones del PIDESC, en 1978 la Declaración de Alma-Ata instó a las naciones a garantizar la disponibilidad de los elementos esenciales de la atención primaria de salud, incluyendo: educación sobre los problemas de salud y los métodos para prevenirlos y controlarlos; promoción del suministro de alimentos y una nutrición adecuada; un suministro adecuado de agua potable y saneamiento básico; atención de la salud materno infantil, incluida la planificación familiar; inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; prevención y control de enfermedades endémicas locales; tratamiento apropiado de enfermedades y lesiones comunes; y suministro de medicamentos esenciales.

En 1998, la Asamblea Mundial de la Salud reafirmó el compromiso de las naciones de luchar por estos objetivos en una *Declaración Mundial de la Salud* que enfatizaba la voluntad de promover la salud abordando los determinantes, objetivos de desarrollo de la salud que deben ser respetados desde la perspectiva del papel de los gobiernos a la hora de garantizar un acceso igualitario y equitativo a los servicios médicos cuidado y promoción de la salud, en tanto se mejoran las condiciones subyacentes necesarias para la salud. Estas condiciones subyacentes tomaron mucha relevancia dentro de lo estatuido en la Observación General 14.

Todo ello muestra esta interconexión, en el ámbito del contenido de la salud, al destacar la dicotomía tradicional entre los roles y funciones de medicina y salud pública, que ayudarán a comenzar a enmarcar el contenido de las obligaciones gubernamentales hacia las personas y las poblaciones por la salud de conformidad con el derecho internacional de los DH. La salud será entonces colocada en el contexto más amplio del desarrollo humano con el fin de subrayar la relevancia de una amplia gama de obligaciones gubernamentales, mucho más allá del sector de la salud, que pueden tener un impacto en la salud.

El desarrollo de las dimensiones de la salud, se presentan luego como un enfoque relevante para el desarrollo de un análisis, seguimiento y rendición de cuentas de la salud y los DH. De ahí que resulte indispensable el abordaje previo de cuestiones como las enfermedades transmitidas por vectores, la prevención y promoción de la salud, la protección contra riesgos sanitarios, la investigación en salud, acciones epidemiológicas y la atención médica como componentes de dicho concepto.

Esta perspectiva fundamental, en donde la salud se encuentra dentro un contexto amplio de determinantes políticos, sociales y económicos, desafía fundamentalmente su conceptualización tradicional como una esfera relativamente autónoma de investigación científica, experiencia médica y aplicación especializada.

El “derecho a la salud” es uno de las muchas obligaciones de derechos que existen como declaraciones de principios que aún no se ha cristalizado en obligaciones legales identificables y específicas, capaz de para ser monitoreado y evaluado. Sin embargo, aunque se precise el contenido de un “derecho a la salud”, puesto que aún está en gran parte indeterminado, esto no debe nublar el reconocimiento de los importantes avances que han hecho hacia la enunciación de este derecho.

Quizás el resultado más importante de concebir la salud como derecho humano es que hace aplicables los principios de DH a las normas y prácticas sanitarias. Un marco de DH proporciona nuevas herramientas para desafiar y reinventar la enfoques utilitarios y técnicos de la salud que han sido preferido por la OMS y los médicos profesionales conservadores comunidad.

Una segunda consecuencia de adoptar un paradigma de DH es el supuesto de que las normas sanitarias universales, son legalmente reconocibles y ejecutables, es decir, la salud se construye como un derecho legal más que como un privilegio, mercancía o resultado del altruismo. Aunque hay mucho debe hacerse para articular el contenido de un derecho a la salud, potencialmente esto abre cauces legales para la persecución y defensa del derecho, y extiende el poder del discurso legal a la defensa de la salud.

Finalmente, un marco de DH enfatiza la interdependencia derechos humanos y, como resultado, proporciona un mecanismo para insistir en que el derecho a la salud no se puede lograr de forma aislada de la consecución de todos los demás derechos humanos fundamentales, como lo es un enfoque multifacético y

coordinado que es esencial para el disfrute del más alto nivel posible de salud "para convertirse en una realidad global. Desde este punto de vista, es inaceptable para la salud, que se generen políticas y prácticas de forma aislada.¹¹³

La regulación sanitaria contemporánea es muy compleja: por un lado, sus fuentes son múltiple y heterogéneo, por otro lado, el mecanismo regulador es complejo, es decir, incluidas las instituciones nacionales, regionales y municipales. A nivel nacional, existen leyes de práctica médica que regulan las actividades de atención médica, leyes de derechos del paciente que regular algunas de las interacciones entre los pacientes y los profesionales sanitarios, las leyes regular actividades médicas específicas, por ejemplo, trasplante de órganos, reproducción artificial técnicas, asignación de sexo, etcétera, existe una diseminación de reglamentación y de derechos que complica su análisis.

En 2003, Hunt en un informe declaró algunas metas de este derecho tales como (1) promover y alentar a otros promover la salud como derecho humano; (2) aclarar los contornos y el contenido de este derecho; y (3) identificar las mejores prácticas para ganar apoyo y reconocimiento. Especial interés resulta el segundo objetivo, en donde se describió el derecho a la salud como un derecho inclusivo, que se extiende no sólo a la atención médica oportuna y adecuada, sino también a los determinantes subyacentes de la salud. Dicho derecho contiene tanto libertades como derechos, pero al mismo tiempo es un concepto amplio que se puede dividir en derechos más específicos.¹¹⁴

La relevancia que ha tomado el enfoque de la salud basado en los derechos humanos, dio lugar a una aproximación de los profesionales de la salud y de los encargados de ejecutar políticas públicas a implementar acciones basadas en los principios de igualdad, universalidad, no discriminación, progresividad, no regresividad y sobre todo en el respeto a la dignidad humana, tan es así que nos encontramos ante dilemas éticos en algunos temas escabrosos como el aborto, la objeción de conciencia, la eutanasia, la experimentación en seres humanos, por citar algunas circunstancias que requieren de esta visión complementaria entre la salud y los derechos humanos.

Sin el paradigma de los DH se puede impedir el cambio progresivo, descontextualizando y atomizando la experiencia humana. Su utilidad como marco legal depende en gran parte de convertir la retórica en una realidad que descansa

¹¹³ Otto, Dianne. "Linking health and human rights: A critical legal perspective." Health and Human Rights, 1995.

¹¹⁴ ONU, Asamblea General. Óp. cit., nota 60.

en una participación real y en autodeterminación al nivel local. Por lo tanto, el discurso legal tiene el potencial de hacer una contribución muy poderosa y es una de las varias estrategias complementarias que son necesarias para promover la salud.

Cuando la OMS se propuso mejorar la salud hace más de 80 años, había esperanzas de que la existencia de antibióticos y el progreso logrado en el desarrollo de vacunas y en tecnología biomédica proporcionarían las herramientas suficientes para que las personas de todo el mundo pudieran alcanzar el más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social. Sin embargo, décadas de desarrollo sanitario han demostrado claramente que, independientemente de la eficacia de las tecnologías, también deben abordarse las condiciones civiles, culturales, económicas, políticas y sociales que subyacen a la mala salud.¹¹⁵

Brundtland, señala que hace cincuenta años, la OMS se fundó sobre la base de una Constitución que proyecta una visión de la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, una definición de salud que es relevante hoy más que nunca. Reconoce que “el disfrute del más alto nivel posible de salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano” y que “los gobiernos tienen una responsabilidad por la salud de sus pueblos que sólo puede cumplirse mediante la provisión de servicios de salud y sociales adecuados”.¹¹⁶

En la última década, los estados, las organizaciones internacionales, los mecanismos internacionales y nacionales de derechos humanos, los tribunales, las organizaciones de la sociedad civil, los académicos y muchos otros han comenzado a explorar qué significa el derecho al más alto nivel posible de salud y cómo se puede poner en práctica, desde un enfoque basado en el derecho a la salud para fortalecer los sistemas de salud, para ello, los trabajadores de la salud están haciendo la contribución más decisiva a este proceso.

Un ejemplo de ello en nuestro contexto, son las acciones de inconstitucionalidad promovidas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que han estado acompañadas de las organizaciones civiles y académicos, tal y como es el caso de artículos consignados en la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición de Espectro Autista, la impugnación a la Ley de Protección a la Salud de los No Fumadores en el Distrito Federal en la Acción de Inconstitucionalidad y recientemente lo relacionado con la objeción de

¹¹⁵ Brundtland, Gro Harlem, *Fifty years of synergy between health and rights*, Health & Human Rights, 3, 1998.

¹¹⁶ Ídem.

conciencia, generando algunas de ellas precedentes que a la postre han sido referencia para los juzgadores en decisiones posteriores.

Esto ha permitido, o al menos, incentivado el adecuado diseño de políticas públicas y del reconocimiento judicial a ciertos componentes del derecho a la salud, como parte de la interpretación del bloque de constitucionalidad que arroja al derecho a la salud. Adicionalmente, ha impulsado el reconocimiento de que el derecho humano a la atención de la salud no sea confundido con los derechos a la atención médica solamente, en tanto que esfuerzos por delinear de manera determinada la norma para definir con precisión el ámbito y el contenido del derecho humano a la atención de la salud.

Al emplear el lenguaje de los DH en cuestiones relacionadas con la salud, es posible que los académicos de la salud pública primero obtengan una comprensión más profunda del lenguaje de los DH y cómo estas obligaciones legales se pueden aplicar para aliviar los determinantes subyacentes de la salud a nivel social a través de los sistemas de salud pública.

Si bien muchos trabajadores en los campos de la salud pública y los DH contribuyeron a forjar una nueva perspectiva ideológica, no hay duda de que han sido autores norteamericanos, quienes lograron comprender la naturaleza de las innovaciones y su compromiso con la vinculación de la salud y los DH.¹¹⁷ Es evidente que el derecho a la salud requiere una reinterpretación contemporánea para enmarcar sistemas de salud pública basados en los derechos.¹¹⁸

Los Estados se han comprometido a promover y proteger los DH mediante la ratificación de instrumentos internacionales y/o regionales de DH.

No podemos negar que existen barreras legales, normativas y normativas tanto dentro como fuera del sector de la salud, a pesar de los esfuerzos de los países para mejorar la salud.¹¹⁹

Los DH definen claramente a cada individuo de la sociedad como titular de derechos, mientras que el Estado tiene la obligación de respetar, proteger y cumplir

¹¹⁷ Al respecto, diversos autores como Paul Hunt, Gumilla Backman, Virginia Leary, Audrey Chapman, Rebeca Cook, Sofia Gruskin, Dianne Otto, Charles Ngwena, Jonathan Mann, Oke y Benjamin Meier, Tarantola, Alicia Yamin, Buchanan, szas, Beauchamp, Evans, Brundtland, Croft, Fuenzalida, shinn, marks, Toebes, Goodman, bole, Shue, clapham, Friedman, de Lora, Tobin, Lauerman, London, Veil, Juškevičius.

¹¹⁸ Meier, Benjamin Mason, et al, Rights Based Approaches to Public Health Systems, *Rights Based Approaches to Public Health*, 2010.

¹¹⁹ Gruskin, Sofia. "Fifty Years of the Universal Declaration of Human Rights". *Health and Human Rights*. 3, 1998.

los derechos de sus ciudadanos. El Estado puede utilizar la legislación, la aplicación de la ley, los sistemas y reglamentos administrativos, los servicios, la información y la educación como medios para cumplir con sus obligaciones. Al planificar, programar y supervisar, se deben desarrollar y considerar los principios básicos de los DH, para que la salud pública se concentre en los determinantes subyacentes que afectan la salud y regule y restrinja los hábitos negativos, respetando al mismo tiempo la integridad y las decisiones del individuo.

Es tanta la relevancia que reviste el discurso de los derechos en los problemas de la salud, que obliga a hacernos las siguientes preguntas. ¿Qué derechos humanos tienen que ver con los problemas de salud? ¿Cuál es el discurso de los derechos que se debe tomar en consideración ante las cuestiones técnicas, económicas y las prácticas tan complejas que participan en el cuidado de la salud? Estas interrogantes nacen de la consideración del derecho a la salud como un derecho humano, el cual enfatiza los aspectos sociales y éticos de la atención sanitaria y el estado de salud de los individuos, principios plasmados en los principios subyacentes de todos los DH de reconocimiento internacional.

Lo anterior nos demuestra cómo los DH han comenzado a tomar relevancia en el campo de la salud, incrementándose la atención de éstos en los asuntos relacionados con la salud, en los que está sinergia ha tomado una vital importancia en las cuestiones prácticas, generando un mayor conocimiento sobre las implicaciones de la relación de los DH y la salud, lo que a su vez se ha traducido en su inserción en la agenda política y en las políticas públicas de los Estados.¹²⁰

Es tiempo de ver a los DH como algo más que meras herramientas legales, es hora de observarlos como un vehículo para el desarrollo y el respeto a otros DH, como por ejemplo las “buenas prácticas” en el cuidado de la salud.¹²¹ El nuevo discurso, este campo compartido de estas disciplinas en intensa relación, evidentemente reorientará las reflexiones sobre los cambios de la salud mundial bajo el espectro de la filosofía de los DH.¹²² En los últimos años, se le ha dado un nuevo enfoque al derecho a la salud, que más allá de reconocer su importancia normativa, busca unir a los movimientos de salud pública y DH como un solo

¹²⁰ Gruskin, Sofia y Tarantola, Daniel, Óp. cit., nota 73.

¹²¹ Croft, Jeremy, *Health and Human Rights. A Guide to the Human Rights Act 1998*, Londres, the Nuffield Trust, 2003. La traducción es mía.

¹²² de Alba Medrano, Marcia Muñoz, Óp. cit., nota 111.

proyecto de apoyo mutuo que fortalezca al menos algunos de los reclamos que acompañan a los derechos sociales.¹²³

La importancia de esta sinergia radica en que se corresponde con el reconocimiento de nuevas dimensiones en los campos de los DH y la salud: los trabajadores de ambas disciplinas han comenzado a ver que sus objetivos son complementarios; que enfrentan obstáculos comunes; que las violaciones de DH se traducen directamente en morbilidad y mortalidad a nivel individual y grupal; y que con planificación y cooperación, los profesionales de la salud y los DH pueden avanzar más eficazmente hacia sus objetivos mutuos.¹²⁴

La salud y los DH son enfoques poderosos y modernos para definir y promover el bienestar humano. La atención a la intersección de la salud y los DH puede proporcionar beneficios prácticos a quienes se dedican al trabajo de salud o DH, puede ayudar a reorientar el pensamiento sobre los principales desafíos de la salud mundial y puede contribuir a ampliar el pensamiento y la práctica de los DH. Sin embargo, un diálogo significativo sobre las interacciones entre la salud y los DH requiere un marco de referencia.¹²⁵

Tarantola enuncia que dentro de binomio salud-derechos humanos, hay dos enfoques para analizar dicha relación. En primer lugar, las formas en que las políticas, los programas y las prácticas de salud pueden promover o violar los derechos en la forma en que están diseñados o implementados, ya sea por diseño, negligencia o ignorancia, las políticas de salud, los programas y las prácticas en sí mismos pueden promover y proteger o, a la inversa, restringir y violar DH. Y el segundo enfoque, examina cómo las violaciones o la falta de atención a los DH pueden conllevar graves consecuencias para la salud. La promoción, protección, restricción o violación de los DH pueden considerarse que tiene efectos directos e indirectos en la salud y el bienestar.¹²⁶

Mirar la salud a través de la óptica de los DH significa reconocer no sólo los aspectos técnicos y operativos de las intervenciones de salud, sino también los factores civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que los rodean. Estos factores pueden incluir, por ejemplo, relaciones de género, creencias religiosas, homofobia o racismo, que individualmente y en sinergia podrían influir en la medida

¹²³ Mann, Jonathan M. *Public Health: leadership is a global issue*, 1997, Lancet, 350.

¹²⁴ Lauerma, John F. *Welcome to Health and Human Rights*, 1994.

¹²⁵ Mann, Jonathan M. *Health and human rights*, 1996.

¹²⁶ Tarantola, Gruskin Sofia, Health and Human Rights, en Grodin, Michael, et al., eds. *Health and human rights in a changing world*. Routledge, 2013.

en que las personas pueden acceder a los servicios o hacer y realizar actividades gratuitas y decisiones informadas sobre sus vidas. Y, por lo tanto, el grado de vulnerabilidad a la mala salud. Por lo cual, se aprecia que la salud y los derechos humanos interactúan de muchas formas, tanto directas como indirectas.¹²⁷

Como resultado del pasado negligente, la idea de la salud como un derecho humano está subdesarrollada, a pesar de referencia constante a los derechos asociados con la salud en declaraciones y tratados de derechos humanos. Los derechos humanos en los servicios de salud se refieren a cómo se prestan los servicios de salud y cómo los pacientes, los ciudadanos, experimentan los servicios. Los derechos humanos a menudo se violan en los servicios de salud. Los pacientes son dependientes e inseguros en la situación y saben poco sobre sus derechos. Es obligación del gobierno instituir reglas y regulaciones claras para proteger a los pacientes y monitorear el cumplimiento. Estas reglas deben ser las mismas para las instituciones públicas y privadas.¹²⁸

Dianne Otto, refiere que el resultado más importante de la concepción de la salud como un derecho humano consiste en que:

1) Hace que los principios de derechos humanos sean aplicables a las normas y prácticas de la salud. Un marco de derechos humanos que proporcione nuevas herramientas para redefinir los enfoques utilitaristas y las técnicas para la salud que han sido preferidos por la OMS y la comunidad médica profesional conservadora;

2) Al abrazar el paradigma de los derechos humanos se presupone que los estándares universales de salud, que son legalmente reconocibles y exigibles, se pueden identificar, lo que denota que la salud se construye como un derecho legal y no como un privilegio, producto o resultado del altruismo;

3) Proporciona un medio de contrarrestar las desigualdades asociadas con la genérica, la universalización de los enfoques a los problemas de salud. El énfasis del discurso de los derechos humanos en la igualdad y la no discriminación permite argumentar la especificidad de las normas de salud que se aplican a determinados grupos de personas, como las mujeres, los niños, los pueblos indígenas, y ciertas

¹²⁷ ídem.

¹²⁸ Rubenson, Birgitta, Health and human rights, Sida, 2002.

otras razas y culturas cuya salud se ve afectada por sus posiciones de sometimiento.¹²⁹

En resumen, el derecho a la salud ha evolucionado de una formulación inicial tímida y confusa en 1946 a una norma robusta firmemente anclada en el derecho nacional e internacional, pero que todavía necesita un esfuerzo considerablemente mayor para alcanzar el máximo potencial de afectar profundamente la asignación de recursos y determinación de políticas de los sistemas de salud a nivel mundial.

La incorporación de los derechos humanos en el trabajo de salud significa que las políticas y programas contribuirán al cumplimiento de los derechos humanos y, se supone, mejorarán los resultados. Con esta cosmovisión de derechos humanos, es posible que se alineen con las normas y estándares acordados internacionalmente, siendo nuestro trabajo analizar las articulaciones institucionales o nacionales para que nos ayuden a discernir exactamente cómo se diseñan las políticas y los programas e identificar los marcos legales específicos en los que se basa.

Hay que preguntarnos, incluso si estamos convencidos de que todos merecen tener acceso a los requisitos básicos de salud, que incluyen no sólo la atención médica, sino también los determinantes subyacentes de la salud, como una nutrición adecuada, saneamiento, agua potable y educación. ¿Qué significa, precisamente, decir que la salud es un derecho humano?

Puede que las líneas jurisprudenciales nos brinden un poco de claridad al respecto, puesto que, al acudir al texto constitucional, no encontraremos respuesta y si nos remitimos a la norma reglamentaria, esto es, la *Ley General de Salud*, pesar de toda la evolución técnica tecnológica e inclusive normativa, el concepto abstracto parece ser el mismo, un estado de bienestar físico, mental y social.

A pesar de que la OMS declaró en 1946 que “el disfrute del más alto nivel posible de salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano” la realidad es que el derecho a la salud todavía no está universalmente reconocido como un derecho humano fundamental en muchos lugares. La realización de los derechos humanos es un objetivo que está lejos de haberse cumplido, pero no tiene por qué ser una mala utopía.¹³⁰

¹²⁹ Otto, Dianne. Óp. cit., nota 113.

¹³⁰ Kohler, Georg, Foreword: The Right to Health as an Example in Realizing the right to health, Zurich, Rüffer and Rub, 2009.

Es por ello que de inicio se debe contemplar en la parte dogmática de las cartas constitucionales, y una vez regulado a ese nivel, el legislador ordinario no puede desconocerlo; sino, por el contrario, se ve obligado a regularlo conforme 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.

El derecho a la salud se reconoce como la posibilidad de todo individuo al disfrute de una amplia gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de salud, en razón de que el mismo abarca factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y supedita ese derecho a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.¹³¹

El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar saludable. El derecho a la salud contiene tanto libertades como derechos. Las libertades incluyen el derecho a controlar la salud y el cuerpo, incluyendo la libertad sexual y reproductiva y el derecho a verse libre de interferencias, y el derecho a no sufrir torturas y a no verse sometido a tratamientos médicos no consensuales y a la experimentación. En contraste, los derechos incluyen el derecho a un sistema de protección de la salud que proporcione igualdad de oportunidades para disfrutar el más alto nivel de salud.¹³²

A partir del *protocolo de San Salvador*¹³³ se recogen ciertas directrices para hacer realidad el derecho a la salud, mediante diversas dimensiones a procurar en la satisfacción de este derecho. En primer lugar, lo define como el “derecho de toda persona al más alto nivel posible de salud física y mental” y para hacerlo efectivo dispone de determinados compromisos de los Estados tendiente a lograr el reconocimiento de la salud como un bien público y derivado de ello, adoptar medidas para garantizarlo como: a) La atención primaria de la salud, entendiendo 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

¹³¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Óp. cit., nota 35.

¹³² Cook, Rebecca J., *Gender, health and human rights*, Health & Human Rights, 1994.

¹³³ Protocolo de San Salvador. Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturales, 1988.

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 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.¹³⁴

Nuestro país en cumplimiento a los compromisos internacionales y a la larga tradición de salubridad en nuestro país, ha ido fortaleciendo distintas acciones tanto de salud personal como de salud pública, las cuales han sido incorporadas en los textos normativos que reglamentan este derecho y sientan las bases y modalidades, así como la regulación, control, fomento y vigilancia sanitaria de los rubros que componen a este derecho y los cuales, para los efectos de esta investigación, podemos agrupar en las acciones tendientes a garantizar la atención médica de todos sus habitantes, los deberes de protección contra riesgos sanitarios, políticas de prevención y promoción de la salud, actividades relacionadas con la vigilancia epidemiológica y la investigación en salud, entre otros componentes y dimensiones que comprende el derecho a la protección a la salud, el cual sin lugar a dudas es interdependiente con otros derechos que se convierten en condicionantes básicos para éste, tal y como se prevé en la Observación General No. 14.

Muestra de esta interdisciplinariedad y conexidad, se encuentra en lo expresado por la Observación general No 14 al mencionar que “el derecho a la salud está estrechamente vinculado y dependiente de la realización de otros derechos humanos que figuran en la carta internacional de derechos, incluidos los derechos a la alimentación, vivienda, trabajo, educación, vida de dignidad humana, no discriminación, la igualdad, la prohibición contra la tortura, privacidad, acceso a la información y las libertades de asociación, reunión y movimiento. Estos y otros derechos y libertades se convierten en componentes integrales del derecho a la salud”.¹³⁵

El entrelazamiento de salud y derechos humanos se corresponde con el reconocimiento de nuevas dimensiones en los campos de los derechos humanos y la salud: los trabajadores de ambas disciplinas han comenzado a ver que sus objetivos son complementarios; que enfrentan obstáculos comunes; que las violaciones de derechos humanos se traducen directamente en morbilidad y mortalidad a nivel individual y grupal; y que con planificación y cooperación,

¹³⁴ Artículo 10 del Protocolo de San Salvador. Protocolo Adicional A La Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo De San Salvador. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturales, 1988.

¹³⁵Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Óp. cit., nota 35.

los profesionales de la salud y los derechos humanos pueden avanzar más eficazmente hacia sus objetivos mutuos.¹³⁶

En el caso en estudio, el derecho a la salud, su contenido si bien no es enunciativo en la carta fundamental, lo cierto es que el mismo descansa tanto en tratados internacionales¹³⁷ suscritos por nuestro país como en la *Ley General de Salud*, así como en las leyes de salud estatales, donde se establecen deberes claros a cargo del Estado y de los profesionales de la salud, como lo son: la prestación de servicios de salud de atención médica, de salud pública y de asistencia social, la protección contra riesgos sanitarios, la provisión de medicamentos, entre otras prestaciones de servicios relacionados con la salud. Ahora bien, a consideración propia una de las definiciones más adecuadas es la propuesta por el CESCR, en su ya mencionada Observación General 14.¹³⁸

Por lo tanto, la salud y los derechos deben informarse e inspirarse mutuamente. Tanto la salud pública como los derechos humanos reconocen la responsabilidad última de los gobiernos de crear las condiciones necesarias para que las personas tomen y efectúen elecciones, afronten los patrones cambiantes de vulnerabilidad y se mantengan sanos a sí mismos y a sus familias. La sinergia reconocida, pero aún no explorada por completo, entre salud y derechos nos ofrece un camino a seguir.

Este vínculo, derivado de la colaboración potencial entre los campos de la salud y los derechos humanos, puede impactar tanto positiva como negativamente las políticas de salud y los programas y las prácticas de los derechos humanos, por lo que es imprescindible que a través de una noción integral de salud y de modelos de políticas públicas en los que éste se pueda llevar a cabo, se encuentre el equilibrio óptimo entre las metas de la salud pública y las normas de los derechos humanos. Si no se respetan los mismos en el desarrollo e implementación de los programas y planes en este tema, se corre el peligro de que los afectados acudan

¹³⁶ Lauerman, John F. Óp. cit., nota 124.

¹³⁷ Una discusión interesante sería el reconocimiento complementario en cuanto al contenido de los Derechos económicos, sociales y culturales previstos en los tratados internacionales, tal y como bien lo señala el artículo 133 de nuestra carta magna “la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”, lo cual viene a configurar el llamado bloque de constitucionalidad.

¹³⁸ Abramovich, Víctor, Christian Curtis, and Luigi Ferrajoli. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Vol. 2. Madrid: Trotta, 2002.

a instancias judiciales y de remediación de violaciones a derechos humanos, que insten a que se dé cumplimiento, garantizando el respeto a los derechos humanos.

La atención de la salud se proporciona a través de diversos mecanismos públicos y privados. Las responsabilidades de la salud pública se llevan a cabo en gran medida a través de políticas y programas promulgados, implementados y aplicados por el estado o con el apoyo del mismo. Por lo tanto, es importante considerar el impacto de las políticas, programas y prácticas de salud pública en los derechos humanos, lo cual se define como garantías primarias, que habremos de explorar en este trabajo.

Al respecto, es necesario entender el comportamiento de las enfermedades, para el diseño de políticas públicas basadas en modelos de atención, ya sea de prevención, de promoción, de fortalecimiento de la atención médica y de vigilancia sanitaria para contener los riesgos que puedan conllevar estos diagnósticos en salud, de investigación o de financiamiento para lograr la cobertura universal de manera gratuita. Y esto se da, desde la visión que se quiera tener de este concepto y del modelo teórico para hacerlo realidad, acompañado de la reglamentación y planeación respectiva.

El derecho a la salud en su completitud normativa, puede considerarse como derecho fundamental, tal y como se demostrará posteriormente, la jurisprudencia ha reconocido, y sobre todo consolidado, que, en ciertas situaciones especiales, los derechos prestacionales se transforman en *derechos subjetivos*. Particularmente por su conexidad con otros derechos fundamentales, criterio interpretativo sostenido para considerar que los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales (como el derecho a la vida), de forma que si los primeros no fueron protegidos en forma inmediata, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos en la jurisprudencia sobre conexidad del derecho a la salud con el derecho a una vida digna.

Como cuestión preliminar, vale la pena señalar que se han utilizado diferentes términos para describir los derechos relacionados con la atención de la salud. Los términos “derecho a la atención de la salud”, “derecho a la protección de la salud” o “derecho a la salud” se han presentado suficientemente para transmitir la noción de derecho a la protección de la salud y la prestación de atención médica en virtud del derecho internacional y los sistemas jurídicos

nacionales. No hay necesariamente un conflicto entre los términos “derecho a la atención de la salud”, “derecho a la protección de la salud” o “derecho a la salud”.

El término de protección de la salud atiende a la consideración de este derecho de corte económico, social y cultural como derechos de corte programático y en especial de que las acciones que el Estado debe desempeñar son de carácter positivo, puesto que el mismo Estado es el encargado de proveerlos servicios de salud a quienes no pueden costearlo, sin embargo, a la larga este derecho había de hacerse expansivo a toda la población.

Más allá de proveer para el contenido mínimo esencial del derecho a la salud, el nivel por debajo del cual el derecho perdería toda significación, el artículo 12 del PIDESC sólo requiere que los Estados tomen medidas hacia la “realización progresiva” del derecho a la salud. Los documentos jurídicos/legislativos utilizan una amplia variedad de términos para designar el derecho a la salud, ya sea como “derecho a la protección de la salud” o como “derecho a la preservación de la salud”, en tanto otros utilizan un lenguaje entre el término “derecho” y “salud”.¹³⁹

Sobra decir que para definir la relación entre derecho y salud a lo largo del tiempo se han ido utilizando todos estos términos tan disimiles, esto en atención, a que por un lado están aquellos autores que, para describir los derechos relativos a la atención de salud, señalan que se está en presencia del “derecho a la atención médica”. Mientras que otros, suelen hacer referencia al “derecho a la protección de la salud” en lo que toca al papel del Estado en el cuidado de la salud de sus habitantes. En tanto que la normativa internacional ha preferido utilizar el término “derecho a la salud” por ser más inclusivo y genérico en cuanto al papel positivo y negativo que concierne a este derecho.

Una consideración propia se inclina del lado de esta facultad inclusiva expresada como un derecho a la salud, ya que en tanto que éste resulta más genérico, también el mismo abarca todo un conjunto de acciones positivas y negativas. Así el derecho a la salud debe ser entendido en su generalidad, incluyendo entre el mismo dos componentes: un derecho a la atención médica de la salud y el derecho a vivir condiciones saludables.¹⁴⁰ Los defensores de los términos “derecho a la atención de la salud” o “derecho a la protección de la salud” han argumentado que estos términos son más precisos y más realistas que “derecho a la salud” en el sentido de que la salud en sí no puede garantizarse. En

¹³⁹ Bole, Thomas, Óp. cit., nota 13.

¹⁴⁰ Fuenzalida Puelma, Hernán L. y Susan Scholle Connor, Óp. cit., nota 77.

el mejor de los casos, el estado puede proporcionar servicios de diagnóstico, preventivos, curativos y de rehabilitación para el logro de la salud.

A nivel internacional, la tendencia ha sido preferir el término 'derecho a la salud' porque es más oportuno que 'derecho a la atención médica' o 'derecho a la protección de la salud', y ha adquirido un uso más común. Sin embargo, 'derecho a la salud' es una forma abreviada más conveniente de cubrir el lenguaje detallado y las referencias a los principios de derechos fundamentales que se encuentran en los tratados internacionales, incluida la Declaración Universal de Derechos Humanos y el PIDESC. Toebes hace eco de este punto cuando dice que las disposiciones internacionales relativas a la salud no sólo proclaman el derecho a la atención médica, sino también el derecho a otros servicios como la protección de la salud ambiental y los servicios de salud ocupacional. El término "derecho a la salud", en ocasiones, hace alusión a determinadas condiciones de la OMS, pero se aparta de ella por evitando los términos 'completo', 'social' y 'bienestar'.

Aun y cuando el término "derecho de atención a la salud" es más específico y claro que el ambiguo término "derecho a la salud". Algunos defienden el término de derecho de atención a la salud, en razón de que estiman que el lenguaje de los derechos humanos le otorga énfasis en la equidad e igualdad al vincularlo con la atención médica, mientras que otros lo ponen como un término retórico, ausente de especificidad real para los problemas de la atención médica.¹⁴¹

Se entiende ampliamente que el término "derecho a la salud " abarca no sólo el acceso a una variedad de instalaciones, bienes y servicios (incluidos los servicios de salud), sino también las condiciones necesarias para alcanzar la salud, como alimentos, vivienda, agua potable, saneamiento, condiciones de trabajo saludables y un ambiente saludable. De hecho, así es como el CESCR entiende el derecho a la salud, que es el principal órgano responsable de monitorear la implementación de los derechos. Principalmente como resultado de la influencia de la Declaración Universal, también existen instrumentos regionales de derechos humanos.

Los siguientes instrumentos regionales, entre otros, aluden al término "derecho a la salud":

- Carta Social Europea (1961);

¹⁴¹ Chapman, Audrey R. (ed.), Health care reform: A human rights approach, Georgetown University Press, 1994.

- Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981);
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988); y
- Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (1990).

Los términos “derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” y “derecho a la salud” son utilizados como una abreviación conveniente para la formulación más precisa de “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

El derecho a la salud debe entenderse como el conjunto de acciones compartidas por los sectores públicos y privados para generar condiciones de estabilidad física, mental, cultural y psicosocial, a través de medidas de prevención y de mitigación tanto de factores internos o externos que permitan una mejor calidad de vida, por lo que este debe garantizar las condiciones, más allá de proveer servicios de atención médica, que como se ha observado sólo son una parte de este bien tutelado en la norma fundamental.

En mi opinión, la diferencia de los términos si bien no es contradictoria, se estima que sí influye en la manera de ver a la salud como un derecho integral y no aislado o referido únicamente a la atención médica, esto principalmente en atención a que en la preservación de ésta también influyen otros factores determinantes, lo cual hace que la salud se vea inmiscuida en una situación holística y no unívoca, coincidiendo con lo expresado por Ngwena y Cook, al manifestar que el objetivo final detrás de estos términos normativos es la realización del más alto nivel posible de salud.¹⁴²

El Instituto Tecnológico Autónomo de México, señala que el derecho a la salud engloba un conjunto de componentes que satisfacen necesidades humanas esenciales, interrelacionadas para el logro de la salud e incluye en forma destacada los servicios de salud; mientras que el derecho a la protección de la salud restringe su alcance a lo que los Estados desarrollan respecto a la atención de la salud, básicamente a través de sistemas institucionalizados que promueven la salud, previenen y atienden la enfermedad e incluyen diversas tareas que van desde la rectoría, regulación y normatividad, el financiamiento, organización, producción y

¹⁴²Ngwena, Charles, and Rebecca Cook. "Rights concerning health". Socio-economic rights in South Africa, Pretoria University of Law Press, Pretoria, 2005.

prestación de servicios, hasta las modalidades de tutela del derecho y resolución de controversias.¹⁴³

En respuesta a este problema, algunos observadores han intentado especificar el alcance y contenido del derecho a la atención de la salud con fines legales. Brigit Toebes, por ejemplo, concluye su extenso estudio sobre el derecho humano a la salud en el derecho internacional con una descripción de su contenido central: independientemente de los recursos disponibles, los Estados deben proporcionar acceso a la atención de la salud materno-infantil, incluida la planificación familiar: inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; tratamiento apropiado de enfermedades y lesiones comunes; medicamentos esenciales; y suministro adecuado de agua potable y saneamiento básico. Además, deben garantizar la ausencia de amenazas graves para la salud ambiental.¹⁴⁴

Lo que interesa aquí, es que se llame como se llame, lo que importa es que la salud sea considerada como un derecho humano fundamental tanto para las autoridades como para los gobernados, y del cual se derivan una inconmensurable cantidad de obligaciones para ambas partes y el cual ha de ser garantizado de diferentes maneras, ya sea de forma individual o social —prestacional—. Empero, el "derecho a la salud" puede ser una etiqueta útil para una categoría más amplia y por este motivo lo usaremos para abarcar todas las dimensiones que comprende, a pesar de que no esté reconocido en nuestra Ley suprema.

La doctrina de los derechos humanos considera que el derecho a la salud incluye dos componentes principales y al mismo tiempo interdependientes: el derecho a la atención de salud preventiva y curativa y el derecho a la salud, condiciones saludables, es decir, la creación de circunstancias que promuevan la salud: un entorno de vida saludable, agua potable y alimentos seguros, condiciones sociales favorables, por ejemplo, vivienda y recreación.¹⁴⁵

En este entendido, Virginia Leary, menciona que cuando se habla del derecho a la salud, éste se refiere al deber de acentuar a los problemas de salud como un asunto de especial importancia dado el impacto de la salud sobre la vida y la supervivencia de los individuos, por ejemplo, este comprende el derecho a la seguridad física y el derecho a la subsistencia como derechos básicos, de estos se

¹⁴³López Arellano, Olivia y Blanco Gil, José, Avances y límites para hacer realidad el derecho a la protección de la salud en México en *Derecho a la protección de la salud*, Cuadernos de Derecho y Ciencia, Número 1, volumen 1, Primer trimestre, 2010, ITAM.

¹⁴⁴Toebes, Brigit, Óp. cit., nota 72.

¹⁴⁵Ídem.

siguen determinados derechos accesorios, como los del aire no contaminado y el acceso a agua potable de calidad, ya la prevención sanitaria mínimos.¹⁴⁶

Como otros derechos humanos, el derecho al más alto nivel posible de salud es un lugar de lucha. No es y nunca será un sustituto de la lucha. En los últimos años, los contornos y el contenido del derecho al más alto nivel posible de salud se han vuelto más claros, lo que ha permitido analizar sus implicaciones prácticas para las políticas, programas y proyectos de salud. El derecho al más alto nivel posible de salud debe considerarse un elemento importante en una estrategia multidimensional para el cambio social progresivo.

Este enfoque busca unir a los movimientos de salud pública y derechos humanos como un solo proyecto de apoyo mutuo que se dice que fortalece al menos algunos reclamos de derechos sociales. Por lo tanto, el derecho a la salud se considera mejor como "lo que nosotros, como sociedad, hacemos colectivamente para garantizar las condiciones en las que las personas puedan gozar de salud".¹⁴⁷

No se debe entender el derecho a la salud únicamente como un conjunto de derechos; como un conjunto de reclamos positivos, cuyo cumplimiento depende enteramente de identificar a quienes tienen la obligación de brindar atención médica y las demás condiciones para llevar una vida saludable.

Lograr este respeto por el derecho de cada persona al disfrute del nivel más alto de salud es en sí mismo un objetivo importante del derecho internacional, pero ese derecho es interdependiente con muchos otros derechos humanos. La buena salud es la condición previa para el ejercicio de los derechos a la igualdad de participación en la vida comunitaria y social de los individuos. Al mismo tiempo, la capacidad de un individuo para participar en actividades de su elección mejora su estado de salud.¹⁴⁸ La protección de la salud sólo es factible "en la medida del aseguramiento de otros derechos asistenciales básicos asociada a ella."¹⁴⁹

En lo que respecta al alcance del derecho a la protección de la salud, con el concurso sinérgico de todos los ámbitos de la administración pública federal, estatal y municipal, se trata de crear infraestructura de servicios como educación, agua potable, caminos, vivienda, saneamiento ambiental, así como el acceso a los bienes y servicios de salud de calidad, acciones de salud pública para la prevención y

¹⁴⁶ Leary, Virginia A. Óp. cit., nota 74.

¹⁴⁷ Meier, Benjamin Mason, et al, Óp. cit., nota 118.

¹⁴⁸ Ngwena, Charles, and Rebecca Cook. Óp. cit., nota 142.

¹⁴⁹ Lara Ponte, Héctor, Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, 1993.

control de enfermedades y la promoción de hábitos saludables, la universalidad, políticas públicas con reconocimiento de la diversidad cultural, procuración de justicia, mejores normas, reglamentos y reformas legales y una mayor y mejor distribución del presupuesto.

El derecho al más alto nivel posible de salud debe ser la piedra angular de cualquier consideración de la salud y los derechos humanos. El contenido de este derecho humano fundamental está ahora lo suficientemente bien entendido como para ser aplicado de manera operativa, sistemática y sostenida. En el corazón del derecho al más alto nivel posible de salud se encuentra un sistema de salud eficaz e integrado, que abarque la atención médica y los determinantes subyacentes de la salud, que responda a las prioridades nacionales y locales y sea accesible para todos. Sin embargo, en muchos países, los sistemas de salud están fallando y colapsando, dando lugar a un problema de derechos humanos extremadamente grave.¹⁵⁰

El derecho a la salud expresa una visión holística de la salud, apuntalando diversas circunstancias como lo son: los alimentos, agua, saneamiento, empleo y subsistencia, vivienda y educación como determinantes de la salud, así como cuidado de la salud propia. Podría decirse que el derecho a la salud se despliega en un haz relativamente complejo de derechos y posiciones subjetivas. Ahora bien, una vez analizado y criticado el término del derecho a la salud dada la generalidad que representa, procedo a definir el derecho a la protección de la salud, el cual se entiende como algo más centrado y alcanzable dada la especificidad que representa.

Por lo que es de suma importancia, delimitar los alcances entre el derecho a la salud y el derecho a la protección de la salud. El primero de ellos engloba un conjunto de componentes que satisfacen necesidades humanas esenciales, interrelacionadas para el logro de la salud e incluye en forma destacada los servicios de salud. El segundo restringe su alcance a lo que los Estados desarrollan respecto a la atención de la salud, básicamente a través de sistemas institucionalizados que promueven la salud, previenen y atienden la enfermedad e incluyen diversas tareas que van desde la rectoría, regulación y normatividad, el financiamiento, organización, producción y prestación de servicios, hasta las modalidades de tutela del derecho y resolución de controversias.¹⁵¹

¹⁵⁰ Hunt, Paul, and Gunilla Backman, Óp. cit., nota 21.

¹⁵¹ López Arellano, Olivia y Blanco Gil, José. Óp. cit., nota 143.

Lo ideal es llamar a este derecho propiamente “derecho a la salud”, dividiéndolo en dos partes, en una parte positiva como es el cuidado de la salud en base a la provisión de servicios por el Estado. Y por otra parte como un acto para que aquellos factores externos que tiendan a poner en peligro este estado de salud no interfieran en la salud. Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho inclusivo, ya 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 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.¹⁵²

Así el derecho a la salud debe ser entendido en su generalidad, incluyendo entre el mismo dos componentes: un derecho a la atención médica de la salud y el derecho a vivir condiciones saludables.¹⁵³ De lo anterior, se desprende que la realización del derecho a la salud para todos, atiende a su vez a dos objetivos, el primero de ellos es la cobertura sanitaria universal anclada dentro de este derecho a la salud y, en segundo lugar, propiciar las condiciones saludables para los individuos, al buscar un entorno natural y social saludable.

En primer lugar, se aduce que el derecho a la salud es un derecho inclusivo, extendiéndose no sólo a la atención médica oportuna y adecuada, sino también a los determinantes subyacentes de la salud. En segundo lugar, el derecho a la salud contiene tanto las libertades y derechos. En tercer lugar, el derecho a la salud impone algunas obligaciones inmediatas: aunque sujeto a la realización progresiva y las limitaciones de recursos, el derecho a la salud impone varias obligaciones de efecto inmediato.

La realización progresiva significa que los Estados tienen una obligación específica y continua para moverse como rápidamente y eficientemente como posible tenuemente plena realización del derecho a la salud. Y finalmente, el derecho a la salud da lugar a las responsabilidades en relación con la asistencia y cooperación internacionales: los Estados tienen la obligación de tomar medidas, individualmente y a través de la asistencia internacional y la cooperación, hacia la plena realización del derecho a la salud.¹⁵⁴

¹⁵²Observatorio de Política Social y Derechos Humanos, 2009.

¹⁵³Fuenzalida Puelma, Hernán L. y Susan Scholle Connor, Óp. cit., nota 77.

¹⁵⁴Hunt, Paul, and Gunilla Backman, Óp. cit., nota 21.

El derecho a la salud pertenece a los derechos que involucra tanto acciones positivas como negativas en cuanto expresa una serie de elementos diferentes y conectados, entre los cuales están: (a) el derecho a no ser dañados en nuestra salud por terceros, sean públicos o privados; (b) el derecho a que el Estado promueva una serie de medidas y de protección y promoción de la salubridad pública, medio ambiente y seguridad que creen las condiciones para que la salud de los individuos no se vea amenazada.

Por mi parte entiendo al derecho a la protección a la salud como el conjunto de disposiciones normativas que regulan la actividad del Estado y de los particulares respecto al acceso de los servicios de salud, estableciendo para ello las bases y modalidades de la prestación de los mismos, en aras de una protección efectiva, promoción y restauración de la salud de la población, cuya finalidad se contrae al bienestar físico, mental y social de todos los individuos que les permite así llevar a cabo una vida digna a través del disfrute de un mínimo vital como lo es la salud.

La protección de la salud es una de las prerrogativas constitucionales por antonomasia, puesto que éste se despliega en una amplia serie de posiciones jurídicas fundamentales para los particulares y para el Estado. “La consagración plena del derecho a la salud como un de raigambre constitucional ha tenido lugar indirectamente, a través de la concesión de jerarquía constitucional a una serie de declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos, incorporando expresamente los alcances, mandatos para el Estado, objetivos o metas de política pública en la materia y recaudos específicos referidos a grupos que requieren especial protección de la salud”.¹⁵⁵

Van Boven, en un análisis del derecho a la salud, expresa que en los documentos internacionales existen tres aspectos básicos que enmarcan el contenido del mismo, a saber: el primero de ellos es la declaración del derecho a la salud como un derecho humano básico, el segundo es la declaración del derecho a la salud como un derecho humano básico, esto es, la sectorización de este derecho en lo que se refiere a la asistencia a los grupos vulnerables y el último de estos aspectos es la prescripción de diferentes formas y maneras de implementar el

¹⁵⁵ Courtis, Christian, La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos, *La protección judicial de los derechos sociales* 117, 2007.

derecho a la salud, a través de diversas acciones, por ejemplo, en campañas de vacunación.¹⁵⁶

Jeremy Croft, señala los aspectos trascendentales del derecho a la salud:

- La declaración de la salud como un derecho humano fundamental;
- El establecimiento de normas para satisfacer las necesidades de salud de grupos específicos;
- La prescripción de formas y medios para poner en práctica el derecho a la salud, y...
- Que el derecho a la salud garantiza que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir una vida digna.¹⁵⁷

Cuando se habla de la tutela del derecho a la protección de la salud me refiero al conjunto de procedimientos de carácter jurisdiccional que pueden ser utilizados para garantizar la exigibilidad y justiciabilidad del derecho a la protección de la salud, a saber: que la persona se perciba como titular del derecho. Asimismo, el derecho a la protección de la salud no se identifica con un derecho a la asistencia sanitaria, aunque éste sea una parte fundamental del mismo.

Según Amartya Sen: "La salud es una de las consideraciones más importantes de la vida humana y un componente críticamente significativo de las capacidades humanas que tenemos razones para valorar".¹⁵⁸ Sin embargo, existen disparidades en la distribución de las oportunidades para lograr o mantener una buena salud, y en los resultados de salud para varias poblaciones. El reconocimiento de las disparidades en la distribución de oportunidades para lograr o mantener una buena salud y en los resultados de salud para varias poblaciones ha tenido un impacto significativo en la creación de políticas de salud.¹⁵⁹

Los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad son elementos esenciales del derecho a la salud. Tienen una función de diagnóstico, llamando la atención sobre lo que queda por hacer a medida que los gobiernos

¹⁵⁶ Van Boven, citado por Leary, Virginia A., *The Right to Health in International Human Rights Law*, en *Health and Human Rights*, Boston, vol. 1, núm. 1, otoño de 1994. Traducción propia.

¹⁵⁷ Croft, Jeremy, Óp. cit., nota 121.

¹⁵⁸ Sen, Amartya. *Desarrollo y libertad*. 3a . ed. Barcelona, España: Editorial Planeta; 2000.

¹⁵⁹ Ward, Andrew, Pamela Jo Johnson, and Mollie O'Brien. "The normative dimensions of health disparities." *Journal of health disparities research and practice*, 6.1, 2013.

avanzan hacia la cobertura universal de salud. Al aumentar la capacidad y la calidad de la atención médica y los servicios de salud pública, al garantizar que toda la población esté cubierta por estos servicios y al garantizar que estos servicios sigan siendo asequibles para todos, los gobiernos pueden ayudar a respetar, proteger y realizar el derecho a la salud. Dichos principios brindan orientación a los gobiernos a medida que toman decisiones sobre los objetivos, los recursos, el enfoque y la escala de las actividades de reforma de la ley de salud pública.

Como se advierte en la parte final de este trabajo, aún queda mucho por hacer en lo que refiere al discurso que rodea al derecho a la salud, ya que de los precedentes construidos a analizarse son nulos los pronunciamientos de fondo hechos con base en los estándares internacionales de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Los principales determinantes de una mejor salud se encuentran fuera del sistema de salud e incluyen una mejor educación e información, y el cumplimiento de los derechos que permiten a las personas tomar y llevar a cabo las decisiones relevantes para sus vidas. La pobreza y el subdesarrollo, de hecho, personifican los efectos agravados de la mala salud y la falta de realización de los derechos humanos.¹⁶⁰

Existen tres aspectos del *derecho a la salud* consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos: la declaración de la salud como derecho humano fundamental; el establecimiento de normas para satisfacer las necesidades de salud de grupos específicos; y la prescripción de formas y medios para implementar el derecho a la salud. El derecho a la salud garantiza que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que conduzca a una vida digna. Si se quiere ser puntual, el derecho a la salud no es un derecho a la salud, la referencia al “nivel de salud más alto posible” reconoce que la susceptibilidad a la mala salud variará, según las personas, las condiciones sociales y los recursos disponibles para la atención de la salud. Por tanto, se prevé la realización progresiva del *derecho a la salud*.¹⁶¹

En general, ha habido un gran acuerdo entre los responsables de la formulación de políticas sobre la obligación de proporcionar algún nivel de atención médica para todos. Sin embargo, no hay acuerdo sobre la naturaleza y el

¹⁶⁰ Kohler, Georg. Óp. cit., nota 130.

¹⁶¹ Shinn, Carolynne, *The Right to the Highest Attainable Standard of Health: Public Health's Opportunity to Reframe a Human Rights Debate in United States, en Health and Human Rights. An International Journal, Boston*, vol. 4, núm. 1, 1999.

alcance de tales obligaciones. La dificultad es que los derechos a que se satisfagan las necesidades propias o se realicen los bienes propios, los derechos positivos, por lo general implican reclamos sobre el trabajo y los recursos de otros. Los derechos positivos circunscriben los derechos negativos, el derecho de los demás a quedarse en paz.

1.5 El marco normativo nacional e internacional del derecho a la salud

En principio, existen dos situaciones que se dan cuando se habla de la circunstancia de que un derecho sea fundamental, la primera de ellas, es la que resulta de la importancia que tiene el mismo bien para el individuo, es decir, de la esencialidad y de la necesidad que conlleva dicho para bien para la supervivencia de los individuos, en tanto que la segunda consideración se aboca más a las características que debe revertir un derecho en el ordenamiento jurídico para ser considerado como tal.

El proceso de reconocimiento formal del derecho en la Constitución y en las leyes secundarias es la principal fuente de delimitación de su contenido y posteriormente la regulación administrativa, ya sea mediante programas de acción, normas oficiales mexicanas y demás instrumentos administrativos que busquen garantizar este derecho, que forma parte de estas acciones primarias.

Sin embargo, en la deficiencia en el cumplimiento de éstas, se activan las garantías secundarias, que habrá de ser el objeto de estudio de esta investigación, la formulación de contenido esencial a partir de los mecanismos de justiciabilidad, en particular con la emisión de tesis y jurisprudencia en la que se formulen criterios relevantes a considerar en la emisión de las decisiones de los Tribunales, ya sea por novedad, relevancia o impacto de su restructuración, lo cual puede servir de referencia en casos homólogos, para consolidar su determinación, ya sea en la misma línea o rompiendo con ésta, pero sobre todo construyendo contenido en relación a los alcances del derecho a la salud.

Al igual que todos los derechos humanos, los mismos descansan en un ordenamiento jurídico, ya sea que se contemplan de manera específica en éstos o que deriven de una interpretación de las voces autorizadas o inclusive del legislador que es el encargado de sentar las bases para su configuración.

El derecho a la salud ocupa un lugar destacado entre los derechos humanos reconocidos internacionalmente, aunque su formulación y posterior elaboración son

relativamente recientes. Se examina el surgimiento y alcance del derecho a la salud en el corpus de normas internacionales de derechos humanos. Los derechos humanos, incluido el derecho a la salud, constituyen un conjunto de normas que rigen el trato por parte de los Estados y agentes no estatales de personas y grupos sobre la base de principios éticos incorporados en los sistemas jurídicos nacionales e internacionales.

En este entendido, el derecho a la salud, tiene un robusto aparato normativo en el ámbito local (nacional) pero también ha sido delimitado en sus obligaciones a través de los tratados internacionales, formando parte de un bloque de contenido esencial, que viene a sustentar los alcances que la norma le ha dotado, siendo éste, por lo que hemos visto, un derecho complejo, que se encuentra interrelacionado con diversas esferas del individuo, pero sobre todo con su entorno.

Nuestra Constitución en los años ochenta acuñó este derecho, el cual día con día enfrenta nuevos retos regulatorios, a los que se ha ido enfrentando en la primera línea el poder judicial, pero es mediante sus determinaciones que ha podido ir avanzando al encontrar la respuesta en este vasto cúmulo de disposiciones normativas de índole nacional e internacional.

a) Nacional

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, nace esta visión a partir de la inclusión de la salubridad general, en la Constitución de 1917 y la consecuente creación del Consejo de Salubridad General, donde la salud empezó a convertirse en un tema de importancia nacional, puesto que se le facultaba al Congreso para que emitiera la legislación y se le otorgaba autonomía constitucional a dicho órgano.

El derecho a la protección a la salud en México, va más allá de una garantía individual y social, ya que como ha quedado demostrado, ésta es un derecho fundamental contenido en nuestra Constitución Política, y más recientemente elevado a derecho humano.

Este derecho a la protección a la salud también abarca a los municipios en virtud de que estos deberán intervenir en esta tarea, ya que el inciso i), fracción III del artículo 115º constitucional otorga la posibilidad de que los mismos se hagan cargo de los servicios públicos que determinen las legislaturas estatales. Sin dejar de observar también lo dispuesto en el artículo 2º constitucional apartado B, que enuncia las obligaciones que tienen las autoridades federales, locales y municipales de abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos indígenas estableciendo

la de: III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.

Como parte de la instrumentación de lo previsto en el Artículo 4º, párrafo cuarto de nuestra Carta Magna, se estableció hace ya más de veinte años, la *Ley General de Salud*, instrumento que establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, ya sea a través de atención médica, la vigilancia epidemiológica, la promoción y prevención de la salud, la protección contra riesgos sanitarios, las enfermedades transmitidas por vectores, la investigación en salud y los principios adyacentes como es la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, componentes tienen como finalidad el bienestar físico y mental de la persona, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades y la prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana.¹⁶²

Con tan sólo vislumbrar la estructura de la *Ley General de Salud*, podríamos encontrar varios componentes de este complejísimo derecho, además de las materias consideradas como de salubridad general, como lo son la prestación de los servicios de salud de atención médica, entre los que destaca la regulación de los prestadores de este derecho, los profesionales y usuarios beneficiarios, con sus inherentes derechos y obligaciones, la investigación para la salud, la integración de información para la salud, la vigilancia epidemiológica, la promoción y prevención de la salud, entre las que destacan las acciones tendientes a atender la salud materna, la planificación familiar, la salud mental, control de enfermedades y accidentes, las enfermedades transmisibles y no transmisibles, las campañas de vacunación, la protección contra riesgos sanitarios, contemplando el control y vigilancia sanitaria de productos y servicios, los efectos del ambiente en la salud, la salud ocupacional, programas para atender la discapacidad, las adicciones, el uso nocivo del alcohol, el tabaco, la donación, trasplantes, la sanidad internacional, y demás temas inherentes como los esquemas de afiliación y financiamiento para la gratuidad de los servicios.

¹⁶² El artículo 2º de la Ley General de Salud además de establecer las finalidades que se mencionan, prevé otras más como lo son: 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; la extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud; el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población; el conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y el desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

Todos estos componentes y las acciones positivas y negativas emprendidas por los sectores sociales y privados tienen como finalidad el bienestar físico y mental de la persona, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades y la prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana.

Esta interpretación sobre el alcance de la norma jurídica, muestra claramente la progresividad de las determinaciones de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país en el disfrute de los derechos humanos, ya que dan por superada la tesis de que los derechos humanos únicamente se conciben frente al Estado y, por otra parte, que el contenido de los mismos puede verse complementado por el derecho internacional de los derechos humanos.

Un ejemplo de lo anterior, es el desenvolvimiento de los derechos “legales”¹⁶³, por distinguirlos de los previstos en el texto constitucional, pero que derivan de esta norma fundamental que garantiza la protección a la salud, configurándose en la Ley General de Salud.

De los derechos, que se prevén en esta Ley secundaria, destacan: la obtención de prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea; recibir atención profesional y éticamente responsable, así como el trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares; elegir de manera libre y voluntaria al médico que los atienda de entre los médicos de la unidad del primer nivel de atención que les corresponda por domicilio; recibir información suficiente, clara, oportuna, y veraz, así como la orientación que sea necesaria respecto de su salud y sobre los riesgos y alternativas de los procedimientos, decidir libremente sobre la aplicación de diagnósticos terapéuticos y quirúrgicos, recibir vacunas, o a optar por cuidados paliativos, a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, se le informe o no de los resultados de su examen genético y sus consecuencias y el derecho de los usuarios originarios de pueblos y comunidades indígenas a obtener información necesaria en su lengua.

Recientemente, se incorporó en la Ley General de Salud el derecho a recibir de forma gratuita la prestación de servicios públicos de salud, medicamentos y demás insumos asociados, al momento de requerir la atención, lo cual está acotado indebidamente a las personas que se encuentren en el país que no cuenten con seguridad social.

Dentro de esta injustificada división en la derechohabencia, la Ley General de Salud, enumera una serie de derechos, que sin lugar a dudas son aplicables a

¹⁶³ Ngwena, Charles, and Rebecca Cook. Óp. cit., nota 142.

todos los usuarios de los servicios de salud, tal es el caso del artículo 77º Bis 37, reformado en 2019.

Aún con los avances que representa esta incorporación de derechos en la carta magna, se estima que el mismo es violatorio del principio de no discriminación y de igualdad, en razón de que limita el acceso a medicamentos gratuitos y un tratamiento a un sector, siendo que el propio texto en el que se enmarca este derecho a la (protección) salud específica “toda persona”, por lo cual, en su oportunidad se debió entrar al estudio por parte de la Suprema Corte para dar coherencia a nuestro orden jurídico.

En el caso particular y como sujetos de especial protección, la persona con trastornos mentales y del comportamiento tiene derechos a la mejor atención disponible en materia de salud mental y acorde con sus antecedentes culturales, a contar con un representante que cuide en todo momento sus intereses, al consentimiento informado de la persona o su representante, en relación al tratamiento a recibir, a que el tratamiento que reciba esté basado en un plan prescrito individualmente con historial clínico, revisado periódicamente y modificado llegado el caso, a no ser sometido a tratamientos irreversibles o que modifiquen la integridad de la persona, a ser tratado y atendido en su comunidad o lo más cerca posible al lugar en donde habiten sus familiares o amigos, y a la confidencialidad de la información psiquiátrica sobre su persona.

Para ahondar más en el tema existen derechos creados o validados en el ámbito judicial, tal y como es el derecho al aborto, el derecho a un tratamiento médico adecuado, a tener un diagnóstico oportuno y eficiente y al libre desarrollo de la personalidad para tomar decisiones personales, por lo que refiere a su estado de salud, el consentimiento y la responsabilidad en la prestación de servicios, por mencionar algunos.

Entre otras leyes que contemplan algunos aspectos de esta inclusividad del derecho a la salud está la *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente* la cual en su contenido alude que la misma establecerá las bases para garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano para su desarrollo, salud y bienestar; en tanto que *La Ley de Aguas Nacionales* señala la eficientización y modernización de los servicios de agua domésticos y públicos urbanos, para contribuir al mejoramiento de la salud y bienestar social, así como la implementación de medidas necesarias para mantener una adecuada calidad del agua para consumo humano y con ello incidir en la salud pública. Por su parte, la *Ley de Desarrollo Rural Sustentable* dispone la organización y desarrollo de

medidas de inocuidad, sanidad vegetal y salud animal, de igual manera la inocuidad de los productos, Ley que está estrechamente relacionada con lo dispuesto por la *Ley de Sanidad Animal y la Ley de Sanidad Vegetal* dadas las repercusiones que ambas materias en la salud humana que pueden traer estos productos, por lo que en estas disposiciones se establecen medidas zoonositarias que tienen por objeto proteger la vida, salud y bienestar de los animales incluyendo su impacto sobre la salud humana, así como el control de los vegetales que pudieran constituir un riesgo para la salud humana.

Lo que de manera conjunta buscan estas disposiciones es que los contaminantes en el ambiente, en específico en el agua, en el suelo y en el aire, así como el tratamiento y disposición de aguas residuales, no representen riesgos o daños a la salud de la población.

De igual forma, tenemos otras disposiciones legislativas que contemplan dentro de su articulado provisiones en torno al derecho a la salud, como son: *La Ley de los Institutos Nacionales de Salud, Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, Ley de Asistencia Social, Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, Ley General para el Control del Tabaco, Ley Federal para el Control de Precursores Químicos, Productos Químicos Esenciales y Máquinas para elaborar Cápsulas, Tabletas y/o Comprimidos, Ley de Seguridad Nacional, la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, Ley General de Población, Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables Ley General de Vida Silvestre, Ley Federal de Sanidad Animal, Ley Federal de Sanidad Vegetal, Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil, Ley General para la Detección Oportuna del Cáncer en la Infancia y la Adolescencia.*

Finalmente, el *Código Penal Federal* establece diferentes tipos penales en su capítulo de delitos contra la salud, como lo son: De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos, del peligro de contagio, contra los derechos reproductivos, los cuales se configuran como prohibiciones a determinadas conductas que tengan como destino lesionar la salud de los individuos.

Este trabajo analiza la evolución normativa del derecho a la salud, en nuestro país, destacando algunos de los instrumentos que configuran por una parte este sistema de garantías primarias y una ampliación al contenido esencial de este derecho a partir del sistema de precedentes de nuestro.

b) Su expansión en el orden jurídico internacional

Este corpus del derecho de los derechos humanos, enriquecido por declaraciones, programas de acción y otras formulaciones de derechos humanos en proceso de convertirse en legalmente vinculantes, es la fuente de las normas que se encuadran propiamente en la categoría de los derechos humanos internacionales. Este conjunto de normas reconocidas internacionalmente es una de las respuestas de la comunidad de naciones a los horrores de la Segunda Guerra Mundial y al compromiso de construir un orden mundial 'para salvar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, que dos veces en nuestra vida ha traído consigo incalculables sufrimientos a la humanidad, como consta en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas.

Es mayor la importancia relativa a la clasificación que se hace en razón de los Derechos Humanos específicos, en cuanto que derecho humano general. Se pueden considerar como derechos especialmente importantes:

- El derecho a estar protegido contra el hambre (Artículo 11.2 del PIDESC).

La parte general define el derecho como 'el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental'. Luego viene una lista ilustrativa, no exhaustiva, de cinco pasos a seguir para lograr la plena realización de este derecho, a saber:

- La disposición para la reducción de la tasa de mortinatos y la mortalidad infantil y para el desarrollo saludable del niño;
- La mejora de todos los aspectos de la higiene industrial y ambiental;
- La prevención, tratamiento y control de enfermedades epidémicas, endémicas, ocupacionales y otras;
- La creación de condiciones que aseguren el acceso a todos los servicios médicos, el derecho a la asistencia sanitaria. (Artículo 13 de la Carta Social Europea).

Ha pasado casi medio siglo desde que el más alto nivel posible de salud física y mental se afirmó como un derecho humano en un tratado internacional, y esta serie de cuestiones temáticas ilustra lo lejos que ha llegado la comunidad internacional en ese período.

El derecho humano a la salud se ha convertido en el centro del debate político y la política social en todo el mundo. Las organizaciones de la sociedad civil han puesto este derecho en el centro de las campañas por la justicia sanitaria a nivel nacional y mundial. Ocupa un lugar destacado en la producción de las Naciones Unidas (ONU) y los órganos regionales de derechos humanos, así como en los tribunales y legislaturas nacionales; las constituciones nacionales incluyen cada vez más el reconocimiento explícito del derecho a la salud. Descuidado durante mucho tiempo en la academia jurídica, muchos académicos ahora se esfuerzan por desarrollar su contenido normativo, contextualizar su aplicación y evaluarlo desde el punto de su exigibilidad.

Marks, discutiendo el surgimiento de la salud en el corpus de derechos humanos internacionales. Cubre la salud en la constitución de la OMS (OMS), el derecho a la salud en la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la salud en el sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas y el derecho a la salud en el sistema de tratados regionales. Luego pasa al alcance del derecho a la salud, que cubre tanto elementos específicos del sistema de salud (obligaciones) como la realización de otros derechos humanos que contribuyen a la salud (derechos humanos específicos relacionados con la salud).¹⁶⁴

El surgimiento de la salud en el corpus de derechos humanos internacionales se ve caracterizado por su inclusión en la Constitución de la OMS, ya que la primera formulación de las normas que hoy caracterizamos como derechos humanos es inseparable de las manifestaciones históricas y filosóficas de la lucha humana por la justicia.

Es por ello que a partir de la creación de la OMS se definió y reconoció la salud como un derecho humano. Así la OMS, como la mayoría de los organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas, pone gran énfasis en su trabajo en la formulación de políticas, estrategias y programas de acción, más que en leyes. No obstante, este enfoque estaba principalmente orientado a las políticas, demostrando ser muy satisfactorio, en el entendido de que los Estados Miembros de la OMS han seguido las políticas, programas y recomendaciones elaborados desde 1948, contribuyendo con ello a la erradicación o casi la erradicación de muchas enfermedades y han ayudado a combatir las principales pandemias y enfermedades endémicas.

¹⁶⁴ Marks, Stephen, Óp. Cit., nota 73.

Fundada en el derecho inderogable a la vida, la Declaración Universal De Derechos Humanos afirma en el artículo 25 que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar de sí mismo y de su familia, incluidos atención médica y servicios sociales necesarios. El derecho a la salud también se reconoce en varios instrumentos regionales, tales como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales, denominado Protocolo de San Salvador, y la Carta Social Europea. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales contienen disposiciones relacionadas con la salud, como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, y el derecho a la familia y la vida privada.

El PIDESC como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer requieren la eliminación de la discriminación contra la mujer en la atención sanitaria, así como garantías de acceso en condiciones de igualdad de las mujeres y los hombres a los servicios de salud. Eliminar la discriminación en todas sus formas, incluido el sector de la salud, y garantizar la igualdad entre hombres y mujeres son objetivos fundamentales de la salud como derecho humano. A este respecto, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14) se insta a los Estados a asegurar a "la mujer en las zonas rurales... su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios" y a "tener acceso a servicios adecuados de atención médica, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia". El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer exhorta también a los Estados partes a que velen por que la mujer disponga de servicios apropiados durante el embarazo, el parto y el período posnatal, incluidos servicios de planificación de la familia y cuidados obstétricos de urgencia. En ello está implícita la exigencia de que los Estados garanticen una maternidad sin riesgo y reduzcan la mortalidad y la morbilidad maternas.

Otro de los instrumentos internacionales que forman parte de este corpus iuris es la Declaración política de la reunión de Alto Nivel sobre "Cobertura Sanitaria Universal: avanzando juntos para construir un mundo más saludable"; Reunión de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre la cobertura sanitaria universal celebrada en 2019: principales metas, compromisos y medidas; Declaración de Adelaida sobre la Salud en Todas las Políticas Hacia una gobernanza compartida en pro de la salud y el bienestar; Declaración y Programa de Acción de Viena, Declaración de

compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA; La Declaración y el Marco de Acción de Abuja para la lucha contra el VIH/SIDA, la tuberculosis y otras enfermedades infecciosas conexas en África, de 27 de abril de 2001; Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 4 (2003) sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño; la Declaración del Milenio y los objetivos de desarrollo del milenio, también han contribuido a esclarecer diversos aspectos de la salud pública relacionados con el derecho a la salud y a reafirmar los compromisos para con su realización; Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial y Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación (1996) y su seguimiento, Declaración de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación: cinco años después, Alianza Internacional contra el Hambre (2002); la Declaración conjunta de las Naciones Unidas para poner fin a la discriminación en los centros de atención de la salud del 27 de junio de 2017; Declaración acerca de la séptima reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (2005) sobre la pandemia de enfermedad por el coronavirus de 2019 (COVID-19). Y recientemente encontramos la Declaración conjunta sobre protección de datos y privacidad en la respuesta a la COVID-19.

Además de los tratados de derechos humanos, el derecho a la salud también se ha abordado en debates internacionales. Algunos de los debates han culminado en declaraciones de consenso documentadas que han llegado a considerarse autorizadas. A este respecto, debe hacerse una mención especial del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (Programa de El Cairo), y la Plataforma de Acción de Beijing de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (la Plataforma de Beijing), y un seguimiento de la Plataforma de Beijing, que produjo documentos declaraciones autorizadas sobre el significado y alcance del derecho a la salud, especialmente en lo que se refiere a la salud de la mujer. Los Estados están aplicando lentamente el derecho a la salud, ya sea que se encuentre en constituciones nacionales, tratados internacionales o regionales de derechos humanos o documentos de consenso internacional, para corregir las inequidades en salud.¹⁶⁵

No podemos dejar de lado los Informes del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt y de Anand Grover.

¹⁶⁵ Ngwena, Charles, and Rebecca Cook. Óp. cit., nota 142.

- En 1966, las Naciones Unidas sobre Salud mundial y política exterior (A/RES/67/81).
- Informe de seguimiento 2019. La atención primaria de salud en el camino hacia la cobertura sanitaria universal.
- Resolución S-26/2 de la Asamblea General, de 27 de julio de 2001.
- Resoluciones 2000/82 y 2001/27 sobre las consecuencias de las políticas de ajuste estructural y de la deuda externa para el goce efectivo de los derechos humanos y, especialmente, de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Resolución 2001/35 sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícito de productos y desechos tóxicos y peligrosos.
- Resoluciones 2002/31 y 2003/28 sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
- Resoluciones 2001/33, 2002/32 y 2003/29 sobre el acceso a la medicación en el contexto de pandemias como la del VIH/SIDA.
- Resolución A/74/L.57 Respuesta unificada contra las amenazas para la salud mundial: la lucha contra la COVID-19.

De acuerdo con el principio de realización progresiva, promulgado legislativamente a través del artículo 2 del PIDESC, un estado debe tomar medidas para hacer operativo el derecho a la salud solo “hasta el máximo de sus recursos disponibles, con miras a *lograr progresivamente la plena realización de los derechos*”.

De los ocho Objetivos de Desarrollo de la ONU, tres tienen una dimensión sanitaria directa (objetivos 4, 5 y 6), mientras que la meta 17 de dichos objetivos exige la cooperación con las empresas farmacéuticas para brindar acceso a medicamentos esenciales asequibles en países en desarrollo.

A modo de ejemplo únicamente, hagamos referencia aquí a una serie de textos que elaboran cuestiones de salud: las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (1977), así como los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos (1990), incluyen muchas referencias a la atención y la protección de la

salud; o los Principios de la ONU para las Personas Mayores (1991) enfatizan la importancia del acceso a instalaciones de atención médica adecuadas “para mantener o recuperar el nivel óptimo de bienestar físico, mental y emocional y para prevenir o retrasar la aparición de enfermedades”; o los Principios de las Naciones Unidas para la protección de las personas con enfermedades mentales y la mejora de la atención de la salud mental (1991), y la Declaración de compromiso de las Naciones Unidas sobre el VIH / SIDA (2001); lo que indica la conciencia internacional sobre esta epidemia más peligrosa. Los tratados internacionales de los últimos años se centran cada vez más en personas y grupos vulnerables, desfavorecidos o marginados y, a menudo, destacan los problemas de discriminación.

Además, el derecho a la salud también está contenido en normas regionales internacionales, como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul”, artículo 16; Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, artículo 14; la Carta Social Europea revisada, artículos 11 y 13; y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10. La protección indirecta de la salud también es otorgada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana - Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus 14 Protocolos.

Estas disposiciones introductorias sirven como un paraguas de la protección de los derechos humanos, aunque restringida a garantizar el kit de supervivencia, el mínimo existencial, sin el cual no se puede llevar una vida digna. Estas obligaciones fundamentales del derecho a la salud afectan el "equipo de supervivencia" o "mínimo existencial" que toda persona necesita para sobrevivir y llevar una vida digna. Además, estas obligaciones fundamentales reflejan la práctica real de muchos Estados a nivel de derecho interno y pueden considerarse parte del derecho internacional consuetudinario o incluso principios generales del derecho en el sentido del artículo 38 (1) (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.¹⁶⁶

En consecuencia, los Estados sin excepción están obligados a: “(a) garantizar el derecho de acceso a las instalaciones, bienes y servicios de salud

¹⁶⁶ Riedel, Eibe, *The human right to health: conceptual foundations, Realizing the right to health*, Zurich, Rüffer and Rub, 2009.

sobre una base no discriminatoria, especialmente para los grupos vulnerables o marginados, (b) asegurar el acceso a los alimentos esenciales mínimos nutricionalmente adecuado y seguro, para garantizar que todos no pasen hambre, (c) para garantizar el acceso a vivienda básica, vivienda y saneamiento, y un suministro adecuado de agua potable y segura, (d) para proporcionar medicamentos esenciales, desde el momento en el tiempo definido en el Programa de Acción de la OMS sobre Medicamentos Esenciales, (e) asegurar la distribución equitativa de todos los establecimientos, bienes y servicios de salud, y (f) adoptar y ejecutar una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública, sobre la base de evidencia epidemiológica, atendiendo las preocupaciones de salud de toda la población...".¹⁶⁷

Normativamente, el derecho a la salud, encuentra sus fundamentos en el derecho internacional, el cual, desde la posguerra, ha ido generando diversos instrumentos para dotar de contenido a los DESC y el derecho a la salud, desde su enunciación en la Carta de la OMS, hasta el PIDESC, las convenciones que se enfocan en grupos de especial protección y las declaratorias e informes emitidos al respecto, que se analizan en el presente apartado, como parte del contenido del derecho a la salud.

En 2000, el CDESC desarrolló un cuadro general que desarmaba el derecho a la salud en términos de libertades y prerrogativas; cuidado de la salud y determinantes en la salud; no-discriminación; participación; monitoreo y control, por mencionar algunos.¹⁶⁸

Dentro de los instrumentos y declaratorias que abundan en el derecho a la salud, se encuentra la Declaración política de Río sobre los determinantes sociales de la salud de 2011, la Declaración de Astana, Kazajistán de 2018, el Convenio de Asturias, la Declaración de Helsinki, los Principios de Limburgo, por mencionar algunos.

El Informe Explicativo del Convenio de Biomedicina deja claro que el propósito de esta disposición no es crear un derecho individual en el que cada persona pueda invocar en los procesos judiciales contra el Estado, sino más bien impulsar a este último a adoptar las medidas necesarias como parte de su política para garantizar el acceso equitativo a la atención médica¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Ídem.

¹⁶⁸ Hunt, Paul, and Gunilla Backman, Óp. cit., nota 21.

¹⁶⁹ Íbidem.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) sigue el camino adoptado por el Convenio de Biomedicina, aunque empleando el lenguaje de los derechos individuales: “toda persona tiene el derecho de acceso a la atención médica preventiva y el derecho a beneficiarse de tratamiento médico en las condiciones establecidas por las leyes y prácticas nacionales”¹⁷⁰. Está claro que la viabilidad financiera es tanto una condición previa para hacer efectivo el derecho fundamental a la salud como una limitación de ese derecho: el derecho fundamental se detiene cuando el estado se queda sin medios financieros.¹⁷¹

En tanto que la ONU ha elaborado distintas resoluciones, declaratorias en informes, entre las que se encuentran:

- Resolución 70/183. Salud mundial y política exterior: fortalecimiento de la gestión de las crisis sanitarias internacionales, aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2015;
- Resolución aprobada por la Asamblea General 67/81. Salud mundial y política exterior;
- Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 17/14. El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental en el contexto del desarrollo y el acceso a los medicamentos;
- Resolución aprobada por la Asamblea General el 11 de diciembre de 2014, 69/132. Salud mundial y política exterior;
- Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 16/28. Protección de los derechos humanos en el contexto del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), del 13 de abril de 2011;
- Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el “Día Internacional de la Cobertura Sanitaria Universal” (A/RES/72/138)
- Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre “Salud mundial y política exterior: atención de la salud de los más vulnerables en pro de una sociedad inclusiva” (A/RES/72/139);

¹⁷⁰Charter of Fundamental Rights of the European Union. 2000.

¹⁷¹De Groot, R. Right to Health Care and Scarcity of Resources. In Gevers, J. K. M., et al. (eds.) Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

- Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre “Salud mundial y política exterior: el empleo en el ámbito de la salud y el crecimiento económico” (A/RES/71/159).

La declaración de Yakarta también prevé cuestiones sobre promoción de la salud, al igual que la Carta de Ottawa cuyo objetivo en ambas es poner mayor atención en los factores determinantes de la salud para derivar el máximo beneficio posible para la población, hacer un aporte de importancia a la reducción de la inequidad en salud, garantizando el respeto de los derechos humanos.

Sólo después de establecer las bases en la ley y la teoría, el derecho a la salud pública puede avanzar de la interpretación académica a la realidad legislativa, otorgando a las sociedades la autoridad normativa para responsabilizar a los Estados de abordar las alteraciones de la globalización en los determinantes subyacentes de la salud.

A través de la Observación general 14, el CESCR ha elaborado derechos específicos sobre varios determinantes subyacentes de la salud dentro del derecho a la salud. Al exponer las obligaciones necesarias para cumplir con estos derechos constituyentes, dicha Observación se refiere no sólo al individuo como portador de derechos, sino también específicamente a la responsabilidad del estado de ayudar a las “comunidades”, “grupos” y “poblaciones”.

Y no podemos pasar por alto, la metodología que subyace a los distintos modelos de salud pública que acompañan a la ideología de la satisfacción de la salud, previa regulación en nuestro marco normativo, son los que habrán de definir las políticas públicas y en consecuencia el quehacer gubernamental, a través de la definición de objetivos, estrategias y líneas de acción.

En muchos países, en mayor o menor grado, eso ha sucedido. Frente a la presión pública, existe la tentación de responder a un nuevo y terrible problema con una regulación legal ineficaz y opresiva que contiene dimensiones de derechos humanos.

En aquellos lugares que no contemplan los derechos estatutarios de acceso a los registros clínicos, ¿deberían las leyes dictadas por jueces otorgar tales derechos? En algunas áreas de la salud pública, las actitudes deben cambiar drásticamente antes de que se otorguen los derechos humanos.¹⁷²

¹⁷² Kirby, Michael. The right to health fifty years on: Still skeptical?, *Health & Human Rights*, 1999.

En el siguiente capítulo se analizan los reparos en cuanto a la exigibilidad de los DESC, en especial lo relativo al derecho a la salud, especificando los mecanismos de protección, sobre todo la justiciabilidad como el último recurso para la materialización de este derecho.

Como bien menciona Lugo, tener con una definición de salud no es un lujo académico sino una necesidad jurídica: se trata de precisar el bien jurídico que se quiere proteger. Esta definición debe llenar ciertos requisitos y necesidades: a) que su objeto definido sea la salud y no más que la salud, b) que sea jurídicamente funcional, es decir que no sea sólo una noción vaga del deseo, sino que permita una concreción jurídica, y c) que dé respuestas a las nociones morales, sociales y académicas de lo que se entiende por salud.¹⁷³

Es decir, un concepto de salud que sea preciso en sus límites y en su materia y que, por tanto, permita precisar los alcances de su exigibilidad. La abundancia de definiciones de salud hace que el debate sobre el derecho a la salud se torne complejo en la definición misma del bien jurídico a proteger, máxime cuando ese bien se entiende de manera cada vez más laxa en aras de una aparente «tolerancia discursiva».¹⁷⁴

Lo anterior ha quedado asentado en este apartado, por lo que habremos de partir en la construcción de esta investigación de las definiciones amplias propuestas, que han venido a especificar los alcances de este derecho, tanto en las dimensiones que comporta como en las que se relacionan de manera intrínseca con él y que sin lugar a dudas la autoridad está obligada a respetar, garantizar y promover, pero que se observa más a menudo en las determinaciones del poder judicial de la federación.

¹⁷³ Currea Lugo, Víctor, Óp. cit., nota 22.

¹⁷⁴ Ídem.

“...la afirmación del principio de garantía federal del derecho a la salud, es la obligación de establecer ciertos mecanismos de articulación de políticas de salud y estrategias de intervención, que funcionen anticipadamente, para prevenir afectaciones y vulneraciones de los contenidos mínimos de este derecho.”¹⁷⁵

- Abramovich -

CAPÍTULO 2. LA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD

Una vez definido el contenido esencial del derecho a la salud, a partir de su inserción al orden normativo nacional e internacional, del cual se desprende la amplitud de acciones que lo configuran, que va desde la atención médica, la vigilancia epidemiológica, la promoción y prevención de la salud, la protección contra riesgos sanitarios, las enfermedades transmitidas por vectores y la investigación en salud como sus componentes y también de los determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano, en conjunto con los determinantes sociales, es momento de analizar cómo es que se cumple con estas obligaciones a cargo de los Estados, en particular del Sistema Nacional de Salud.

No obstante, previo al estudio de los mecanismos de exigibilidad, los cuales se centran tanto en el ámbito legislativo y en el aparato administrativo, a continuación, se expondrán los obstáculos que acompañan a los DESC, en especial al derecho a la salud.

Dichos obstáculos se refieren a aspectos como que se trata de derechos que no son de realización inmediata, que conforme a su estructura normativa constitucional, muestran una ausencia de contenidos y, en todo caso, se limitan a acciones positivas, además de que su realización se ve acotada dada la falta de

¹⁷⁵ Abramovich, Víctor, and Laura Pautassi. *El derecho a la salud en los tribunales: Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina*. Salud Colectiva, 2008.

presupuesto y derivado de todo ello, carecen de mecanismos jurisdiccionales para hacerlos exigibles en el supuesto de que se aduzcan violaciones.¹⁷⁶

El derecho a la salud es un derecho que tiene un cierto grado de indeterminación o ambigüedad. Lo cual viene dado tanto, por el objeto del derecho, como por la amplitud de su naturaleza y también por el contenido. Es un derecho que es interpretado, a partir de la realidad que constituye su objeto, de forma muy diferente. Con el transcurso del tiempo, se ha ampliado el panorama hacia una cuestión social de este concepto, ahondando en los determinantes y causantes de la enfermedad, tal y como el acceso a agua potable, las condiciones higiénicas, el saneamiento básico, un medio ambiente apto, pero aun así con un enfoque de enfermedad.

La definición como ya se mencionó en el capítulo anterior, debe pasar a ser más precisa y realista, en donde se comprendan los elementos mínimos a desarrollar en cuanto a las dimensiones que configuran este derecho.

Al hablar sobre el derecho humano a la protección de la salud, es primordial preguntarse: ¿Cuál es el verdadero alcance que tiene el derecho a la protección de la salud en México? Se ha dicho que no basta con la existencia del derecho a la salud como una idea, expectativa o como plan de gobierno en vías de instrumentarse, sino que es necesario que éste se garantice a través de una norma subjetiva que haga efectivo el derecho en caso de incumplimiento por parte del Estado, además de contar con un medio de control judicial que permita hacer exigible ese derecho, que conlleva a que ese derecho se haga justiciable, reclamable y hacedero.

Parte de estas críticas está en que los DESC necesariamente deben contener obligaciones precisas de los deberes positivos o negativos, a partir del sólo texto constitucional. Hace bastante tiempo, Bobbio resaltaba la importancia de los mecanismos de protección al estatuir que “el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*.”¹⁷⁷ Lo cual habría de complementarse con el decir de Guastini,¹⁷⁸ en el sentido de que para atribuir un derecho es suficiente una norma formulada, precisamente, como

¹⁷⁶ Como lo advertí en mi tesis de maestría, la falta de exigibilidad de los DESC ha sido un tema constante, debido a los reparos que se le han atribuido dada su naturaleza normativa y las implicaciones programáticas. No obstante, en este trabajo, se retoman dos de estas objeciones, como es el caso de la ambigüedad en cuanto a su contenido y la cuestión relativa a la insuficiencia de mecanismos jurisdiccionales para velar por su reconocimiento.

¹⁷⁷ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1993.

¹⁷⁸ Guastini, Ricardo. *Estudios de Teoría Constitucional, Doctrina Jurídica Contemporánea*, Fontamara, 2001.

norma que atribuye derechos y para garantizar un derecho no es suficiente proclamarlo, es necesario además disponer de los mecanismos adecuados para su protección.¹⁷⁹

En la actualidad, Estas consideraciones siguen teniendo eco, dadas las violaciones sistemáticas al derecho a la salud, los rubros que comprende y sus determinantes básicos. Una muestra de la falta de exigibilidad del derecho, son las quejas ante la CNDH en 2017, período en el que recibió 2 mil 634 quejas en contra del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y 1,078 quejas en contra del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), las cuales estuvieron asociadas a omisiones de proporcionar atención médica, negligencia médica, omitir suministrar medicamentos, omitir brindar la atención, cuidados o prestar auxilio a cualquier persona y realizar deficientemente trámites médicos, entre otros. Dichas instituciones que prestan servicios de salud, fueron las dos con mayor número de quejas en contra de toda la administración pública federal.¹⁸⁰

Como parte de las falencias en la satisfacción de este derecho, se encuentra la inadecuada atención o negligencia médica, la salud reproductiva, el consentimiento previo, libre e informado en servicios de anticoncepción, la falta de enfoque intercultural de la salud y los pueblos indígenas, el derecho a la salud en las personas privadas de libertad, así como derecho a la información en servicios de salud, entre otras dimensiones del derecho a la salud.

En México existen serios obstáculos para el ejercicio del derecho a la salud y de las prestaciones que este conlleva, particularmente en el contexto de la atención médica y del crecimiento de enfermedades crónico degenerativas.¹⁸¹ No podemos negar que hay numerosos factores, intrínsecos o extrínsecos, que pueden obstaculizar o incluso impedir el pleno disfrute del derecho a la salud.

La mala salud, es una consecuencia directa de un medio ambiente insalubre y contaminado, agua potable insalubre y desnutrición. Las condiciones de trabajo peligrosas también contribuyen a un pobre estado de salud. Ciertas categorías de la población corren más riesgo que otras: los presos y detenidos, las minorías étnicas y las poblaciones indígenas, las personas discapacitadas, las personas

¹⁷⁹ Ídem

¹⁸⁰ Al respecto véase <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/los-avances-en-la-proteccion-no-judicial-del-derecho-a-la-salud/>

¹⁸¹ Al respecto, en los Programas Sectoriales de Salud se aprecian las problemáticas que aquejan al sector, asimismo en el libro publicado por la Secretaría de Salud López, M. J., F. L. R. Durán, and T. F. Hernández. "La calidad de la atención a la salud en México a través de sus instituciones". Óp. cit. Nota 3.

mayores, los solicitantes de asilo, los refugiados y los trabajadores migrantes corren peligro de sufrir problemas de salud y también impacta la desigualdad de género, el acceso inadecuado a los servicios y bienes de salud afecta, en particular, a mujeres y niñas.

La falta de disfrute del derecho a la salud también se debe a la insuficiencia de recursos financieros, de igual forma el derecho a la salud se verá afectado por el clima económico general y el grado de desarrollo económico de un estado, así como por las disparidades entre las diferentes regiones dentro de un estado, en particular, entre las áreas urbanas y rurales. El nivel de salud disfrutado variará según el origen nacional y el estatus social de las diferentes categorías de la población, siendo los más vulnerables, en general, los más afectados por un gasto público insuficiente en atención de la salud.

El derecho a la salud también puede verse afectado por desastres naturales o provocados por el hombre. Además, los acuerdos comerciales o financieros pueden afectar negativamente el derecho a la salud. En este sentido, no sólo los Estados sino también los terceros tienen la responsabilidad de eliminar los factores y obstáculos que puedan impedir o bloquear el pleno disfrute del derecho a la salud.¹⁸²

De manera estructural, el derecho a la salud ha evidenciado una serie de problemas de hace mucho tiempo como lo es: la cobertura de salud, el aumento en las comorbilidades que presenta la población, principalmente diabetes y sobrepeso, la falta de recursos (humanos, materiales y financieros) para la prestación de servicios de atención médica y de políticas enfocadas en salud pública. Aunado a estas carencias, encontramos ciertas problemáticas vinculadas principalmente con el principio de calidad tanto en infraestructura humana, física, material, financiera y tecnológica.¹⁸³

En lo que refiere a las problemáticas presentadas en el sector salud, destaca: la falta de medicamentos, de atención médica, de calidad, de establecimientos de salud, de condiciones sanitarias adecuadas, de factores ambientales seguros, escasez de personal de salud, insumos inseguros, infraestructura precaria, de cultura de promoción y prevención, de enfermedades cardiovasculares y una falta del autocuidado, entre otros factores, lo que ha dejado entrever el largo camino que

¹⁸² Wilson, Barbara, Social determinants of health from a rights-based approach, Realizing the right to health, Rüffer and Rub, Zurich, 2009.

¹⁸³ Para mayor detalles de estas situaciones, véase López, M. J., F. L. R. Durán, and T. F. Hernández. "La calidad de la atención a la salud en México a través de sus instituciones". Óp. cit. Nota 3.

falta para garantizar el cumplimiento efectivo del derecho a la salud en México y el cual ha dado pie a la acción judicial por satisfacer estas pretensiones, tanto en lo individual como en lo colectivo.¹⁸⁴

Dicha falta de medicamentos, de atención médica, de calidad, de establecimientos de salud, de condiciones sanitarias adecuadas, de factores ambientales seguros, escasez de personal de salud, insumos inseguros, infraestructura precaria, de cultura de promoción y prevención, de enfermedades cardiovasculares y otras muchas más cuestiones, se convierten en los principales detonantes para llevar a que la ciudadanía defina sus lugares de enunciación desde la protesta, desde la demanda, desde la exigencia de sus derechos con caceros, caminatas, tomas de tierra y otras formas de construcción de su discurso, poniendo por vías sociales, políticas y legales, en el centro de las decisiones la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos humanos económicos y sociales.¹⁸⁵

Garantizar el derecho a la salud en México es un gran reto por resolver. Si bien, la salud de la población depende de muchos factores (económicos, políticos, sociales, científicos, tecnológicos y culturales) que requieren de coordinación, inversión económica, leyes, acciones y políticas para perfilar la salud de la población de manera estable, progresiva y duradera,¹⁸⁶ también requiere de decisión política, es decir, que los encargados de decidir las políticas nacionales, estén convencidos que la salud de la población, es un factor indispensable para el desarrollo de la nación. Un primer elemento que sirve como parámetro inicial para percibir la situación del derecho a la salud y que, en cierto sentido, refleja el nivel de prioridad que ocupa el tema en la agenda política mexicana, es el porcentaje del PIB que se destina a este rubro. En México, sólo se invierte el 2.8%.¹⁸⁷

Aún con el escenario legislativo actual, que apostó por la creación del Instituto de Salud para el Bienestar (INSABI) y las políticas públicas cada vez más incluyentes del poder ejecutivo, los servicios de salud están rebasados, en todos los ámbitos, aunque en la cuestión hospitalaria es donde más se puede apreciar esta cuestión, ya que es en dicha dimensión donde se presenta una interacción más

¹⁸⁴ Algunas de estas problemáticas, las podemos encontrar en los distintos diagnósticos hechos por la Secretaría de Salud, al respecto véanse los mismos por entidad federativa en <http://www.calidad.salud.gob.mx/site/diagnosticos/>

¹⁸⁵ Lima Jr, Jayme Benvenuto, Los derechos humanos económicos, sociales y culturales, La Paz: Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 2001.

¹⁸⁶ Montiel, Lucía. "Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria". *Revista IIDH* 40.1, 2004.

¹⁸⁷ Ídem.

continúa entre el Estado y los particulares y, por ende, se presenta un gran número de inconformidades por parte de los usuarios, que van desde lo administrativo, la conciliación y en gran medida en lo judicial.

Desde hace más de 30 años era una preocupación proporcionar atención médica a toda la población y mejorar su calidad básica, abatir la incidencia de las enfermedades transmisibles y limitar las no transmisibles y los accidentes, otorgando prioridad a las acciones de carácter preventivo y a través de acción de detección oportuna de enfermedades, promover la salud de la población, disminuyendo la incidencia de los factores que la ponen en peligro y fomentando el autocuidado de la salud, coadyuvar al mejoramiento de las condiciones sanitarias y del medio ambiente, apoyar la disminución de los niveles de fecundidad, con pleno respeto a la decisión y dignidad de las parejas, contribuir al bienestar social de la población, por medio de la asistencia social a los grupos más vulnerables a fin de incorporarlos en una vida más equilibrada en lo económico y en social, y propiciar el desarrollo de la familia a la comunidad y su integración social.

Las personas que no tienen adecuadamente cubierto su derecho a la asistencia sanitaria enfrentan la vida con enormes dificultades. Contar con un seguro médico (público o privado) puede significar la diferencia entre la vida y la muerte. Las posibilidades de morir de una persona sin seguro médico, por ejemplo, se multiplican por tres frente a quienes padecen la misma enfermedad, pero la enfrentan con el apoyo de un seguro, según datos de un estudio publicado en Estados Unidos.¹⁸⁸

El cumplimiento de este derecho se hacía, y en gran medida se sigue haciendo, a través de diferentes programas de acción derivados de la planeación sexenal, pero no fue sino hasta que en 1997 una persona interpuso un recurso de amparo, a través del cual se quejó de haber contraído VIH, requiriendo como parte del tratamiento médico, que se le suministraran medicamentos que, dadas sus ventajas terapéuticas, resultaban esenciales y adecuadas en el caso de las personas enfermas de SIDA. Sin embargo, no estaban incluidos en el *Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos*, en lo sucesivo Cuadro Básico, por lo que no podían adquirirse, prescribirse ni suministrarse por parte de las instituciones de salud pública.

¹⁸⁸De Lora, Pablo y Zúñiga Fajuri, Alejandra. *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*, Madrid, Iustel, 2009.

Es por ello que se da la necesidad de mostrar hasta dónde se deben a problemas de diseño normativo, a deficientes estructuras administrativas o a ineficiencia del aplicador del derecho en el nivel administrativo.¹⁸⁹

Ante este panorama, es importante resaltar que hablar de una cobertura universal significa no sólo 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 salud. Debiendo ser éstos suficientes y de calidad (médicos y enfermeras capacitadas, medicamentos, instrumental y equipo científicamente aprobado). En relación con la calidad en la infraestructura y equipamiento en salud, existen unidades médicas en las que instrumentos, inmobiliario, insumos y equipo son insuficientes, presentan problemas de mantenimiento, obsolescencia y/o mala imagen.

Estas situaciones propician fallas graves en los estándares de calidad, lo cual repercute en un mal servicio proporcionado a los pacientes, como un problema para los servidores de la salud, quienes no podrán cumplir con sus funciones de manera óptima, si el lugar y material con el que desempeñan su trabajo no existe o no se encuentra en condiciones óptimas.

El Estado mexicano ha contraído compromisos internacionales que le exigen entender el derecho a la salud como el acceso al disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social; esto debería verse reflejado en las instituciones de derecho público que prestan los servicios, en la legislación de la materia elaborada por el Congreso de la Unión.¹⁹⁰

Por todo esto, es necesario que todos los actores involucrados en la prestación de los servicios vinculados al derecho a la salud asuman una idea integral y común: que entiendan a la salud como un derecho y no como un producto; y que se utilicen criterios éticos y del derecho internacional de los derechos humanos en el trato a los pacientes, reconociendo una definición amplia de salud que incorpore los estándares internacionales al respecto.¹⁹¹

Parece obvio, pero se debe concientizar acerca de que, sin salud, pocas cosas tienen sentido. La salud es fundamental, lo mismo en la vida de las personas, que en la de las sociedades. Por ello su cuidado es una obligación esencial de todos los Estados modernos. La salud es una condición para que individuos y sociedades

¹⁸⁹ Cano Valle, Fernando. Óp. cit., nota 28.

¹⁹⁰ Ídem.

¹⁹¹ Ídem

alcancen su pleno desarrollo, aún más, el acceso a la salud es uno de los grandes igualadores en la colectividad. Se trata, ni más ni menos, que de una expresión de auténtica justicia social. Sin salud no hay bienestar ni progreso posibles.¹⁹²

La salud es, como lo ha sostenido el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, un compromiso intrínseco de la seguridad humana y un elemento indispensable de la estabilidad social. Donde no hay salud, junto a la enfermedad no atendida y sus secuelas, prevalecen la pobreza, la ignorancia, la falta de oportunidades, la vida sin dignidad y una limitada productividad.¹⁹³

La salud es una de las nociones fundamentales en el desarrollo del plan de vida de los individuos, pero también puede tener efectos macro como es el caso de las pandemias y epidemias, que más allá de influir en el estado físico y mental de las personas, impacta considerablemente en lo social, económico y político, muestra de ello, es la reciente contingencia del SARS COV-II.

En consecuencia, el Estado debe asumir compromisos y obligaciones para salvaguardar un estado de bienestar a su población, para lo cual habrá de utilizar mecanismos de protección, que van desde los derechos, las políticas públicas y mecanismos de exigibilidad para que se satisfagan estas pretensiones.

A continuación, se pondrán en consideración las críticas que se han dado a este tipo de derechos, en particular lo relativo a su exigibilidad, a través de qué mecanismos es posible lograr esto y sobre todo las vías para hacerlo justiciable. Y en este tenor, salen a la luz problemáticas muy puntuales acerca del papel de los tribunales como auxiliares en el ejercicio de este derecho.

2.1 LOS OBSTÁCULOS EN LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Como muchos derechos sociales, el derecho a la salud ha sido objeto de constantes ataques en cuanto a su formulación lingüística y las implicaciones que derivan de ésta, tanto por la falta de especificidad en cuanto a su contenido, la forma de cumplir con esas obligaciones y de qué tipo son, así como la ausencia de mecanismos jurisdiccionales para garantizarlo. La ausencia de medidas concretas de satisfacción y de goce efectivo de derechos se hace especialmente patente en las Constituciones latinoamericanas que si bien, contienen un amplio catálogo de

¹⁹² Narro Robles, José, Derechos y políticas sociales, Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo, Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego, UNAM-El Colegio Nacional, México, 2011.

¹⁹³ Ídem

derechos, estos no son efectivamente respetados y susceptibles de tutela judicial en la práctica, encontrándonos ante cartas fundamentales “semánticas”. Uno de los aspectos que contribuyen a esta falta de cumplimiento es el debate todavía persistente en algún sector de la doctrina acerca de la no juridicidad y, por lo tanto, la no justiciabilidad de los mismos.¹⁹⁴

Desafortunadamente, el tema de la exigibilidad y en consecuencia su materialidad es un poco complicado, pero no imposible, incluso se ha llegado al grado de que se ha señalado que el derecho a la salud es el más “inacabado” de los derechos, en el sentido de que sus posibilidades dependen de una técnica que no termina de crecer y de perfeccionarse.

Estas objeciones acerca de la imposibilidad jurídica y material de los DESC, en general, y del derecho a la salud, en particular, se centra en que dichos derechos carecen de contenidos específicos, es decir, en la norma fundante no se encuentra predeterminado su núcleo esencial, deviniendo en el hecho de que no son susceptibles de ser exigibles de manera directa y mucho menos disfrutan de la obligatoriedad jurídica.

Un ejemplo de estos impedimentos con especial referencia a nuestro objeto de estudio, el derecho a la salud, lo encontramos en:

- La insuficiencia de la normatividad, la desobediencia gubernamental a las leyes, constituciones y tratados internacionales;
- Políticas sociales inadecuadas, excluyentes y discriminatorias, a ello se suman las insuficiencias institucionales, la escasez de recursos para las instituciones de salud, y desde luego, los bajos salarios para los trabajadores de la salud.¹⁹⁵

Liborio Hierro, hace referencia a estos derechos sociales cuyo contenido no quedaría establecido por su mero enunciado sino que requiere una cierta forma institucional, es por ende que sólo alcanzarían la justiciabilidad en la medida en que el legislador hubiera establecido acciones concretas en su protección.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Aguilar Cavallo, Gonzalo, Óp. cit., nota 101.

¹⁹⁵ Jijón, Víctor Hugo, en *Los DESC (DESC) en América Latina: Obstáculos para su eficacia*, publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), a través de la Oficina de la UNESCO en México, México, 2003.

¹⁹⁶ Hierro, Liborio en *Alexy, Robert, et al. Derechos sociales y ponderación. Distribuciones Fontamara, SA, 2010.*

Las objeciones que han acompañado a esta clase de derechos, es que los mismos necesariamente deben contener obligaciones precisas de los deberes positivos o negativos, a partir del sólo texto constitucional, por lo que al no encontrarse previstos en la norma fundante y no estar predeterminado su núcleo esencial, deviene en que éstos no son susceptibles de ser exigibles de manera directa y mucho menos disfrutan de la obligatoriedad jurídica. Esto es, se concibe a la fijación explícita de los contenidos esenciales que identifica a estos derechos como un requisito indispensable para su juridicidad, ya que de lo contrario resultaría a todas luces que tal propósito no habría de alcanzarse sólo con volcar conceptos jurídicos en un texto, reduciéndose a meros principios programáticos o a simples utopías.

Esta insuficiencia de contenido esencial en los enunciados constitucionales, que desafortunadamente se presenta en los DESC, se objeta que solo quedan en normas simplemente declarativas sin dar pleno contenido a los mismos, esto en atención a que la legislación secundaria que debiera desarrollarlos no lo hace —o no se dicta o cuando se emite se limita a organizar o distribuir competencias entre los órganos de gobierno de los distintos niveles— por lo cual siguen sin desarrollar sus alcances al no dotar de contenido a los derechos, por lo que no se precisan las obligaciones jurídicas para el Estado y por ende no es posible su exigibilidad.¹⁹⁷

Es por ello que se les ha visualizado como derechos no específicos, puesto que se ubican más en la zona de penumbra lingüística o en la textura abierta de la norma, que, en la zona de claridad argumentativa, siendo esta última la que no requiere más desarrollo normativo que el establecido en la Constitución, precisión que no acontece con los DESC dada la amplitud que representan, por lo que necesitan ante todo de este desdoblamiento en normas secundarias.

También, parte de estas críticas descansa en que éstos solamente aparecen como valores y principios, los cuales únicamente pueden ser alegados de acuerdo con la ley que los desarrolle, constituyéndose así como normas de segundo grado que mandan ordenar y que establecen obligaciones de respeto a su contenido por parte de los poderes públicos concernidos, y de los cuales no se puede exigir su garantía y su reconocimiento por los tribunales sino existe ley que los desarrolle.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Martínez Bullé Goyri, Víctor M., “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales” en *Derechos económicos, sociales y culturales*. Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, México, Secretaría de Relaciones Exteriores-Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2005.

¹⁹⁸ Peces Barba, en *Alexy, Robert, et al.*, Óp. cit., nota 196.

Esto ha conllevado a que se nos presenten únicamente como directrices constitucionales, a partir de las cuales el legislador está forzado a señalar el sentido y alcance del principio normativo, por lo que se hace evidente que no se conciben como auténticos derechos dado que su eficacia depende de decisiones políticas eventuales.¹⁹⁹ Como sostienen Víctor Abramovich y Christian Courtis, pareciera que sólo puede hablarse de “derechos” cuando la prescripción normativa impone obligaciones negativas o abstenciones, mientras que el intento de fundar derechos a partir de obligaciones positivas sería conceptualmente imposible o inviable.²⁰⁰

Esta ausencia conceptual ha servido para postergar la justiciabilidad de los DESC. En términos más precisos, se puede decir que los DESC son regulados constitucionalmente como mandatos de optimización, toda vez que los mismos postulan la necesidad de alcanzar ciertos fines, dejando de manera abierta las vías para lograrlos.²⁰¹ Los DESC, están articulados en un lenguaje abierto que permite diversas formas de interpretación y consecuente desarrollo, lo cual no es óbice para declarar su exigibilidad, puesto que estas directrices conllevan una indicación de perfeccionamiento en una norma reglamentaria y en consecuencia resultan vinculantes a los demás poderes públicos, debiendo respetarlos, protegerlos y satisfacerlos, a través de los mecanismos a que tenga bien disponer el Estado.

Mientras el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece un *deber ser*, como corresponde a una norma jurídica, y del cual se desprenden obligaciones específicas para los estados, el de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece un *deberá ser*: algo que algún día podrá ser exigible, pero que de momento no lo es, ni de ello pueden desprenderse obligaciones para los Estados. Bajo esta concepción, los DESC quedan así en un “catálogo de buenas intenciones sin obligatoriedad jurídica”.²⁰²

El problema de las especificaciones respecto a los contenidos de los derechos sociales aún persiste. Por ejemplo, no especifica si ese derecho incluye el derecho al acceso a abortos, lo relativo al acceso a medicamentos, terapia y tratamiento, ya sea en salud mental o enfermedades crónico degenerativas, en el acondicionamiento de establecimientos para la prestación de servicios de este

¹⁹⁹ Roldán Xopa, José en *Sociología del derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Volumen II, Regulación, cultura jurídica, multiculturalismo, pluralismo jurídico y derechos humanos*, José Antonio Caballero Juárez et al (coord.), UNAM-IJ, México, 2010.

²⁰⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Cristian, Óp. cit., nota 138.

²⁰¹ Carbonell, Miguel, Los derechos fundamentales en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie doctrina jurídica, número 185, UNAM-CNDH, México, 2003, haciendo referencia a lo expuesto en la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy.

²⁰² Martínez Bullé Goyri, Víctor M., Óp. cit. nota 197.

rubro, la responsabilidad derivada de la mala praxis médica y las obligaciones del Estado para garantizar este tipo de servicios de salud, por mencionar algunos.

Esta vaguedad en el derecho a la atención de la salud crea algunas dificultades para su implementación, es decir, para garantizar que las personas disfruten de este derecho. Esta problemática tiene repercusiones tanto en la exigibilidad como en la justiciabilidad de los derechos sociales, aún y cuando no depende únicamente de un modelo constitucional específico o de su diseño.

En el mismo sentido, se sigue cuestionando a esta clase de derechos que son demasiado vagos para la ejecución judicial y que no son justiciables porque imponen al Estado obligaciones positivas en lugar de obligaciones negativas, adicional a que la doctrina constitucional de la separación de poderes prohíbe a los tribunales de justicia ordenar al legislador sobre la destinación de los fondos del erario público.²⁰³

Así las cosas, los DESC requieren de manera necesaria su instrumentación legislativa en el derecho interno, de manera que se construyan y delimiten adecuadamente los derechos, como derechos subjetivos, de manera que se establezca con claridad una prestación exigible al Estado. Sin embargo, en la mayoría de los casos, en especial en los países en vías de desarrollo, las constituciones se limitan a incluir las redacciones de los instrumentos internacionales en el catálogo de derechos, o algunas similares, sin dotarlos de contenido específico, por lo que continúa sin generarse obligatoriedad jurídica para los estados.²⁰⁴

Dicha protección indirecta puede realizarse mediante pronunciamientos judiciales, incorporando el derecho a la salud en otros derechos humanos, garantizados explícitamente a nivel nacional. En algunos países, donde la Constitución no prevé específicamente el derecho a la salud, las cuestiones elementales de atención de la salud puede deducirse de una disposición de derechos humanos más genérica.²⁰⁵

Por lo que al no concretar este núcleo debido a su complejidad es dejar indefinida la exigencia concreta al Estado sobre ese mínimo de servicios irrenunciables; pero definirlo de manera restrictiva o hacerlo desde el afán de la

²⁰³ Melo, Gabriel S. Galán. *"La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Evolución de su aplicación en la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*. *Juris Tantum*, 2019.

²⁰⁴ Martínez Bullé Goyri, Víctor M., Óp. cit. nota 197.

²⁰⁵ Riedel, Eibe. Óp. cit., nota 166.

viabilidad financiera puede dar como resultado final, paradójicamente, una renuncia a servicios, con lo que se vulneraría, precisamente, la protección deseada.²⁰⁶

La piedra de toque cuando se habla de los DESC son los mecanismos de su exigibilidad, en tanto que su finalidad persigue la realización teleológica de los valores de la norma, toda vez que los mismos deben de acompañarse de diversas formas de realización o de exigibilidad para merecer esta denominación, imperativo del cual no se puede huir, so pena de verlos reducidos a meras normas programáticas.²⁰⁷

En lo que refiere a la exigibilidad del derecho a la salud, estas críticas surgen respecto a la eficacia de esta inserción constitucional al párrafo cuarto, hace más de 35 años, particularmente las relativas al hecho de que este derecho sólo constituye simples directivas de acción gubernamental, carentes, en consecuencia, de inmediata realización, que son utópicos y dada su redacción y su naturaleza no poseen este carácter vinculante para los poderes públicos, adicional al costo que representan y el desarrollo ulterior que entrañan, se torna muy difícil su realización.

Bajo este argumento, en la exposición de motivos de la creación de la *Ley General de Salud*, Miguel de la Madrid sostenía que si bien esta garantía social enriquecería el contenido programático de la Constitución de Querétaro, también sabía que ello no implicaba que el derecho a la protección de la salud fuera de cumplimiento automático, aunque eso tampoco niega que su efectividad fuera un propósito ingenuo y por ello inalcanzable.²⁰⁸

En el mismo entendido, tanto Soberón como Ruiz Massieu²⁰⁹ se pronunciaban en ese tiempo sobre la imposibilidad del cumplimiento automático del derecho a la protección de la salud, evidenciando ambos en su momento, la necesidad de adquirir un rol activo por parte del Estado, el cual tendría que traducirse forzosamente en el establecimiento de las condiciones mínimas para que este derecho humano gozara de efectividad. Moctezuma Barragán, por su parte señalaba que estas disposiciones directivas y programáticas a las que pertenece el derecho a la protección de la salud, no se perfeccionan de manera automática,

²⁰⁶ Currea Lugo, Víctor, Óp. cit., nota 22.

²⁰⁷ Benvenuto Lima Jr, Jayme, citado por Ana G. Barros B., "El derecho humano a la educación en América Latina: entre avances y desafíos" en Ely Yamin, Alicia, Óp. Cit., nota 110.

²⁰⁸ Exposición de motivos de la Ley General de Salud, 1983.

²⁰⁹ Al respecto véase la comparecencia de Guillermo Soberón en el Senado de la República en diciembre de 1983 y Ruiz Massieu, José Francisco, *Nuevo Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 1983.

requiriendo de manera forzosa del esfuerzo del Estado, en la medida en que ponga las condiciones suficientes y necesarias para su progresividad.²¹⁰

Atria alude, en este mismo punto, que los derechos sociales no pueden ser concebidos como derechos subjetivos, pues escapan a la forma de protección judicialmente exigible que es propia de los derechos civiles y políticos y no pueden ser completamente exigibles porque en una medida importante ellos dependen de sistemas que el juez no puede crear, por el tipo de cargo que ocupa, que se traducen en sistemas cuyas actividades de dirección de la economía, van desde la planeación y la previsión del presupuesto hasta su ejecución.²¹¹

Por ende, se ha señalado que esta clase de derechos han sido objeto de un tibio reconocimiento por parte tanto de la doctrina como de la legislación, arrojando una sombra de duda sobre la capacidad de satisfacer los ideales que subyacen en ellos,²¹² es más, se ha llegado al grado de señalar que en una Constitución clásica, que solamente instituye el poder público e introduce las garantías individuales, no hay cabida para los derechos sociales programáticos.²¹³

Desde otra perspectiva, se asegura que los derechos humanos económicos, sociales y culturales serían exigibles sólo mediante la definición de las políticas públicas correspondientes (económicas y sociales) y no por medio de mecanismos legales y judiciales de exigibilidad; esta es la distinción entre las posibilidades de exigibilidad de los derechos humanos.²¹⁴

Estos reparos concernientes a la justiciabilidad de los DESC en los últimos años han venido sosteniéndose con enorme asiduidad, señalándose la mayoría de las veces los alcances negativos que la judicialización de los mismos entrañan, considerándolos como “derechos prohibidos” para la jurisdicción constitucional.²¹⁵ Por lo que considerar a un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si —al menos en alguna medida— el titular o acreedor está en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia

²¹⁰ Ídem

²¹¹ Atria, Fernando, et al. ¿Existen derechos sociales? Estudios Nueva Economía, 2014, vol. 3, no 1.

²¹² Alexy, Robert, en *Alexy, Robert, et al. Óp. cit.*, nota 196.

²¹³ Ruiz Massieu, José Francisco, Cuestiones de Derecho Político (México y España), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, estudios doctrinales, número 144, UNAM, México, 1993.

²¹⁴ Piovesan, Flavia. Óp. cit., nota 1

²¹⁵ Ruiz Massieu, José Francisco, Óp. cit., nota 209.

que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye el objeto de su derecho.²¹⁶

No es suficiente cuando de la lectura a la forma en cómo la Constitución incorpora los DESC, se aprecia que el ordenamiento máximo se limita a organizar o distribuir competencias entre los órganos de gobierno de los distintos niveles, puesto que no involucra desarrollar ni dotar de contenido a los derechos, por lo que no se crean las obligaciones jurídicas para el Estado y no resulta posible su exigibilidad.²¹⁷

Así, los DESC se manifiestan como derechos no justiciables. Muchos de los autores que niegan esta categoría a los mismos han objetado la posibilidad de que se puedan desarrollar mecanismos jurídicos que garantizaran su cumplimiento mientras estos carezcan de juridicidad.²¹⁸ Por lo que es evidente que, sin contenidos específicos, sin exigibilidad y sin obligatoriedad jurídica, los DESC no pueden ser justiciables.²¹⁹

Otros más resaltan la importancia de la definición de contenido en cuanto a que esta especificación hace posible que los mismos puedan ser exigibles ante los tribunales de justicia.²²⁰

En suma, la falta de justiciabilidad es una característica de los derechos sociales, la cual sólo alcanzarían en la medida en que el legislador hubiera establecido acciones concretas en su protección.²²¹ Bajo este tenor, los mismos necesariamente fundan su aplicación en la configuración legislativa, lo que ha llevado a nombrarlos despectivamente como derechos de “segunda” y que es inevitable un ulterior desarrollo institucional y que precisamente resulta más intenso y más “real” en cuanto menos depende de esta configuración legislativa posterior.

A simple vista, pudiera denotarse que esta inserción constitucional no es suficiente por sí misma para la concreción de dichas prestaciones, toda vez que las mismas dependen en gran medida de las condiciones económico-sociales, y al no contar con ellas, estas disposiciones programáticas se convertirían en una

²¹⁶ Abramovich, Víctor, Courtis, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. *La protección judicial de los derechos sociales*, vol. 3, 2003.

²¹⁷ Martínez Bullé Goyri, Víctor M., Óp. cit., nota 197.

²¹⁸ Véanse al respecto Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2004 y Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.

²¹⁹ Martínez Bullé Goyri, Víctor M., Óp. cit., nota 197.

²²⁰ Al respecto véanse los textos citados de Liborio Hierro, de Alexy, Pisarello y Bustos.

²²¹ Hierro, Liborio en *Alexy, Robert, et al.* Óp. cit., nota 196.

declaración meramente formal.²²² Empero, al insertar todas estas obligaciones en el texto constitucional, estaríamos deformando la idea de que la misma sólo establece los principios básicos, esto es, el contenido mínimo esencial que más tarde desarrollarán las legislaciones secundarias, toda vez que éste es el papel de la mismas, en el caso específico del derecho a la salud, la Constitución es clara al establecer las bases y modalidades del ejercicio de este derecho humano.

Ante el incumplimiento general y absoluto de toda obligación positiva por parte del Estado, resulta sumamente difícil promover su cumplimiento directo a través de la actuación judicial. Cabe otorgar razón a algunas de las tradicionales objeciones efectuadas en esta materia: el Poder Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública; el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general; la discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia la personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio; el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una supuesta sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados; o bien para dictar la reglamentación omitida, la sustitución de medidas generales por decisiones *ad hoc* efectuadas por el juez en el caso particular pueden resultar también fuente de desigualdades indeseables, etcétera.

Se ha aludido incluso que existen dificultades de técnica jurídica para garantizar los derechos sociales, cuando el problema real es que no existe voluntad política para hacerlos efectivos, utilizándose razones de supuestas carencias técnicas como pretexto y esto no obedece a ningún motivo técnico, sino más bien a la voluntad constituyente.²²³ Inclusive se presume de un Estado democrático, como lo es México, la provisión de los medios necesarios constitucionales para respetar, proteger y satisfacer los derechos humanos en su plenitud, con todas las implicaciones que conlleva esta palabra, consistiendo estos mecanismos de salvaguarda ya sea en medidas legislativas, administrativas o judiciales.

Esta crítica acerca de aquellos que insisten en la justiciabilidad de los derechos sociales no suelen tener como objetivo eludir la dimensión política —y emancipatoria— de los derechos sociales y/o su democratización, pero quizá el objetivo de acentuar el carácter de derechos fundamentales de los derechos sociales y su exigibilidad judicial puede distorsionar algunos de sus elementos

²²²Moctezuma Barragán, Gonzalo, *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*, 2ª ed., México, UNAM, 2000.

²²³ Bustos, R. "Derechos sociales: desmontando prejuicios". *Los derechos humanos en los umbrales del siglo XXI*, 2012.

estructurales cuya comprensión es básica para asegurar su control y también para hacer factible su plena eficacia como derechos emancipatorios.²²⁴

En otras palabras, la inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para la tutela de los derechos sociales. Lo anterior debido a que las acciones judiciales tipificadas en el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles, de ahí que no sean garantías propias para la protección de los derechos sociales. El reconocimiento de la inexistencia de instrumentos procesales adecuados para remediar la violación de derechos sociales no conlleva a asumir ello como algo dado, sino más bien como susceptible de ser modificado. De ahí la necesidad de crear y desarrollar instrumentos procesales idóneos para llevar a cabo estos reclamos.²²⁵

En principio, se objeta que este mecanismo de protección judicial atiende a casos particulares y no generales; el tipo de personas que sufren carencias y violaciones a sus derechos en este ámbito, generalmente, por origen socioeconómico y nivel de desarrollo cultural, no suelen acudir al Poder Judicial para plantear este tipo de reclamos; asimismo, el acceso a tribunales y la contratación de abogados requiere, por lo general, un desembolso de recursos económicos de los que la gente carece.

De igual forma, debe considerarse que los asuntos de carácter jurisdiccional tienen que seguir un procedimiento que generalmente es dilatado, por lo que, aunque la resolución sea favorable para los demandantes, normalmente la necesidad que es contenido del derecho es una necesidad perentoria. Finalmente, la labor de los tribunales debe ser en el sentido de construir los derechos, dotarlos de contenido y contribuir a la aplicabilidad inmediata de la Constitución.²²⁶

Este marginal reconocimiento a los DESC parte de su poca consideración en los ordenamientos jurídicos nacionales, ha devenido en una supuesta incapacidad natural de ser reclamados judicialmente, conduciendo a su menoscabo al etiquetárseles como derechos de segunda. Esto se ha asociado a la imposibilidad de que los derechos sociales sean justiciables porque se trata de prerrogativas que no cuentan con técnicas para ser exigidos ante un tribunal en casos de violación por parte del Estado o de particulares.²²⁷

²²⁴ Manuel Beneitez, María José Bernuz, and Manuel Calvo García, Óp. cit., nota 95.

²²⁵ Abramovich, Víctor, Christian Courtis, Óp. cit., nota 138.

²²⁶ Martínez Bullé Goyri, Víctor M., Óp. cit., nota 197.

²²⁷ Pisarello, Gerardo. Óp. cit., nota 98.

Ferrajoli al respecto afirma que “la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar”.²²⁸ En este sentido, la ausencia de garantías jurisdiccionales entraña el incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte de los operadores jurídicos, del mandato implícito de actuación contenido en dicha norma.

Otro de los argumentos que se ha señalado para negar la justiciabilidad de los derechos sociales es el criterio restrictivo del Poder Judicial para evaluar cuestiones políticas y técnicas. De acuerdo con éste, cuando la reparación de una violación de un derecho social demanda una acción positiva del Estado que requiere recursos presupuestarios, que afecta el diseño o la ejecución de políticas públicas o implica tomar una decisión acerca de qué grupos o sectores sociales deben ser atendidos prioritariamente por el Estado, suele decirse que tales cuestiones son competencia de órganos políticos y que los Tribunales no se encuentran capacitados para decidir sobre ello.²²⁹

El argumento central es que no le corresponde al Poder Judicial controlar los criterios de conveniencia y oportunidad de la Administración para atender la demanda de la población en el área de salud, bajo justificación del principio de separación de poderes, particularmente ejemplar está la consideración técnico-presupuestaria.²³⁰

No basta con que la norma exista formalmente y pueda ser exigida, sino que con el objetivo de que cumpla las funciones para las cuales fue creado el Derecho, es necesario que las normas puedan ser real o materialmente aplicadas, que existan las situaciones para las cuales fueron creadas; que sus mandatos, aun cuando no se cumplan voluntariamente, sí sean exigidos por los aparatos especiales con que cuenta el Estado; que se ofrezcan las garantías para la realización de las prescripciones y de los derechos reconocidos, en síntesis que sean eficaces”.²³¹

De ahí que el progreso de un ordenamiento constitucional consiste no tanto en la proliferación o creación de nuevas y más profusas normas constitucionales, sino en el desarrollo de garantías eficaces, contando con mecanismos suficientes que sean capaces de tutelar los derechos constitucionales y de hacerlos realidad.

²²⁸ Ferrajoli, Luigi, *El Derecho como Sistema de garantías*, Jueces para la democracia, No. 16–17, 1992.

²²⁹ Cervantes Alcayde, Magdalena, *Óp. Cit.*, nota 19.

²³⁰ Piovesan, Flavia. *Óp. cit.*, nota 1

²³¹ Nelson, William M., *La Justificación de la Democracia, citado en Habermas, Jürgen, Validez, eficacia y legitimidad de la norma jurídica: ¿Qué la hace exigible?* Revista Barco de papel II etapa III, diciembre, 2005.

Como decía Cervantes Saavedra “no se necesitan muchas leyes sino pocas y efectivas.”²³²

La supuesta no justiciabilidad de los DESC se ha pretendido sostener bajo el argumento de que la realización de estos derechos depende, sobre todo, de las políticas públicas encomendadas al Poder Ejecutivo y de la asignación de recursos que corresponde al Poder Legislativo, de manera que la acción judicial resultaría ineficaz para generar por ella misma los cambios necesarios para garantizar los derechos. Entre los ejemplos que se suelen citar están: la imposibilidad de que una persona sin hogar pueda acudir a un Juzgado para que éste le ordene a los otros poderes a construirle una casa, o que una persona pretenda que un Juzgado le otorgue un trabajo cuando se encuentra desempleada.²³³

No puede dejar de señalarse otro obstáculo de índole cultural para la justiciabilidad de los derechos sociales: la escasa tradición de exigencia de estos derechos a través de mecanismos judiciales, tanto en los propios titulares de los derechos como en los abogados. Pero que, en la actualidad, cada vez es más común, muestra de ello es el acceso a la vacuna como parte del derecho a la salud.

2.2 CRÍTICAS EN TORNO AL DERECHO A LA SALUD

Hace ya más de 70 años, en un escenario de posguerra, y dadas las condiciones imperantes a nivel global, se crea la Organización Mundial de la Salud (OMS), como parte del nuevo escenario de los derechos humanos que dos años más tarde, en 1948, emitiría la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual iba a proclamar que en el artículo 25° que 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,²³⁴ siendo este enunciado una definición más precisa de lo que señaló la OMS, como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.²³⁵

No obstante, esta definición, Saracci señala que la misma necesita reconsiderarse, puesto que parece que la misma trabaja en contra de su efectivo funcionamiento. Cuando la OMS estableció hace cerca de tres cuartos de siglo el

²³² Cervantes Saavedra, Miguel, citado por José Luis Siqueiros, *Don Quijote y la Justicia* en Revista de la Facultad de Derecho de México, No. 142-143-144, Julio-diciembre 1985.

²³³ Sandoval, Arely, and Carlos De la Torre, Los derechos económicos, sociales y culturales, exigibles y justiciables, 2010.

²³⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948.

²³⁵ OMS. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Organización Mundial de la Salud, 1972.

texto en su Constitución, dicha concepción tenía un mérito que perduraba mucho más allá de las circunstancias de origen: dejaba explícito que la enfermedad y la dolencia, no obstante, cuando se aíslan de la experiencia subjetiva, son inadecuadas para calificar la salud. Si bien, en su oportunidad ampliar la salud a la dimensión psicológica y social fue un avance importante, se hizo desde el punto de vista conceptual, aunque no tenía ni tiene un valor operativo directo, al ser un concepto fijo que no es de mucha utilidad.²³⁶

Precisamente, es en el nivel conceptual, donde radican los problemas más serios, que menoscaban su papel rector, en el conflicto entre necesidades y recursos de salud. De hecho, alude este autor que “un estado de completo bienestar físico, mental y social corresponde mucho más a la felicidad que a la salud. Estas dos palabras designan distintas experiencias de vida. La salud y la felicidad no solo son experiencias distintas, sino que su relación no es fija ni constante. Es probable que tener una enfermedad grave le haga menos feliz, pero no tener una enfermedad grave no equivale a la felicidad, parece imposible construir un argumento de que la felicidad (aunque no sus precondiciones materiales y sociales) es un derecho positivo simplemente porque la felicidad no puede ser entregada o impuesta a una persona por ninguna acción social. La felicidad es estrictamente subjetiva como logro y apreciación.”²³⁷

Es por ello, que, para avanzar en exigibilidad, se debe eliminar la ambigüedad entre salud y felicidad y enfatizar la salud como un derecho humano básico, en aras de proporcionar un criterio de referencia contra el cual evaluar hasta qué punto los programas de salud incorporan acciones que sean medibles, indicadores reales sobre situaciones concretas y no algo meramente subjetivo.

Sade, al respecto, cuestiona si existe un derecho a la protección de la salud, en un sentido específico y limitado en el que la salud puede considerarse un derecho, esto es, ningún hombre puede dañar la salud de otro, bajo la sanción de la misma fuerza moral que protege el derecho a la vida, y en caso contrario invertir la lógica de los derechos y afirmar que la sociedad tiene la obligación de brindar salud a sus ciudadanos no solo es lógicamente absurdo y moralmente indefendible, sino que también es médicamente imposible. La asistencia sanitaria no se puede conceder moralmente a nadie. Es un servicio que debe tratarse como cualquier otro servicio: debe ser comprado por quienes deseen comprarlo, o entregado como regalo a los enfermos por los únicos seres humanos competentes para dar ese

²³⁶ Saracci, R. "The World Health Organization Needs to Reconsider Its Definition of Health." *BMJ (Clinical research ed.)* 314.7091, 1997.

²³⁷ Ídem.

obsequio, los propios profesionales de la salud. No existe la atención médica gratuita, la atención médica se puede comprar, lo que significa que alguien tiene que pagarla, individual o colectivamente, por lo que la salud se configura como un tema de mercado y no como un derecho.²³⁸

Maurice Cranston sostiene que los derechos civiles y políticos se pueden implementar muy fácilmente, a través de una simple legislación: pero los derechos sociales y económicos, como es la salud, no pueden, dado que los primeros son en su mayor parte derechos contra la interferencia del gobierno en las actividades de un hombre, una gran parte de la legislación necesaria no tiene más que restringir el propio brazo ejecutivo del gobierno, en lo que respecta al derecho a la asistencia sanitaria, aduce que son meras metas y no cuestiones de urgencia moral, por lo que, por definición, no son derechos humanos universales. Esto lo hace a partir de la distinción entre deber y caridad. En su opinión, nadie puede estar moralmente obligado a proporcionar caridad, pero debido a que los DESC son realmente una caridad para los más desfavorecidos, nadie puede estar obligado a defenderlos y, por lo tanto, en realidad no son derechos en absoluto. También alude a que no hay un titular de obligaciones fácilmente identificable que sea responsable de defender los derechos sociales y económicos y, por lo tanto, estos no son realmente derechos en absoluto.²³⁹

Ozar, al respecto se pregunta ¿quién está llamado a dar? ¿De quién es el deber? Esto derivado de lo que el Pacto de Derechos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas afirma de que "toda persona tiene derecho al más alto nivel posible de salud, aún y cuando el concepto no nos dice, a manera de ejemplo, si quienes padecen enfermedad renal tienen derecho a diálisis financiada con fondos públicos, o si todos los niños tienen derecho a algún conjunto de inmunizaciones²⁴⁰ o podemos cuestionarnos si se tiene derecho a recibir los medicamentos necesarios para su tratamiento en el caso de enfermedades terminales o raras que exigen mayor seguimiento o si vamos más allá a que se garanticen los determinantes básicos de la salud.

Esta indeterminación sobre el contenido del derecho a la atención de la salud indica que el concepto de atención básica de la salud no está lo suficientemente

²³⁸ Sade, Robert. "Is health care a right? negative response, *Image* 7.1, 1974.

²³⁹ Cranston, Maurice. "Human Rights, Real and Supposed", 2002.

²⁴⁰ Ozar, David T., Justice and a universal right to basic health care, *Social Science & Medicine. Part F: Medical and Social Ethics*, 15.4, 1981.

bien definido como para especificar el contenido del derecho humano a la atención de la salud.

La comprensión estricta de un “derecho a la salud” o un “derecho al más alto nivel posible de salud” implica, de manera bastante absurda, que todos tienen la garantía de una salud perfecta, que no puede formularse objetivamente. En el nivel más básico, es literalmente imposible para la sociedad garantizar la buena salud a sus miembros. La enfermedad, el deterioro físico y la muerte siguen siendo intrínsecos a la condición humana, y existe una pequeña posibilidad de un cambio dramático a corto plazo en esa dirección.²⁴¹ Dentro de esta visión, es evidente que no es posible garantizar a nadie ni la salud perfecta, ni la observancia del derecho a la salud como tal. Por consiguiente, lo más correcto es definir de una vez por todas los parámetros de manera clara de lo que comprende el derecho a la salud, ya sea en atención médica, en salud pública y que comporta la misma, así como en sus determinantes básicos.

Como parte de estas objeciones, se aduce que el derecho a la protección a la salud tal y como está consignado en nuestra Ley Suprema resulta ser tautológico, toda vez que encierra una obligación dentro del propio derecho, lo cual resulta absurdo si se llega a señalar que todas las autoridades tienen la obligación de proteger “la protección de la salud”. Aunado a que la propuesta de limitar el derecho a la protección de la salud a un derecho a la asistencia sanitaria presenta diversos inconvenientes, puesto que hablar de “derecho a la asistencia sanitaria” como un derecho que agota el “derecho a la protección de la salud” propone implícitamente un concepto de salud, un concepto de salud que, además —sin más matices— podría ser restrictivo, en la medida en que asemeja “salud” a “ausencia de enfermedad”.

Así las cosas, este concepto está descontextualizado porque identifica protección de la salud con asistencia sanitaria y con ello desconoce otros elementos fundamentales de las estrategias sanitarias, como es la salud preventiva o incluso la salud pública, y por demás desconoce la conexión directa de la protección de la salud con otras instituciones y bienes que no se reducen al ámbito del sistema de asistencia sanitaria, como es el medio ambiente no contaminado, calidad de la vivienda.²⁴² El concepto subjetivista de salud también influye en la política sanitaria.

²⁴¹ Goodman, Timothy, Is there a right to health?, *The Journal of medicine and philosophy*, 30.6, 2005.

²⁴² Lema Añón, Carlos, El derecho a la salud: Concepto y Fundamento, Papeles el tiempo de los derechos, 2010.

El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos da la impresión de que el documento debe leerse más como un modelo para acciones futuras y declaraciones de derechos, que como una afirmación de derechos que las personas en sus países de origen poseen ahora. El documento de la ONU ha resultado difícil de interpretar debido a sus orígenes en la retórica política y el compromiso. Incluye derechos tomados de declaraciones de independencia clásicas occidentales, al tiempo que también incluye derechos a diversos bienes y servicios que fueron adaptados de declaraciones de estados socialistas sobre estándares mínimos de vida. Aun así, este documento es históricamente significativo porque, quizás más que cualquier otra fuente única, amplía el alcance de los derechos para incluir derechos positivos que deben recibir un amplio conjunto de bienes y servicios.

Son los programas de salud los que afirman el derecho a estar protegido contra riesgos de salud controlables que son causados socialmente, al igual que el control de sustancias tóxicas y contaminación ambiental, regulaciones de seguridad ocupacional y el saneamiento, que quizás son los ejemplos más obvios y frecuentemente citados de medidas de protección no previstas ni provistas por el estado con sustento constitucional.

Beauchamp y Faden sostienen que no existe la obligación estatal de proporcionar bienes y servicios de salud. A lo mucho existe un derecho a la salud (no a la atención médica), en el sentido de un derecho a estar protegido de los riesgos o peligros para la salud que son el resultado de las acciones individuales o colectivas de otros. Proponen un derecho a cierto número de unidades saludables, defienden la obligación del Estado de promulgar y hacer cumplir medidas de protección y prevención cuando las acciones de otros amenacen la salud de las personas y en el supuesto de las acciones de interferencia de otros han comprometido la salud de personas inocentes, la obligación estatal de proporcionar servicios terapéuticos y paliativos. Por último, emiten propuestas de carácter programático que se basan en un supuesto empírico discutible: a saber, que la clase de riesgos para la salud que son causados socialmente o causados por otros está claramente demarcada o al menos tiene un alcance restringido sin ambigüedades. Desafortunadamente, la clase de enfermedades causadas socialmente está lejos de estar claramente definida y acordada.²⁴³

²⁴³ Beauchamp, Tom L., and Ruth R. Faden, The right to health and the right to health care, *The journal of medicine and philosophy*, 4.2, 1979.

Cada vez se hace más hincapié, no en los factores biológicos de la etiología de la enfermedad, sino más bien en las bases sociales de la enfermedad y la mala salud. Beauchamp interpreta que prácticamente todas las enfermedades principales son en gran parte causadas socialmente más que individualmente; dos de sus ejemplos polémicos y favoritos son el alcoholismo y las enfermedades causadas por el tabaquismo. Por lo cual, si la mala salud tiene sus raíces en causas socialmente inducidas, entonces un programa nacional de salud basado en el derecho a la salud obligaría al Estado a proporcionar bienes y servicios preventivos y curativos para todo tipo de enfermedades controlables y tratables. No obstante, desde esta perspectiva, quizás las únicas enfermedades contra las que no podemos reclamar el derecho a estar protegidos son las que se dispersan mediante la clase de enfermedades y trastornos causados puramente de forma natural.²⁴⁴

Hay más problemas en estos supuestos empíricos sobre el alcance de las enfermedades y problemas de salud que son causados socialmente, sin una aparente justificación, excluiría la obligación de controlar, prevenir o tratar ciertas condiciones naturales que de otra manera nos sentiríamos obligados a brindar beneficios estatales. Estos problemas incluirían condiciones que, desde una perspectiva epidemiológica, no son problemas de salud pública intrascendentes. Para justificar la provisión de servicios apoyados por el estado para cualquiera de las condiciones anteriores, tendríamos que mirar más allá de las reclamaciones de derechos, por ejemplo, la caridad u otras razones humanitarias. En este entendido, no puede existir el derecho al tratamiento, en realidad significa pretensión.²⁴⁵

Así las cosas, el tratamiento que nuestro país le ha otorgado al derecho a la salud, dista mucho del ideal planteado hace más de 50 años por la Organización Mundial de la Salud, al definirlo como el completo estado de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad.

Sin embargo, la definición adoptada en la tercera reforma constitucional al artículo 4º, se limitó a señalar un enunciado abstracto al respecto, disponiendo que “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,

²⁴⁴ Ídem.

²⁴⁵ Ídem.

conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73° de esta Constitución.”²⁴⁶ Como se ve, este enunciado está lejos de la definición adoptada a nivel internacional, inclusive de la definición explorada en diversos instrumentos internacionales previos.²⁴⁷

Dada la responsabilidad contraída a nivel internacional en el cuidado de la salud de sus habitantes, por medio de la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas, con esta inclusión constitucional del derecho a la salud era imperativo emitir la Ley reglamentaria. Fue hasta 1983 que, para dar progresiva efectividad al derecho de la protección de la salud, nuestro país remitió la iniciativa de Ley General de Salud, a fin de contar con los elementos legales básicos que establecieran la responsabilidad de los poderes públicos de adoptar las medidas indispensables para avanzar con celeridad en su proceso de cumplimiento.²⁴⁸

El nuevo párrafo tercero —hoy cuarto— del artículo 4º constitucional, se convirtió en la médula del programa de salud del Estado mexicano, configurándose como un acicate para la acción pública en materia sanitaria y es, en suma, un precepto al que en su oportunidad se debieron acomodar las grandes decisiones adoptadas por los poderes públicos en cuanto a la asignación de recursos.²⁴⁹

Los reportes más recientes elaborados por la ONU y la PAHO sobre el estado de salud de los mexicanos dan cuenta del profundo problema en términos de enfermedades crónicas y del acceso a la atención médica, al igual que ciertas

²⁴⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 11 de marzo de 2021, consulta el 25 de abril de 2021 a las 23:00 horas en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_110321.pdf

²⁴⁷ Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que dota de contenido a este derecho en los términos siguientes:

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, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad 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. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

²⁴⁸ Exposición de motivos de la expedición de la Ley general de Salud, consulta el 25 de abril de 2021 a las 23:00 horas en:

https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=yfVZCh0lzyksx2HB_ZO2TH70XkPhVZpYWaGAb7llxuiP/uamn3pnMofvdCFm9OsZaNKZC4YviJbBvArN1UnAMVA==

²⁴⁹ Ruiz-Massieu, José Francisco, El contenido programático de la Constitución y el nuevo Derecho a la Protección de la Salud, Salud Pública de México, Vol. 25, No. 4, 1983.

carencias en la prestación de los servicios de salud, lo que ha devenido en un crecimiento de la actividad judicial para satisfacer estas demandas.²⁵⁰

Durante muchos años, y dada la ausencia específica del contenido de este derecho, los beneficiarios del mismo estaban a expensas de las determinaciones del Poder Ejecutivo en sus distintos programas de acción, cuyo propósito básico consistía en elevar el nivel de salud de la población, procurando tender a la plena cobertura de los servicios de salud (preferentemente en el primer nivel de atención) y el mejoramiento de la calidad básica de éstos, así como a través de la protección social de los grupos vulnerables, a través de cuatro partes fundamentales: 1) diagnóstico general; 2) objetivos, metas y estrategias generales; 3) programas de acción (lineamientos programáticos) y por último, 4) proyectos, estrategias y vertientes de instrumentación.²⁵¹

Estas falacias a veces se centran en distinciones como la presunta naturaleza positiva frente a la naturaleza negativa de los derechos; la presunta gratuidad de los derechos civiles y políticos frente a los cuantiosos recursos que invariablemente requieren los DESC; la posibilidad de aplicar inmediatamente los derechos civiles y políticos y el carácter puramente progresivo de los segundos; o el debate sobre el carácter justiciable de los derechos civiles y políticos frente al no justiciable de los otros.²⁵²

Es mediante las políticas públicas que promueva el Ejecutivo, entendiéndolas como el proceso integrador de decisiones, acciones, inacciones, acuerdos e instrumentos, adelantado por autoridades públicas con la participación eventual de los particulares, y encaminado a solucionar o prevenir una situación definida como problemática²⁵³ que en su contenido deben de estar los criterios reguladores que rijan el actuar del poder judicial y sus fundamentos deber ser el eje rector de las leyes que emita el poder legislativo.

²⁵⁰ Véanse los informes de los relatores especiales sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de Paul Hunt y de Anand Grover, en los que se da cuenta de distintas problemáticas a las que se enfrenta en su satisfacción este derecho. Véase <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>, <https://www.who.int/nmh/events/2014/rapporteur.pdf> y <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/076/04/PDF/G1707604.pdf?OpenElement>

²⁵¹ Programa Nacional de Salud 1984-1988 publicado en el Diario Oficial el 23 de agosto de 1984.

²⁵² ONU. Los DESC Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos, Serie de Capacitación Profesional n.º 12, Nueva York y Ginebra, 2004, consultado el 29 de abril de 2021 en <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12sp.pdf>

²⁵³ Velásquez, Raúl, *Hacia una nueva definición del concepto "política pública"*, en Revista Desafíos, Bogotá, Colombia, 2009.

Es en este sentido que el Estado ha establecido diversas políticas públicas tendientes a satisfacer el derecho a la salud de todos los individuos en nuestro país, un claro ejemplo de ello, son los denominados servicios de salud, considerados como 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.

Usualmente, las medidas administrativas, en esencia las políticas públicas, son la forma de especificar las modalidades de los derechos, principalmente los DESC, siendo estas directrices la forma de dar concreción a este tipo de derechos.

Lamentablemente, como bien menciona Narro Robles, el derecho a la salud como otros derechos sociales del pueblo mexicano, siguen siendo una noble aspiración que no logra convertirse en realidad para muchos de nuestros conciudadanos, por ende, para dar un paso firme a su plena vigencia, debemos asegurarnos que sean exigibles.²⁵⁴

En opinión de Scheinin, existen razones falsas y verdaderas que contribuyen a frenar el desarrollo de la justiciabilidad de los DESC. Entre las razones falsas señala a las concepciones que atribuyen la no justiciabilidad como disvalor inherente a la naturaleza de esta categoría de derechos, está la vaguedad de los textos normativos en los cuales se formulan los derechos, y la falta de una práctica institucional de interpretación de esos textos, debido principalmente a la ausencia de mecanismos apropiados de implementación.²⁵⁵

Augusto Trindade refrenda esta postura sobre el intenso debate internacional en curso sobre cómo garantizar una protección internacional más eficaz de los DESC, a fin de dotarlo de un sistema de peticiones o comunicaciones o denuncias, y de esa manera reducir las disparidades de procedimientos de implementación entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los DESC por otro. La preocupación básica es en el sentido de garantizar la justiciabilidad o exigibilidad de esta clase de derechos, o por lo menos de algunos de esos derechos.²⁵⁶

Bajo estas premisas, se procederá a esgrimir una defensa en torno a estos dos puntos: 1) la falta de especificidad del contenido del derecho a la salud, y 2) la

²⁵⁴ Narro Robles, José, Óp. cit., nota 192.

²⁵⁵ Abramovich, Víctor, and Laura Pautassi, Óp. cit., nota 175.

²⁵⁶ Trindade, Antonio Augusto Cansado, La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional, Lecciones y ensayos, 1997, no 98.

posibilidad de hacerlo exigible a través de los mecanismos constitucionales predeterminados.²⁵⁷

2.3 LA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD: UNA DEFENSA

Superar las falacias de estas distinciones arbitrarias ha sido una de las principales tareas de los defensores de los DESC en los últimos decenios; una tarea que en muchos aspectos ha quedado en segundo plano por la necesidad de mejorar las medidas para la aplicación y observancia de esos derechos.²⁵⁸ No se puede avanzar en salud si no se contempla en sus mecanismos de protección y el impacto social que deben de tener dichas garantías, las cuales deben tener el firme propósito de ser eficaces en cuanto a la salvaguarda, promoción y realización del derecho a la salud.

Es verdad que no son realizables de manera inmediata y directa, derivada del texto constitucional sino que se hace necesaria una intermediación normativa,²⁵⁹ sin embargo esto no ha acontecido de la manera que deseáramos, puesto que son pocas las reformas de gran calado que han surgido en el seno del ámbito legislativo, teniendo mayor proyección este derecho en las instancias jurisdiccionales. Es ahí a donde se quiere llegar, como el poder judicial se ha colocado como principal protector del derecho a la salud, especificando su contenido y a partir de éste, los alcances y las dimensiones inherentes como subyacentes de esta prerrogativa.

Si bien el derecho a la protección de la salud, es considerado tradicionalmente como un derecho de orden programático y de prestaciones positivas, su evolución en nuestro país, a raíz de su consideración de derecho humano, ha demostrado la manera en que el mismo puede ser exigible en los

²⁵⁷ Al respecto véanse las tesis intituladas “DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. SON JUSTICIABLES ANTE LOS TRIBUNALES, A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO” y “DERECHO A LA SALUD. ALGUNAS FORMAS EN QUE LAS AUTORIDADES DEBEN REPARAR SU VIOLACIÓN” en las que concluye nuestro Poder Judicial que estos derechos deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. Por tanto, la exigibilidad de estos derechos amerita que sean justiciables ante los tribunales, a través del juicio de amparo. Así como lo expuesto en la construcción de la tesis PRINCIPIO PRO ACTIONE. EN SU APLICACIÓN A CASOS EN LOS QUE NO EXISTA CLARIDAD RESPECTO A SI UN ASUNTO ES O NO JUSTICIABLE, DEBERÁ PREFERIRSE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN.

²⁵⁸ ONU. Los DESC Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos, Serie de Capacitación Profesional n.º 12, Nueva York y Ginebra, 2004, consultado el 29 de abril de 2021 en <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12sp.pdf>

²⁵⁹ Véanse los ensayos de Francisco Bastida, de Gregorio Peces Barba y de Liborio Hierro en el libro *A/lexy, Robert, et al. Óp. cit.*, nota 196.

tribunales de manera directa, tanto de manera autónoma como a partir de su conexidad e interdependencia con otros derechos humanos, tal y como lo demuestran diversas sentencias que han configurado la jurisprudencia en este rubro y que han sido punta de lanza para emitir y modificar instrumentos normativos.

Nos enfocaremos en la cuestión de la construcción del contenido del núcleo esencial de este derecho, que como se observará a detalle en el apartado final, son nuestros tribunales quienes llevan la batuta en este tema, y derivado de ello se demostrará cómo es posible la justiciabilidad, más allá de contemplar mecanismos jurisdiccionales para alegar una violación, sino la forma en cómo éstos efectivamente están paliando de fondo estos obstáculos y sobre todo generando precedentes que ayuden a concretizar los diversos rubros que componen el derecho a la salud.

Si bien coincido con Pisarello, en el entendido de que cierto grado de indeterminación o vaguedad en los textos constitucionales o en los tratados internacionales puede incluso ser una exigencia derivada del pluralismo político, ya que una regulación detallada del contenido y de las obligaciones que los derechos entrañan podría cerrar en exceso el espacio de discusión democrática en torno al alcance. En todo caso, la apertura relativa en la formulación de los derechos sociales no equivale a la ininteligibilidad, ni a la indeterminación, más bien supone un límite que debe superarse.²⁶⁰ Efectivamente, que los derechos establecidos en las normas constitucionales no detallen explícitamente su contenido no significa que no sea posible desprender su contenido esencial o mínimo que representa el núcleo del derecho, límite absoluto que no puede ser contradicho o ignorado por la legislación inferior que lo desarrolle.²⁶¹

De hecho, una de las obligaciones del Estado derivadas de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos es la de garantizar los derechos, la cual supone entre otras cosas legislar con la finalidad de elucidar el alcance de los mismos, brindando mayores elementos para su garantía. Así nada impide que se legisle para establecer los criterios o indicadores que delimiten el significado del derecho a la alimentación, a la vivienda, o al más alto nivel posible de salud.

Es importante señalar que los elementos que configuran el contenido mínimo o esencial de un derecho no son rígidos ni pueden determinarse en términos abstractos, varían de derecho en derecho y están condicionados por el contexto en

²⁶⁰ Pisarello, Gerardo. Óp. cit., nota 98.

²⁶¹ Courtis, Christian. "Argentina: Some promising signs". *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law*, 2008.

el que se aplican, admitiendo también una actualización histórica. La frontera entre lo que pueda considerarse esencial y adicional de un derecho, siempre será móvil, histórica y abierta, pero también será una barrera insoslayable que pone límites a la tarea de jueces y legisladores.²⁶²

En el caso en estudio, el derecho a la salud, si bien su contenido no es enunciativo en la carta fundamental, lo cierto es que el mismo se encuentra en tratados internacionales²⁶³ suscritos por nuestro país, como en la Ley General de Salud, así como en las leyes de salud estatales, donde se establecen deberes claros a cargo del Estado y de los profesionales de la salud, como lo son: la prestación de servicios de salud de atención médica, de salud pública y de asistencia social, la protección contra riesgos sanitarios, la provisión de medicamentos, entre otras prestaciones de servicios relacionados con la salud.

Christian Courtis sostiene que cuando mayor es la jerarquía de las normas mayor es su grado de generalidad y ello no obedece a un problema en la redacción de la mismas, sino a que las normas constitucionales son breves, se caracterizan por un lenguaje general y poco detallado.²⁶⁴ Ello obliga a la necesidad de especificar o aclarar en gran medida el contenido de las normas superiores a través de la elaboración de normas inferiores que concreten el contenido de los derechos recogidos en la superior.

Es precisamente gracias a esta complementariedad del texto constitucional con los compromisos internacionales adoptados, que se le dota de contenido al derecho a la salud, a partir de las de las obligaciones de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con ella.

En dichas obligaciones se prevé que los Estados tienen el deber de asegurar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios; las acciones de control sanitario en la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los profesionales de la salud reúnan las condiciones

²⁶² Pisarello, Gerardo. Óp. cit., nota 98.

²⁶³ Una discusión interesante sería el reconocimiento complementario en cuanto al contenido de los DESC previstos en los tratados internacionales, tal y como bien lo señala el artículo 133° de nuestra carta magna “la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”. Lo cual viene a configurar el llamado bloque de constitucionalidad.

²⁶⁴ Courtis, Christian, Óp. Cit., nota 94.

necesarias de educación y experiencia, para brindar los servicios de salud necesarios para atender a la población, tanto en lo individual como en lo colectivo.

La ausencia de contenido, señala Courtis: “no impide reconocer que todos ellos tienen un contenido constitucional mínimo, indisponible y susceptible de algún tipo de tutela jurisdiccional incluso en el caso de inexistencia de desarrollo legal”. La idea de fondo, es que, sin el respeto de ese contenido mínimo esencial, ya sea limitándolo o sobreinterpretándolo, el derecho quedaría desnaturalizado y la dignidad de sus destinatarios menoscabada.²⁶⁵

Para implementar y hacer cumplir el derecho humano a la atención de la salud en el derecho internacional, necesitamos una explicación de cómo debe especificarse. Sin esa explicación, nos amenazan dos consecuencias indeseables: cualquiera de los Estados será libre de reclamar casi cualquier arreglo como un cumplimiento del derecho humano a la atención de la salud, o los organismos internacionales de vigilancia se verán tentados a hacer cumplir una norma única en todos los Estados, independientemente de sus diferencias.²⁶⁶

Por lo cual, es imprescindible crear una nueva definición de este derecho que comprenda todas las dimensiones conlleva:

- a) definir claramente el alcance del derecho, y
- b) hasta cierto punto, definir las medidas para su protección y
- c) permite postular este derecho sin necesidad de optar por un concepto de “salud” que sería de difícil definición.²⁶⁷

Con base en las consideraciones anteriores, este reparo a la ausencia de especificidad respecto del contenido esencial de los DESC puede ser solventado, gracias al bloque de constitucionalidad del que se deriva la imposición de ciertas obligaciones a cargo del Estado, toda vez que, al momento de incorporarse a la Constitución como parte de la ley suprema, dichas normas se convierten en normas objetivas de eficiencia directa e inmediata entre las que se encuentra determinado el contenido esencial del derecho a la salud.

²⁶⁵ Pisarello, Gerardo. Óp. cit., nota 98.

²⁶⁶ Toebes, Brigit. "The right to health and the privatization of national health systems: A case study of the Netherlands". *Health and Human Rights*, 2006.

²⁶⁷ Lema Añón, Carlos, Óp. cit., nota 242.

Asimismo, las formulaciones en cuanto a la imposibilidad de los DESC han sido superadas ampliamente, toda vez que si bien es cierto que los derechos sociales, prestacionales o asistenciales son preceptos estáticos que definen las directivas de acción, que no necesariamente se cumplen de manera inmediata, también es cierto que estos derechos se conciben en su cumplimiento de manera progresiva, dando lugar esta consagración jurídica en normas imperativas programáticas, que en caso de no ejecutarse pueden conllevar responsabilidad.

Esta exigibilidad se da en un conjunto complejo de obligaciones que pueden caracterizar un derecho es sumamente variado. Los DESC se caracterizan justamente por involucrar un espectro amplio de obligaciones estatales. Consecuentemente, es falso que las posibilidades de justiciabilidad de estos derechos sean escasas: cada tipo de obligación ofrece un abanico de acciones posibles, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas formas de control del cumplimiento de obligaciones negativas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas.²⁶⁸

En aras de dar plena efectividad al derecho a la salud es menester revisar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley General de Salud, así como todos los instrumentos internacionales en la materia desde una perspectiva holística que garantice a plenitud el derecho a la salud, realizando las reformas pertinentes que permitan resolver los problemas estructurales del sistema de salud, avanzando decididamente en un esquema integral de salud con cobertura universal y enfatizando los esfuerzos en el fortaleciendo de mecanismos de justiciabilidad de esta prerrogativa trascendental.

La consagración plena del derecho a la salud como un derecho de raigambre constitucional ha tenido lugar indirectamente, a través de la concesión de jerarquía constitucional a una serie de declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos, incorporando expresamente los alcances, mandatos para el Estado, objetivos o metas de política pública en la materia y recaudos específicos referidos a grupos que requieren especial protección de la salud.²⁶⁹

Los derechos sociales, pueden configurarse como reglas (de acción o de fin), principios en sentido estricto o directrices. Está enunciándose una norma con una estructura de directriz que deja abiertas tanto las condiciones de aplicación como la conducta. En principio, nada impide que sean invocados en cualquier instancia jurisdiccional. Las normas prestacionales, vistas como una técnica de protección

²⁶⁸ Piovesan, Flavia. Óp. cit., nota 1

²⁶⁹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. Óp. cit., nota 164.

jurídica, 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 políticos. Lo más característico de los derechos prestacionales es el tipo de obligación que generan.

El derecho a la salud consagrado en el artículo 4º requiere un entramado de normas de organización (secundarias), que a su vez generan obligaciones en distintos sujetos (los patrones, el Estado, los trabajadores, etcétera), cuyo cumplimiento es necesario para satisfacer este derecho.²⁷⁰ El diseño del modelo administrativo, comprende el desarrollo de la infraestructura de gobierno, del ejercicio de las facultades, ya sean concurrentes o exclusivas de la Federación o de las entidades federativas, al igual que las estructuras administrativas en cada uno de los componentes de la salud, ya sea en unidades administrativas, en órganos técnicos desconcentrados o en organismos descentralizados y a partir de ello, el establecimiento de la planeación estratégica.²⁷¹

Es responsabilidad del Estado legislar sobre el desarrollo integral y sustentable del país, tender a la consecución de los fines y objetivos políticos, sociales, culturales y económicos contenidos en la CPEUM, en términos constitucionales, la planeación se sustenta en principios.²⁷²

Por lo cual, no cabe duda que es de gran trascendencia avanzar hacia una progresiva judicialización de los mismos, en cuanto a que abrir vías jurisdiccionales por las cuales se puedan plantear posibles violaciones a los derechos sociales, ya sea por acción u omisión de los poderes públicos como de los poderes privados y por otra parte delimitar un núcleo intangible de estos derechos, cuya tutela debe estar en manos de los Tribunales para garantizar un mínimo vital indispensable del que pueda disfrutar el individuo.

Por lo que refiere al sujeto responsable de garantizar y proteger este derecho recae en el Estado, aunque recientemente nuestro máximo tribunal ha señalado que los derechos fundamentales gozan de vigencia y eficacia jurídica en las relaciones entre particulares, ya sea que provengan de fuente constitucional o internacional, pues la exigibilidad deriva del contenido del derecho y no de la forma en que el mismo se incorpora al sistema jurídico, ya sea a través la celebración de tratados o

²⁷⁰ Cruz Parceró, Juan Antonio, Óp. cit., nota 99.

²⁷¹ Un ejemplo de ello son los Programas de Acción Específicos, al respecto véase <https://www.gob.mx/salud/documentos/programa-de-accion-especificao> consulta el 25 de abril de 2021 a las 23:00 horas

²⁷² Cano Valle, Fernando. Óp. cit., nota 28.

del orden jurídico nacional, ya que en la actualidad los primeros se incorporan a nuestro *corpus iuris*.

Esta interpretación sobre el alcance de la norma jurídica, muestra claramente la progresividad de las determinaciones de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país en el disfrute de los derechos humanos, ya que dan por superada la tesis de que los derechos humanos únicamente se conciben frente al Estado y, por otra parte, que el contenido de los mismos puede verse complementado por el derecho internacional de los derechos humanos.

Además, el derecho humano a la atención de la salud existe dentro de un marco de derechos humanos en general. En consecuencia, la investigación sobre el derecho humano a la atención de la salud debería arrojar luz sobre cómo entender el derecho humano a la atención de la salud dentro de ese marco.

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 regresividad. En razón de estos deberes, los Estados deben asegurar la vigencia de los elementos básicos de estos derechos y adoptar medidas inmediatas para avanzar gradualmente, y en forma progresiva, hacia su realización plena. Son inadmisibles los retrocesos que no estén justificados imperiosamente.²⁷³

En este sentido, al encontrarse la actividad exigible al Estado legislativamente determinada no existirá inconveniente alguno para lograr la exigibilidad y la justiciabilidad, estando predeterminado este contenido de los derechos y en consecuencia su cumplimiento forzoso.

En la Observación General N° 3, se estableció que entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables²⁷⁴ por lo que debe reconocerse que los procesos jurisdiccionales, si bien pueden resultar complejos, éstos a consideración propia resultan ser en la actualidad, el método más idóneo para la defensa y justiciabilidad de los DESC.

La salud y la responsabilidad del gobierno por la salud está codificada en muchos documentos internacionales de varias formas, ya sean declaratorias,

²⁷³ Parra Vera, Oscar. Óp. cit., nota 18.

²⁷⁴ Manuel Beneitez, María José Bernuz, and Manuel Calvo García. Óp. cit., nota 95.

pactos, convenciones, informes, recomendaciones, relatorías, por mencionar algunos de ellos. El derecho al más alto nivel posible de salud aparece de una forma u otra en la mayoría de ellos. Aún más importante, se puede entender que casi todos los artículos de todos los documentos tienen implicaciones claras para la salud. Si bien los derechos a la información, la educación, la vivienda y el trabajo seguro condiciones, y a la seguridad social, son particularmente relevantes para la relación salud y derechos humanos, debe hacerse referencia específica a tres derechos: el derecho a la no discriminación, el derecho a los beneficios del progreso científico y, por supuesto, el derecho a la salud.²⁷⁵

En las últimas décadas, sin embargo, ha surgido un importante movimiento en defensa de los derechos sociales y en hacerlos justiciables, es decir, susceptibles de protección judicial.²⁷⁶ Estos esfuerzos si bien han logrado cambiar un poco la mentalidad de los abogados, en un grado mayor de exigencia, estaríamos ante normas que son realizables directamente desde la Constitución.

En el ámbito internacional, ya no hay debate sobre la objeción de que los derechos sociales, económicos y culturales sean derechos legales, la no-accionabilidad de los derechos sociales es ideológica, y no está justificada. Los derechos sociales han adquirido importancia tanto en el discurso político como en la práctica de los movimientos sociales, hasta el punto de obtener un creciente reconocimiento en los estratos judiciales.²⁷⁷

Es preciso señalar lo que la Corte Interamericana ha determinado que los derechos sociales también pueden distinguirse por sus condiciones de exigencia. La primera posibilidad consiste en que se haya dado un desarrollo legislativo previo, no se puede reclamar un derecho si el legislador no se ha pronunciado respecto del mismo. La segunda posibilidad consiste en que realice un ejercicio directo del derecho fundamental sin necesidad de que haya pasado por las manos del legislador.²⁷⁸

Ahora bien, aun admitiendo las dificultades en las acciones para velar por este derecho, como parte de su obligación para tomar medidas tendentes a garantizar estos derechos, aun en los casos en los que las medidas no impliquen

²⁷⁵ Tarantola, Gruskin Sofia, Óp. cit., nota 126.

²⁷⁶ Cruz Parceró, Juan Antonio, Óp. cit., nota 99.

²⁷⁷ Arango, Rodolfo. "Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia: aporte a la construcción de un ius constitutionale commune en Latinoamérica". *Revista de Derecho Público*, 2001.

²⁷⁸ Cossío Díaz, José Ramón, Problemas para la exigibilidad de los derechos sociales. *Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coordinadores), Formación y perspectivas del Estado en México. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010.*

directamente la prestación de servicios por el Estado, queda siempre abierta la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho. El incumplimiento del Estado puede reformularse en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica. La violación general al derecho a la salud puede ser de obligaciones positivas y negativas, o bien de la demostración concreta de las consecuencias de la violación de una obligación positiva que surge de un derecho económico, social y cultural, sobre el goce de un derecho civil y político.

Por lo que se ataja esta crítica en cuanto a que el contenido de los DESC es tan ambiguo e impreciso que es imposible traducirlos en obligaciones jurídicas concretas para las autoridades de los Estados. Dicho “mito” se ha ido superando también en la medida en que, a través de casos concretos, los órganos internacionales de derechos humanos y los órganos jurisdiccionales nacionales han definido con toda precisión cuál es el contenido de cada uno de los derechos, cuáles son las condiciones que deben presentarse para poder afirmar que el derecho ha sido realizado y cuáles son las obligaciones que de él se desprenden.

En la mayoría de los casos, las reticencias para hacer justiciables estos derechos tienen raíces políticas e ideológicas, muchas veces basadas en una mal entendida concepción democrática, ya que jurídicamente nada impide que los tribunales conozcan de sus incumplimientos. Afortunadamente, los mitos que durante mucho tiempo acompañaron la justiciabilidad de los DESC se han venido desvaneciendo²⁷⁹

En nuestro país, el derecho a la salud ha ido evolucionando a partir de una interpretación integral de este derecho, tanto en el propio alcance que la norma secundaria contempla, como de aquellos derechos subyacentes o conexos a la salud, tal y como se desprende del análisis que se ofrece en el último capítulo. Al respecto, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una de sus tesis ha señalado que para determinar qué tipo de pretensiones pueden estudiarse en vía de amparo hay que constatar no sólo que se invoque la violación de un derecho fundamental que incorpora pretensiones jurídicas subjetivas, sino también que la

²⁷⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad y no regresividad (a propósito del caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala)”. Boletín mexicano de derecho comparado 2019.

invasión al derecho que se denuncia represente un tipo de vulneración remediable por dicha vía.²⁸⁰

La actividad del Comité DESC ha sido fundamental en esta materia, pues en sus Observaciones Generales ha definido con mucha claridad el contenido y alcance de la mayoría de los DESC, a través de sus Observaciones Generales, el Comité DESC ha ido explicando el alcance de los derechos contenidos en el PIDESC e integrando elementos de protección que no se desprenden de una lectura textual y restrictiva del mismo.

De esta manera, se puede afirmar que todos los derechos fundamentales pueden considerarse como derechos con un contenido nuclear deducible de la Constitución o de los tratados internacionales y con un contenido adicional, abierto e indeterminado, sujeto a la configuración legislativa.²⁸¹

Ahora bien, como réplica a las críticas sobre la inexigibilidad de los DESC, sostengo que es una consideración errónea que los mismos no estén imbuidos de eficacia directa, puesto que con su sola enunciación en el texto constitucional producen obligaciones ineludibles a los poderes públicos y a los particulares, reconociéndose, en consecuencia, su dinámica conceptual puesto que entre más se desarrolle la sociedad más especificación normativa tendrá que implementarse.

En defensa de la exigibilidad judicial de los DESC, Ferrajoli manifiesta que la ausencia de garantías jurisdiccionales entraña el incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte de los operadores jurídicos, del mandato implícito de actuación contenido en dicha norma. Entendido así, afirma el autor que “no es el derecho el que queda degradado, sino el poder el que incurre en una actuación desviada o en una omisión que lo deslegitima”. Continúa aduciendo que “la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar”. En razón de que no debe darse por sentado que las garantías son iguales a los derechos, en virtud de que las primeras “no se confunden con la estructura de los derechos, sino que se vinculan estrechamente a la efectividad o concreción fáctica del contenido de estos derechos”.²⁸²

²⁸⁰DERECHO A LA SALUD. SU TUTELA A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO. Instancia: Pleno, Novena Época, Materia(s): Común, Constitucional, Tesis: P. XVIII/2011, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, página 32, Tipo: Aislada.

²⁸¹ Pisarello, Gerardo. Óp. cit., nota 98.

²⁸² Ferrajoli, Luigi, Óp. cit., nota 228.

El argumento positivista de la inexistencia de garantías jurisdiccionales para la efectividad de los derechos sociales ha servido de excusa a la falta de interés y voluntad política, por no decir también de creatividad de los legisladores. Esto representa más que problemas de técnica jurídica, el problema real es la falta de voluntad política para hacer efectivos los derechos sociales, utilizando razones de supuestas 'carencias técnicas' como pretexto".²⁸³

La tendencia a analizar los derechos sociales como derechos exigibles —y en efecto, justiciables— surge a partir de la actividad jurisprudencial nacional e internacional, donde incluso ha sido el origen de cambios legislativos para abarcar los derechos sociales en los diversos mecanismos nacionales de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Por ejemplo, en años recientes, los tribunales latinoamericanos han venido utilizando los mecanismos jurisdiccionales internos para la tutela de los derechos fundamentales y de la supremacía constitucional, además de sus aptitudes hermenéuticas para garantizar derechos sociales, aun ante la inexistencia de legislación que desarrollara los derechos sociales o en el caso que la legislación no abarcara ciertos supuestos o colectivos.

De lo dicho hasta ahora se desprenden conclusiones que cuestionan claramente la idea de que sólo los derechos civiles y políticos resultan justiciables.²² Entendiendo que todo derecho genera al Estado un conjunto de obligaciones negativas y positivas, cabe analizar entonces qué tipo de obligaciones brindan la posibilidad de su exigencia a través de la actuación judicial. El problema remite a una de las discusiones clásicas en materia de definición de los derechos, consistente en la relación entre un derecho y la acción judicial existente para exigirlo. Algunas dificultades conceptuales que plantea esta discusión, fuente constante de respuestas circulares, tiene directa relación con la estrecha vinculación de la noción clásica de derecho subjetivo, la noción de propiedad y el modelo de Estado liberal.²³

Así, a nivel jurisprudencial, existen diversos mecanismos que han sido aplicados por los tribunales para garantizar judicialmente estos derechos. En mayor medida se han reconocido derechos sociales por su vinculación con otros derechos individuales (por ejemplo, el derecho a la salud y el derecho a la vida), pero también existen casos en los que se ha garantizado derechos sociales de manera autónoma. Lo cual será motivo de análisis de la última parte de esta investigación.

²⁸³ Peña, Freire, Antonio, Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997.

Por otra parte, también se ha sostenido equivocadamente que la justiciabilidad de los DESC implicaría un excesivo activismo judicial y, por lo tanto, el desdibujamiento del principio de división de poderes, ya que el poder judicial estaría dictando el rumbo de la política social y tomando decisiones sobre la manera de destinar el presupuesto público. En realidad, en los casos en que los DESC están contenidos en los textos constitucionales o en los tratados internacionales, la actividad judicial estaría más bien ejerciendo un control legítimo sobre el poder ejecutivo y legislativo en el sentido de garantizar que realmente se cumpla con los derechos y normas constitucionales, contribuyendo a un sano equilibrio entre los poderes.²⁸⁴

Una idea muy asentada en la doctrina contraria a la exigibilidad jurídica de los derechos sociales y a su obligatoriedad para el legislador, es que ellas implicarían afectar la discrecionalidad de la que debe gozar el legislador en estas materias como poder legitimado a través de la voluntad soberana.²⁸⁵ Si se encomendara al juez la aplicación inmediata de derechos fundamentales sociales mediante la concesión de pretensiones jurídicas concretas y reclamables, debería entonces desempeñar al mismo tiempo el papel del legislador y del administrador.²⁸⁶

Por ende, la identificación del derecho a la salud como un derecho constitucional constituye un primer paso para asegurar su tutela jurisdiccional. No obstante, para la adecuada tutela del derecho no basta con su reconocimiento como un derecho humano, es necesario una tarea hermenéutica capaz de determinar su contenido. Esto es su titularidad, el deudor de las obligaciones negativas y positivas impuestas por el derecho, el alcance de esas obligaciones y sus restricciones o limitaciones y la forma en cómo se protegen en las Cortes, ya que son éstas quienes han extendido y/o consolidado esta prerrogativa universal, al amparo de los principios de no regresividad, progresividad, calidad, universalidad, interdependencia, igualdad, no discriminación, entre otros más que forman estos constructos de los derechos humanos.

Aunque incipiente, la justiciabilidad de los derechos sociales y económicos en nuestro país es capaz de invocar un legado transformador y emancipador, con la ruptura paulatina de una visión conservadora y formalista del Poder Judicial. Sin embargo, es necesario avanzar en las estrategias de litigio nacional, que optimizar

²⁸⁴ Sandoval, Areli, and Carlos de la Torre. Los derechos económicos, sociales y culturales: exigibles y justiciables: preguntas y respuestas sobre los DESC y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, 2010.

²⁸⁵ Bustos, R., Óp. cit., nota 223.

²⁸⁶ Ídem.

la justiciabilidad y exigibilidad de los DESC, como verdaderos derechos públicos subjetivos, a través del empoderamiento de la sociedad civil y su papel activo y creativo.

Es necesario reinventar la relación con el Poder Judicial, ampliando sus interlocutores y expandiendo el universo de demandas, para convertir este Poder en un espacio de afirmación de derechos, que dignifica la racionalidad emancipadora de los derechos sociales y económicos como derechos humanos, garantizados nacional e internacionalmente.

Es preciso hacer énfasis en los desafíos y perspectivas del desarrollo de este estudio, que implica el análisis de casos sobre el derecho a la salud, presentado a la esfera jurisdiccional como un nuevo mecanismo derivado del marco constitucional capaz de ejercer un control concentrado de constitucionalidad y, al mismo tiempo, la implementación de la protección jurisdiccional de una selecta lista de preceptos constitucionales sobre derecho a la salud. Con ello se ha diagnosticado en la decisión judicial, la garantía del derecho a la salud como prerrogativa constitucional inalienable e indisponible debido al derecho a la vida. Este derecho se correlaciona con el deber del Estado para formular e implementar políticas que tengan como objetivo garantizar el acceso de todos derecho universal e igualitario a la salud. No hay que dar por sentado, sin embargo, que el Poder Judicial es la única vía para hacer exigibles esos derechos; hay otros mecanismos que pueden ser tanto o más eficaces. Los derechos sociales pueden requerir distintas técnicas de acción política y jurídica.

Basta decir que los DESC no constituyen acciones compasivas ni medidas de caridad por parte del Estado hacia los menos favorecidos o vulnerables, los DESC se configuran como las condiciones mínimas necesarias que el Estado debe proveer a todos sus habitantes para que puedan alcanzar un plan de vida digno, autónomo, de bienestar y en constante desarrollo de su condición humana. Por consiguiente, los derechos humanos económicos, sociales y culturales son tan derechos humanos como todos los otros, razón por la cual debemos afirmar los mecanismos ya existentes para su exigibilidad, así como crear aquellos que resulten necesarios.²⁸⁷

Alexy, aboga por una concepción amplia de las obligaciones positivas del Estado, al mencionar que “se trata en la mayoría de los casos de obligaciones que al menos suponen la creación de normas permisivas o facultativas, y no la simple

²⁸⁷ Piovesan, Flavia. Óp. cit., nota 1

ausencia de prohibición. Aún más, la sola creación de una norma permisiva que faculte a celebrar u acto de creación, la satisfacción de estos derechos supone un complejo de normas que establezcan consecuencias jurídicas relevantes que se desprendan de ese permiso original”.²⁸⁸

En palabras del ex ministro Cossío, se trata de construir una matriz con tres tipos de elementos: cuáles son las condiciones de realización de los derechos sociales, cuáles sus condiciones de exigencia y cuáles sus formas de satisfacción.²⁸⁹ Ya que de lo contrario, al no encontrarse el derecho a la salud en estos supuestos de exigibilidad, su cumplimiento sería irrealizable y quedaría agazapado a la letra del texto constitucional, sin mayor valor que el simbólico, es decir, en un derecho de papel.

Es por ello que coincido con Cossío al afirmar que el derecho a la salud es un derecho susceptible de hacerse eficaz de manera inmediata. Los derechos sociales, por sus condiciones de realización, deben ser llevados a cabo directamente desde la Constitución; por sus condiciones de exigencia deben ser exigibles directamente; y, por su forma de satisfacción, deben darse a través del otorgamiento de prestaciones materiales, también directamente desde el texto constitucional.²⁹⁰

Esta tesis nos muestra la necesidad de que los derechos puedan ser resarcidos o en su caso indemnizados, a través del reclamo judicial, lo cual aporta la efectividad en el cumplimiento de un derecho. No cabe duda que su justiciabilidad depende del pleno reconocimiento constitucional que se les dé, si es que se observan como derechos susceptibles de la tutela jurisdiccional que pregonan el artículo 103 constitucional o no.

El control judicial es sólo una de las garantías de los derechos sociales, pero no debe sobredimensionarse su importancia, pues su eficacia está condicionada en buena medida por la de otras garantías, como la existencia de una cultura política de reconocimiento y respeto de los derechos, la implementación de instituciones administrativas, etcétera. El juicio de amparo es una acción que permite a las personas someter a control constitucional actos de autoridad y normas generales. Se trata de una institución de derecho procesal constitucional.

²⁸⁸ Alexy, Robert, en *Alexy, Robert, et al.* Óp. cit., nota 196.

²⁸⁹ Cossío Díaz, José Ramón, Óp. cit., nota 268.

²⁹⁰ Ídem.

No obstante, el mismo cuenta con ciertas particularidades como es la exigencia de agravio personal y directo, el entendimiento del interés jurídico como afectación a un derecho subjetivo reconocido por una norma del derecho objetivo, la concepción de los efectos del juicio de amparo (restituir el estado de cosas previo a la violación, tratándose de actos positivos, u obligando a la autoridad a actuar, en caso de omisiones), el principio de relatividad que establece la obligación de limitar los efectos de la concesión del amparo a proteger al quejoso en el caso especial, sin hacer una declaración general de inconstitucionalidad de la ley.

Desde hace mucho tiempo en nuestro país, al menos para unos cuantos que logran acceder a la justicia mexicana, la justiciabilidad del derecho a la salud ha sido una realidad, siendo nuestro tribunal muy activo en la consolidación de los DESC y en particular de este derecho desde finales de la década de los 90's, en virtud de una sentencia emitida sobre el caso de un paciente diagnosticado con VIH.²⁹¹

A mi parecer la justiciabilidad de los DESC se sustenta en todo este tipo de controversias, en cuanto a la aplicación de actos u omisiones de la autoridad que violan derechos humanos.²⁹² En ese sentido, resulta infundada la objeción de exigibilidad judicial de los DESC.

A la luz de esa perspectiva, existen diversos mecanismos de protección internacional de los DESC en el ámbito de las Naciones Unidas. El proceso de "Judicialización" de la Declaración comenzó en 1949 y se concretizó en 1966, con la elaboración de dos distintos tratados internacionales – el PIDESC y pasaban a incorporar, con mayor precisión y detalle, los derechos constantes de la Declaración Universal.²⁹³

De igual manera, la reforma de 2011 a la Constitución y la aplicable a la Ley de Amparo, afianzó todavía más el recorrido de la exigibilidad de los DESC, puesto

²⁹¹ En este caso, en un principio le fue negada la atención médica al paciente debido a que no contaba con los recursos económicos para costear el tratamiento, no obstante, el paciente reintentó y finalmente lo aceptaron bajo la condición de que él mismo debía sufragar los medicamentos y todos aquellos gastos relacionados con su tratamiento, puesto que la institución de salud al realizarle el estudio socioeconómico determinó que dada su condición no era apto para ser afiliado y por ende dicho organismo de seguridad social no lo afilió. El paciente entonces acudió a los tribunales alegando la violación a su dignidad y al derecho a la salud, por lo que a la postre, le sería concedido el amparo y protección de la justicia federal señalando que el derecho a la protección de la salud incluye la atención médica en una interpretación armónica de la Ley General de Salud y que dicha atención abarca el suministro de medicamentos, sentando un precedente judicial del reclamo de un derecho considerado antes "social" a un grado justiciable de manera "particular".

²⁹² Al respecto véase el artículo 103° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el 1º de la Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103° y 107° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁹³ Piovesan, Flavia. Óp. cit., nota 1

que un punto esencial es que se incorporaron pretensiones jurídicas subjetivas y colectivas, lo que se complementa al tener nuestros jueces, la facultad de invocar el derecho interno como los tratados internacionales.

El artículo 1º Constitucional estatuye que el cumplimiento de los derechos contenidos en la parte dogmática sea inmediatamente exigible, dado que la conducta estatal debe encaminarse a resguardar a las personas de las interferencias a sus derechos provenientes de los propios agentes del Estado como de otros particulares y este fin se logra, en principio, mediante la actividad legislativa y de vigilancia en su cumplimiento y, si esto es insuficiente, mediante las acciones necesarias para impedir la consumación de la violación a los derechos.

Previo al análisis de los mecanismos de protección que permiten la efectividad del derecho a la salud, haciéndolo realidad y no dejándolo en un catálogo de buenas intenciones o en esta utópica visión que acompaña a los derechos humanos, como lo ha mencionado Moyn,²⁹⁴ es imperioso dar cuenta de lo que se entiende por exigibilidad y justiciabilidad para poder precisar las mismas en lo que concierne al derecho a la salud.

Así pues, la exigibilidad, en un sentido lato, tiene que ver con la concreción del alcance del derecho (su contenido esencial); la identificación de sus titulares, así como del responsable de hacerlo efectivo; y, sólo, por último, la existencia de vías formales de acceso de los primeros a los segundos para reclamarles en Derecho el respeto a los derechos de aquellos mediante el cumplimiento de las obligaciones de estos. Estas vías de acceso pueden ser jurisdiccionales, pero también administrativas u otras. Martínez de Pisón señala que al hablar de exigibilidad se refiere a los procedimientos de reclamación para que los poderes públicos cumplan sus obligaciones de actuar; dicha exigibilidad depende, las más de las veces, de aspectos relacionados con la técnica jurídica, mientras que la “justiciabilidad” va a depender más de las leyes procesales que del carácter inherentemente exigible o no de determinado derecho.²⁹⁵

La necesidad de dotarlos de exigibilidad —que es la posibilidad de existencia práctica de los derechos— se convierte hoy en día en el punto focal de los derechos humanos. La exigibilidad (incluso en lo que se refiere a la justiciabilidad, es decir, la posibilidad de exigir derechos frente al poder judicial) es hoy un imperativo en la teoría y en la práctica de los derechos humanos. Al final, las declaraciones de

²⁹⁴ Moyn, Samuel. *The last utopia*. Harvard University Press, 2010.

²⁹⁵ Saura Estapá, Jaume, *La exigibilidad jurídica de los Derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales*, 2011.

derechos, las constituciones y las leyes en términos generales dejan de poseer cualquier significado práctico si no cuentan con la posibilidad de aplicación efectiva.²⁹⁶

Se refiere también a la serie de obligaciones que debe acatar la autoridad, ya sea de forma positiva o negativa, hacia el individuo en relación a las pretensiones, facultades y potestades que le otorga en sus bienes fundamentales el orden normativo, es la que desarrollara en la presente investigación, partiendo de las consideraciones generales abstractas hasta llegar al análisis de casos en los que se satisficieron estas consideraciones, a partir de un reclamo cuya exigencia judicial terminó en un reconocimiento de derechos, en favor del sujeto.

Partiendo de que la exigibilidad jurídica es producto del reconocimiento jurídico internacional de los derechos humanos, cabe finalmente reflexionar sobre en qué medida los procedimientos para la presentación de denuncias de naturaleza cuasi-contenciosa por particulares, en contraposición con los procedimientos jurisdiccionales existentes a escala regional, constituyen un instrumento de exigibilidad jurisdiccional de los DESC. La ausencia de naturaleza vinculante de sus decisiones finales y de la efectividad como recurso que de tal cualidad se desprende, quizá dificulte encuadrarlos como tales.

Estos mecanismos de protección del derecho a la salud consisten en: la formulación de medidas normativas, políticas públicas y exigencias judiciales en nuestro país por parte de los sujetos obligados. No obstante, en el mundo entero están muy lejos de hacerse realidad, por lo cual, lo único que queda es ser reiterativos en que los sujetos obligados sean responsables en la materialización de este derecho humano fundamental y cumplan con sus obligaciones de promover, proteger, respetar y satisfacer este elemento vital para la condición humana.

Al respecto, la *Declaración de Quito acerca de la exigibilidad y realización de los DESC en América Latina y el Caribe*,²⁹⁷ señala que la exigibilidad es un proceso social, político y legal. La forma y medida en que un Estado cumpla con sus obligaciones respecto de los DESC no solamente ha de ser materia del escrutinio de los órganos de verificación del cumplimiento de las normas que los consagran y garantizan, sino que debe abarcar la participación activa de la sociedad civil en esta

²⁹⁶ Piovesan, Flavia. Óp. cit., nota 1

²⁹⁷ Declaración de Quito, Acerca de la exigibilidad y realización de los DESC en América Latina y el Caribe, *Quito, Ecuador* 24, 1990.

tarea como una condición sustancial del ejercicio de su ciudadanía. Los DESC son derechos subjetivos cuya exigibilidad puede ejercerse individual o colectivamente.

Piovesan insta a la urgencia de establecer estrategias para la Exigibilidad de los DESC frente a los mecanismos de protección internacional de los DESC, considerando la accionalidad de esos derechos, entre las que destacan:

1) La imperatividad jurídica de los DESC, propagando la idea de que los mismos son auténticos y verdaderos derechos fundamentales y, por ello, deben ser reivindicados como derechos y no como caridad o generosidad;

2) Fortalecer su aplicabilidad, señalando su carácter jurídico y accionalidad;

3) La implementación de los derechos sociales exige del Judiciario una nueva lógica, que rechace el argumento de que la “separación de los poderes” no permite un control jurisdiccional de la actividad gubernamental, lo que conlleva el peligro de inviabilizar políticas públicas, resguardando el manto de la discrecionalidad administrativa, cuando hay el deber jurídico en acción;

4) Hay que demostrar en la arena jurisdiccional el derecho a las políticas públicas consagradas constitucionalmente y que vinculan la actuación estatal.²⁹⁸

De lo anterior, destacan dos consideraciones muy importantes para nuestro objetivo, esta nueva visión de la rígida concepción clásica de la separación de poderes y el derecho a las políticas públicas consagradas constitucionalmente, que vinculen la actuación estatal a partir de la implementación de los diversos programas con enfoque basado en derechos humanos.

Estamos ante mega procesos que tradicionalmente eran independientes pero que hoy son transversales, en donde más que nunca, la actuación de los poderes en la satisfacción de los derechos humanos y desde luego en el derecho a la salud debe ir de manera conjunta, a la par de las interpretaciones judiciales, nuestros legisladores en coordinación con la administración deben consolidar este respaldo y garantías sobre las cuales se van configurando nuevos derechos, dotando de seguridad jurídica a los individuos y generando modelos de concreción de éstos.

Aislar las acciones no servirá de nada, los tribunales necesitan de la solidez constitucional y legislativa para que sus fallos sean más protectores. La prioridad sería construir planes y programas más robustos para que no sea necesario acudir

²⁹⁸ Piovesan, Flavia. Óp. cit., nota 1

a las instancias jurisdiccionales, sino que el derecho se vea satisfecho mediante el diseño de políticas públicas con respaldo constitucional.

La sola consagración constitucional “obligará a los operadores jurídicos a maximizar, bien por vía interpretativa, bien por medio de reformas, los mecanismos que permitan su protección”²⁹⁹. En la actualidad, y dados los obstáculos que hemos mencionado, tanto estructurales como en su dimensión jurídica, la exigencia del reconocimiento de los derechos humanos es cada vez más creciente, desde su incorporación en el orden normativo de primer orden como de su reconocimiento a través de la exigibilidad judicial.

Abramovich y Courtis distinguen dos tipos de exigibilidad, aquella que es directa y la indirecta. La primera de ellas alude a las garantías normativas (relativas al reconocimiento del derecho a escala nacional e internacional) y a las garantías jurisdiccionales, es decir, la posibilidad de reclamación ante los tribunales. Mientras que la exigibilidad indirecta permite la defensa de los derechos sociales a través de la invocación de principios generales que se predicán de todos los derechos, como el derecho a la tutela judicial efectiva.³⁰⁰

En cuanto a la exigibilidad de los derechos sociales por sus condiciones de realización, podríamos decir que hay dos posibilidades de diferenciarlos entre sí. La primera consiste en que son normas constitucionales sujetas a la existencia de recursos presupuestales, con lo cual prácticamente terminaríamos por aceptar —si es que adoptamos esa posición— que tienen el carácter de normas programáticas. Segundo, los derechos sociales se consideran normas constitucionales sujetas a legislación de desarrollo y a recursos presupuestales que permitan ese desarrollo legal.³⁰¹

Estas garantías de los derechos humanos, se constituyen como los mecanismos de protección, Ferrajoli es muy puntual al mencionar que la función misma del derecho es la configuración de éste como un sistema de garantías, clasificándolas en primarias y secundarias.³⁰² Esto es, las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por tanto, para posibilitar la máxima

²⁹⁹ Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007

³⁰⁰ Abramovich, Víctor, Courtis, Christian, *Óp. cit.*, nota 205.

³⁰¹ Cossío Díaz, José Ramón, *Óp. cit.*, nota 268.

³⁰² Ferrajoli, Luigi, *Óp. cit.*, nota 228.

eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.³⁰³

La noción de exigibilidad no puede, ni debe circunscribirse a la posibilidad de reclamar judicialmente el cumplimiento de las obligaciones derivadas, sino que debe reflejar una percepción pluridimensional.³⁰⁴ Estas medidas pueden ser de muchos tipos como lo menciona la legislación internacional, esto es, tanto legislativas como administrativas y judiciales.

En particular, en el caso de los derechos sociales —como lo es la asistencia sanitaria por medio de los servicios de salud— las garantías primarias de tipo positivo deberían ser precisadas por el legislador a través de mandatos claros dirigidos a la administración pública, en tanto, que las garantías secundarias consistirían en vías de reclamación para el caso de que las primeras fueran violadas, tomando en cuenta la específica estructura y el particular contenido de los derechos sociales.

Adicionalmente, en el desarrollo de la norma que los desarrolla, se establecen las bases y modalidades, sin embargo, no se identifica la forma de ejercer dichas acciones, por lo que queda al aparato administrativo dar eficacia a este derecho mediante estructuras que no se tienen o se ven superadas en los ámbitos materiales, financieros y de recursos humanos. Lo anterior, de ninguna forma ha impedido este crecimiento (por llamarlo de alguna manera) de los DESC, ya que es a partir del desarrollo normativo de cada uno de ellos que se contemplan tanto obligaciones positivas como negativas y medios de resarcimiento como a continuación se detallan.

En este sentido, la garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere y solamente puede ser establecida por otra norma (“secundaria”) que instituya mecanismos aptos para prevenir la violación de la primera, es decir, que prevea remedios para el caso de que la primera haya sido violada.³⁰⁵

Estos mecanismos de defensa y de protección se van a dividir en su estudio en garantías políticas o primarias y garantías secundarias o jurisdiccionales, entendiendo por las primeras a las vías de tutela cuya puesta en marcha se

³⁰³ Ídem

³⁰⁴ Barrigón, Juan Manuel Rodríguez. “J. Bonet Pérez y RA Alija Fernández (eds.), La exigibilidad de los DESC en la Sociedad internacional del siglo XXI: una aproximación jurídica desde el Derecho internacional, Marcial Pons, Madrid, 2016. REIB: Revista Electrónica Iberoamericana, 2016.

³⁰⁵ Guastini, Ricardo. Óp. cit., nota 178.

encomienda al poder legislativo —ordinario o constitucional, al gobierno o a la administración—. Estas garantías se pueden considerar como garantías primarias de los derechos fundamentales en el entendido de que normalmente, consisten en normas y actos que los órganos legislativos y ejecutivos adoptan en su protección, en tanto que las segundas comportan la posibilidad de que la vulneración, por acción u omisión, de las garantías primarias, se pueda impugnar delante de un órgano de tipo jurisdiccional, es decir, delante de un tribunal más o menos independiente e imparcial.³⁰⁶

Como parte de esta ingeniería constitucional de los derechos, están los contenidos mínimos, a los contornos, a las delimitaciones, a las libertades positivas y negativas. Ante la volubles y arbitrarios cambios de las autoridades se necesitan garantías primarias previstas en los ordenamientos. No obstante, esto no es suficiente, junto a las garantías políticas primarias de los derechos, se encuentran otro tipo de garantías que complementan esta infraestructura de los derechos, son las llamadas garantías jurisdiccionales o garantías secundarias, las cuales se encuentran destinadas a activarse cuando las primeras fallan, se incumplen o resultan insuficientes. Claro está que estas garantías se constituyen como un último recurso, en el que se busque resarcir la violación de un derecho y no como algo común en su cumplimiento.

En los ordenamientos jurídicos modernos los derechos se garantizan por distintos tipos de garantías, que se traducen en la necesidad de adoptar determinadas obligaciones de carácter legislativo, administrativo y judicial, que le permitan al Estado formular la legislación conducente, las políticas públicas y todos aquellos planes de acción tendientes al cumplimiento absoluto de este derecho humano fundamental: el derecho a la salud.

Es importante retomar las palabras del ex ministro Cossío referentes al “Protocolo de San Salvador”, al señalar que éste tiene un listado importante de derechos sociales y, que, sobre todo, es un elemento importante de interpretación en diversas decisiones, así como el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A partir de ello, 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 por vía legislativa u otros medios apropiados.³⁰⁷

³⁰⁶ Ferrajoli, Luigi, Óp. cit., nota 228.

³⁰⁷ Cossío Díaz, José Ramón, Óp. cit., nota 268.

Un derecho constitucional puede que sea conferido o atribuido de manera formal, sin embargo, ello no conlleva de por sí a que el derecho esté garantizado, protegido o tutelado. En esos sentidos, no es tanto la regulación y el contenido de los derechos lo que va a prevalecer en la actualidad, sino los mecanismos de protección, cumplimiento, promoción, etcétera, los que van a hacer la diferencia, ya que de lo contrario sólo quedarían derechos de papel.³⁰⁸

En resumen, los derechos sociales: 1) constituyen derechos subjetivos desde una visión evolucionada del concepto, en el marco del Estado social de derecho; 2) son derechos positivos, si se entienden como derechos de diferentes niveles obligacionales determinables en cada caso concreto; 3) son derechos que exigen costos, como todos los derechos fundamentales, lo que no obsta para que se adecue la economía estatal al cumplimiento de las exigencias mínimas de estos derechos; 4) limitan la "discrecionalidad del legislador", la cual está condicionada a demostrar que ha actuado en conformidad con las exigencias constitucionales de los derechos sociales, como el respeto del contenido mínimo esencial y la obligación de progresividad de los derechos sociales, y; 5) son susceptibles de ser exigibles judicialmente, pues la justicia constitucional comparada ha demostrado que se puede garantizar jurisdiccionalmente estos derechos aun en ausencia de garantías específicas. En este sentido, consideramos que la falta de garantías jurisdiccionales no tiene origen en la estructura de los derechos, sino en cuestiones meramente políticas.

Los DESC son auténticos y verdaderos derechos fundamentales, justiciables, exigibles y demandan una seria y responsable observancia.³⁰⁹ Y es por ello que no se pueden concebir reformas constitucionales en materia de derechos humanos sin antes prever los mecanismos de tutela de los mismos.³¹⁰ El gran reto político y teórico consiste en que estos derechos no se conviertan en una utopía irrealizable más y en una nueva frustración para los excluidos de los beneficios del progreso. Para evitar que esto ocurra, es indispensable contar con estudios como éste, que permitan entender la movilización social activa, la cual puede ser promovida desde

³⁰⁸ A decir de Guastini, los derechos de papel son aquellos que no satisfacen conjuntamente tres condiciones: que sean "susceptibles de tutela jurisdiccional; que pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado, y que su contenido consista en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que es su titular". Guastini, Ricardo, *Óp. cit.*, nota 178.

³⁰⁹ Piovesan, Flavia. *Óp. cit.*, nota 1

³¹⁰ Rentería Díaz, Adrián. "Derechos Humanos: Justificación y garantías". *Isonomía* 28, 2008.

y por los organismos de defensa, protección, garantía y promoción de los derechos humanos y fundamentales.³¹¹

Cuando se habla de la tutela del derecho a la protección de la salud, me refiero al conjunto de procedimientos de carácter jurisdiccional que pueden ser utilizados para garantizar la exigibilidad y justiciabilidad del derecho a la protección de la salud, a saber: que la persona se perciba como titular del derecho.

Con la reforma de 1984, la tutela de la salud, como bien constitucionalmente protegido, quedó consolidada a partir de varias vías, entre las primeras que surgen para cumplir con los objetivos y establecer los objetivos mediante diversas estrategias, son los programas nacionales de salud, que se van a ir accionando conforme a acciones específicas.

Nuestro país cuenta con muchas opciones para exigir el derecho a la salud, en el ámbito administrativo están las quejas o inconformidades, que pueden plantearse ante la propia institución que brindó la prestación de la atención médica, ante órganos creados para tales efectos como la Comisión Nacional de Arbitraje Médico e incluso ante la Comisión de Derechos Humanos.

No obstante, usualmente se acude a los tribunales a cumplimentar este derecho a través de la demanda del juicio de amparo, entendiendo a esta figura como el mecanismo de control constitucional ante la violación de derechos humanos ya sea por acción u omisión de los responsables de garantizar su cumplimiento.³¹²

Aunado a lo anterior, cabe tener en cuenta que la legislación secundaria en materia de derecho a la salud tiene un carácter sobre todo orgánico, referido más a las entidades públicas que deben prestar los servicios de salud que a los ciudadanos sujetos de ese derecho. Como sucede con buena parte de los ordenamientos secundarios que regulan los derechos sociales fundamentales, la legislación en materia de salud no configura verdaderas prerrogativas de los ciudadanos exigibles a los poderes públicos.³¹³

³¹¹ Arango, Rodolfo. "Derechos sociales". *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

³¹² Martínez Ramírez, Fabiola, El juicio de amparo, su naturaleza jurídica y relación con los tribunales constitucionales en González Oropeza, Manuel, and Eduardo Ferrer Mac-Gregor, El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia, tomo II, 2019.

³¹³ Carbonell, Miguel, et Carbonell José, "La protección de la salud en México: Un derecho fundamental en construcción". *Pluralidad y Consenso*, 2016.

La realización efectiva de los derechos positivos exige, en primer lugar, la creación y puesta en funcionamiento del marco jurídico-burocrático de intervención que asuma el desarrollo de los programas y las políticas encaminadas a promocionar los valores, fines e intereses sociales protegidos. Si bien contamos con ambos, lo cierto es que al día de hoy podemos afirmar que no van a la par o se crean obligaciones que son irrealizables en la práctica o las acciones no gozan de la solidez normativa necesaria para hacerlas efectivas.

Ello supone el diseño e impulso de políticas públicas y programas de intervención; creación o adaptación de aparatos e infraestructuras de intervención –públicas y semi-públicas–; incorporación de expertos; establecimiento de controles y evaluaciones, etc.³¹⁴ Esta visión de cómo estructurar las políticas en materia de salud pública, va de la mano con las consideraciones conceptuales que se le han dado al bien tutelado por el derecho, desde la percepción del fortalecimiento en la prestación de servicios de atención médica en distintos niveles dada la connotación tradicional de la salud, vista ésta como la ausencia de enfermedades, a llegar a la prevención de éstas por medio de modelos de atención primaria integral y con un enfoque de bienestar, que acompañan la definición positiva establecida por la OMS.

Para hacer asequible este bien jurídico fundamental, es imprescindible contar con los instrumentos regulatorios que arrojen el texto constitucional, que le den solidez a la Ley General de Salud en todas sus dimensiones, y que a su vez estén dotadas de una estructura que permita llevar a cabo las acciones contempladas en las directrices marcadas por el poder ejecutivo en todos sus niveles. Los órganos del ejecutivo tienen a su cargo los objetivos y las acciones para cumplir con el imperativo constitucional de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.³¹⁵

Las finalidades de este derecho no se pueden lograr sin un sistema de garantías que protejan, promuevan y satisfagan el derecho a la salud, entendido como la gama de facilidades que deben satisfacerse en los ámbitos individuales y sociales.

³¹⁴ Manuel Beneitez, María José Bernuz, and Manuel Calvo García. Óp. cit., nota 95.

³¹⁵ En aras de lograr esta efectividad en el sector salud que permitieran alcanzar los objetivos planeados por la Administración Pública, en el 2020 se publicó el *Programa Nacional de Salud* para abatir los problemas de salud, en el cual se encuentran algunos principios que rigen estas acciones programáticas. *Objetivos previstos en el Programa Nacional de Salud 2020-2024*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de agosto de 2020.

En la Observación General N° 3, se establece que entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. Señalándose ya en este texto un buen número de derechos, amén de la exigencia de no discriminación, que "...cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales."³¹⁶

El derecho a la salud, comprende, entre otros elementos: el disfrute de servicios de salud de calidad en todas sus formas y niveles, entendiendo calidad como la exigencia de que sean apropiados médica y científicamente, esto es, que exista personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, así como condiciones sanitarias adecuadas.

De lo anterior se desprende que, para garantizar el derecho a la salud, es menester que se proporcionen con calidad los servicios de salud, lo cual tiene estrecha relación con el control que el Estado haga de los mismos. Esto es, para garantizar la calidad en los servicios de salud como medio para proteger el derecho a la salud, el Estado debe emprender las acciones necesarias para alcanzar ese fin. Una de estas acciones puede ser el desarrollo de políticas públicas y otra, el establecimiento de controles legales. Así, una forma de garantizar el derecho a la salud, es establecer regulaciones o controles destinados a que los prestadores de servicios de salud satisfagan las condiciones necesarias de capacitación, educación, experiencia y tecnología, en establecimientos con condiciones sanitarias adecuadas y en donde se utilicen medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado.³¹⁷

La triste histórica división entre derechos civiles y políticos y DESC ha sido un fértil caldo de cultivo para mantener la ilusión de la no justiciabilidad de los DESC. Sin embargo, como se ha revelado en el curso de la historia, los DESC son tan derechos como los civiles y políticos.³¹⁸ La superación de esta división exige asumir sin complejos la interdependencia e indivisibilidad entre todos los derechos civiles, políticos, sociales, culturales y ambientales.

³¹⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N 3. *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, 1990.

³¹⁷ Instancia: Primera Sala, Novena Época, Materia(s): Administrativa, Tesis: 1a./J. 50/2009, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIX, Abril de 2009, página 164, Tipo: Jurisprudencia.

³¹⁸ Aguilar Cavallo, Gonzalo, Óp. cit., nota 101.

El principio de división de poderes fue formulado hace tiempo ya en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y ha penetrado de manera progresiva en el derecho constitucional producido por los Estados. El principal corolario de este principio sería la articulación de un estatuto unitario para todos estos derechos, que les otorgue igual importancia desde el punto de vista axiológico o valorativo, que reconozca su similar estructura y que los provea de un sistema equivalente de garantías, incluidas las jurisdiccionales³¹⁹

Es necesario superar las diferencias entre tipologías de derechos y hacer evidentes las correlaciones entre la estructura de las obligaciones a que dan lugar y las garantías que aseguran su efectividad, con el fin de asegurar la plena exigibilidad de los derechos sociales y/o su reconocimiento como derechos fundamentales. Como consecuencia de esta reconstrucción unitaria, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales pueden ser considerados como derechos fundamentales. Ello supone superar la concepción liberal de los “derechos” en general y asumir su carácter “poliédrico”, como derechos a la vez positivos y negativos, en parte prestacionales y en parte no prestacionales, costosos y no costosos, determinados e indeterminados, con un contenido exigible y con un contenido de configuración legal, con una dimensión objetiva y con una dimensión subjetiva, con una estructura de mandatos y principios rectores y con una estructura de derechos justiciables. Una reconstrucción unitaria que facilitaría su justiciabilidad³²⁰

El derecho a la protección de la salud en México, consagrado en el artículo 4º constitucional, es solamente una disposición de carácter programático, que establece simplemente directivas de acción para los poderes constituidos, mencionando que ese tipo de normas programáticas en una Constitución únicamente representan el estímulo y guía de la acción de gobierno, pero de ninguna forma alcanzan a tener carácter vinculante.³²¹ Así, el derecho a la salud en específico genera, como sucede con todos los derechos sociales, la obligación del Estado de preservar el bien jurídico protegido por la Constitución, es decir la salud, tal protección supone la obligación del Estado de abstenerse a dañar la salud, que es una obligación negativa, de la misma manera hace nacer la obligación, acción positiva, de evitar que particulares, grupos o empresas le causen daño.

Pero ¿cuál es el verdadero alcance que tiene el derecho a la protección de la salud en México? Se ha dicho que no basta con la existencia del derecho a la

³¹⁹ Pisarello, Gerardo. Óp. cit., nota 98.

³²⁰ Manuel Beneitez, María José Bernuz, and Manuel Calvo García. Óp. cit., nota 95.

³²¹ Cossío Díaz, José Ramón, Óp. cit., nota 268.

salud como una idea, como simple expectativa o como plan de gobierno pendiente de instrumentar, sino que es necesario que éste se garantice a través de una norma subjetiva que haga efectivo el derecho en caso de incumplimiento por parte del obligado —que en este caso es el Estado— además de contar con un medio de control judicial que permita hacer exigible ese derecho, es decir, que ese derecho se haga justiciable, reclamable, y hacedero.³²²

El primer reto es establecer un marco jurídico y un entorno en el cual existan mecanismos para que la planeación, operación y evaluación de las acciones de salud (desde la generación de infraestructura hasta la última intervención médica) que se emprendan con un enfoque sectorial. Ciertamente, las prestaciones dirigidas a satisfacer la dimensión positiva del derecho a la salud, incluso cuando de ellas depende la protección de un derecho constitucional fundamental, deben ser definidas, en principio, por el legislador.

Esto nos muestra, por una parte, la complejidad de la tutela de este “derecho subjetivo”, así como la preocupación por su progresividad y plena materialización; dicha justiciabilidad tiene una trascendencia internacional, pues cada día se presentan más individuos a defender su derecho a través del reclamo judicial, encontrando los reclamantes muchas de las veces resoluciones favorables, basándose la autoridad en la relevancia del derecho fundamental a la protección a la salud y todo lo que el mismo conlleva.

2.4 MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

Ahora bien, los DESC son exigibles a través de diversas vías: judicial, administrativa, política, legislativa, como a continuación se muestra. En este entendido, es turno de visualizar cuáles son las formas o mecanismos de acceder a este imperativo constitucional, dicho de otra forma, señalar todos los medios necesarios para hacer exigible esta prestación fundamental, ya sean legislativos, administrativos o judiciales.

Con respecto al derecho a la salud, el Comité de DESC de la Organización de las Naciones Unidas ha subrayado que los Estados deben garantizar:

³²² Sánchez Cordero De García Villegas, 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*. Participación en el Simposio Internacional “Por la calidad de los servicios médicos y la mejoría de la relación Médico Paciente”, celebrado en el Auditorio Jaime Torres Bodet Del Museo Nacional de Antropología e Historia en la Ciudad de México, el 9 de octubre de 2000.

- El derecho de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud sin discriminación, especialmente para los grupos vulnerables o marginales;
- El acceso a alimentos esenciales mínimos aptos para el consumo y suficientes desde el punto de vista nutricional;
- El acceso a una vivienda, servicios de saneamiento y abastecimiento de agua potable adecuados;
- El suministro de medicamentos esenciales;
- Una distribución equitativa de todos los establecimientos, bienes y servicios de salud.

Las obligaciones de los Estados se dividen en tres categorías, a saber, las obligaciones de respetar, proteger y realizar. La obligación de *respetar* requiere que los Estados se abstengan de interferir directa o indirectamente en el derecho a la salud, por ejemplo, deben abstenerse de negar o limitar el acceso a los servicios de atención sanitaria; comercializar medicamentos peligrosos; imponer prácticas discriminatorias relacionadas con el estado y las necesidades de salud de las mujeres; limitar el acceso a los anticonceptivos y otros medios de mantener la salud sexual y reproductiva; retener, censurar o falsear información sanitaria, y atentar contra el derecho a la intimidad.

La obligación de *proteger* comporta la exigencia de que los Estados impidan que terceros interfieran en el derecho a la salud. Los Estados deben adoptar medidas legislativas y de otro tipo para lograr que los agentes privados cumplan las normas de derechos humanos cuando prestan atención sanitaria u otros servicios (por ejemplo: reglamentación de la composición de los productos alimentarios); controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por los agentes privados; velar por que la privatización no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud; proteger a las personas de los actos de terceros que puedan atentar contra su derecho a la salud, por ejemplo, evitar que las mujeres sean sometidas a prácticas tradicionales lesivas o que terceros las obliguen a someterse a ellas (por ejemplo, promulgando leyes que prohíban específicamente la mutilación genital femenina); velar por que terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios sanitarios, incluida la higiene ambiental, y asegurarse de que el personal de salud preste atención a las personas con discapacidad con el consentimiento libre e informado de éstas.

La obligación de *realizar* consiste en la exigencia de que los Estados adopten las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otro tipo que sean apropiadas para la realización plena del derecho a la salud. Un ejemplo de ello es que los Estados deben adoptar una política o un plan de salud nacional que abarque los sectores público y privado; garantizar la prestación de atención sanitaria, incluidos programas de inmunización contra enfermedades infecciosas y servicios destinados a minimizar y prevenir nuevas discapacidades; garantizar la igualdad de acceso de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como garantizar alimentos aptos para el consumo y nutritivos, servicios de saneamiento y agua potable; asegurarse de que las infraestructuras de salud pública presten servicios de salud sexual y reproductiva y que los médicos y otro personal de salud sean suficientes y tengan una capacitación adecuada, y proporcionar información y asesoramiento sobre cuestiones relacionadas con la salud, la violencia en el hogar o el consumo excesivo de alcohol, medicamentos u otras sustancias nocivas.

2.4.1 Mecanismos en el ámbito legislativo

La primera forma de satisfacer un derecho humano, es precisamente, configurarlo como tal en el orden legal, siendo este primer nivel, el consignado en las Constituciones que dan pauta a la organización del Estado, las cuales en su mayoría están acompañadas de una carta de derechos.

Es imprescindible la adopción de medidas legislativas, puesto que si se carece de una base legislativa sólida que establezca las bases y modalidades de las medidas necesarias para el cumplimiento de este derecho, como lo enmarca la Carta Magna, dichas medidas legislativas no podrían concretarse. Lo anterior, dado que en la medida en que se les atribuyen competencias en la materia a los sujetos obligados, estas potestades gozarán de un alto grado de autonomía con respecto al ejecutivo y al legislativo, dada su consagración normativa y el principio de no regresividad.

Un gran avance en la exigibilidad de los DESC es el carácter legislativo y posterior reconocimiento jurisdiccional de que los derechos humanos tienen el carácter de unidad indivisible, interrelacionada e interdependiente.³²³

Con el *Pacto de Derechos Políticos y Civiles* y con el *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, los Estados parte se han comprometido a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación

³²³ Piovesan, Flavia. Óp. cit., nota 1

internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se dispongan, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos ahí reconocidos.

En nuestro ámbito normativo, encontramos la Ley Reglamentaria del artículo 4º constitucional, donde se establecen las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República, esta toma el nombre de la *Ley General de Salud*.

Entre las bases y modalidades que se prevén en la *Ley General de Salud*, encontramos la definición de salud, las finalidades de este completo estado de bienestar físico, mental y social, y no así únicamente las prestaciones tendientes a la ausencia de afecciones o enfermedades, la competencia en materia de salubridad general entre la Federación y las entidades federativas, la creación del Sistema Nacional de Salud, los productos y servicios sujetos a la regulación, control y fomento sanitario, la prestación de los servicios de salud.

Entre dichos servicios de salud, se encuentran: la atención médica, la salud pública y la asistencia social, los servicios básicos de salud, los requisitos a los que habrán de sujetarse los recursos humanos para la salud, es decir las obligaciones de los profesionales de la salud, los derechos y obligaciones de los usuarios de los servicios de salud, la investigación para la salud, la promoción de la salud, la prevención y control de enfermedades y accidentes, los programas permanentes de salud, los requisitos exigidos a los medicamentos en su proceso, el listado de estupefacientes y psicotrópicos considerados como de alto riesgo a la salud, requisitos para la importación exportación de productos relacionados con la salud humana, la publicidad de estos productos y servicios, el control y la vigilancia sanitarios de la disposición y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, entre los que destacan los campos de la donación, trasplantes y cadáveres, la sanidad internacional y demás atribuciones administrativas en estas materias como lo son la autorización, vigilancia, medidas de seguridad, sanciones e ilícitos penales.

Finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en lo sucesivo, el Pacto, también hace explícito que un Estado violará las obligaciones de cumplir cuando “no adopte todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho a la salud, entre ellas la falta de legislación que señale sus contenidos esenciales, los gastos insuficientes o 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; la no vigilancia del ejercicio del derecho a la salud en el plano nacional; el hecho de no adoptar medidas para reducir la distribución no equitativa de los establecimientos, bienes y servicios de salud”.³²⁴

Al examinar esta teoría de la universalidad e interdependencia de los derechos humanos “sólo el reconocimiento integral de todos esos derechos puede garantizar la existencia real de cada uno de ellos, ya que sin la efectividad de disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos se reducen a simple categorías formales, inversamente, sin la realidad de los derechos civiles y políticos, sin la efectividad de la libertad comprendida en su más amplio sentido, los derechos económicos, sociales y culturales, necesitan de verdadera significación.”³²⁵

La cobertura de salud de la población conlleva la necesidad de reconocer la función esencial que desempeñan todos los sectores. En ese sentido, sólo a modo de ejemplo, podemos mencionar que en el ámbito legislativo puede advertirse en los últimos años una extensión exponencial del mismo a través de leyes que regulan sus dimensiones, como son: la atención médica, la vigilancia epidemiológica, la promoción y prevención de la salud, la protección contra riesgos sanitarios, las enfermedades transmitidas por vectores y la investigación en salud como componentes de este derecho, en conjunto con los determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.

La *Proclamación de Teherán* de 1968 al igual que la Resolución 32/130 de la Asamblea General, adoptada en 16 de diciembre de 1977, contemplan los criterios y medios para mejorar el goce y disfrute efectivo de los derechos y de las libertades fundamentales enfatizando ambos documentos la indivisibilidad e interdependencia.

Bajo la premisa de la indivisibilidad de los derechos humanos, hay que alejarnos definitivamente de la equivocada noción de que una clase de derechos (la de los derechos civiles y políticos) merece el completo reconocimiento y respeto, mientras que otra clase de derechos (la de los derechos sociales, económicos y

³²⁴Lavielle, Briseida, Reforma desde una perspectiva integral del Derecho a la Salud, revista electrónica comunidad curul 501, Año 4, número 9, Marzo – Septiembre, 2011. Disponible en: <http://www.fundar.org.mx/curul501/articulo.php?idarticulo=48>

³²⁵ Spell, citado por Piovesan, Flavia. Óp. cit., nota 1

culturales), al contrario, no merece reconocimiento. La obligación en implementar esos derechos debe ser comprendida a la luz del principio de la indivisibilidad de los derechos humanos, reafirmado vehementemente por la ONU en la Declaración de Viena 1993.

Llevar los DESC en serio implica, al mismo tiempo, un compromiso con la integración social, la solidaridad y la igualdad, incluyendo la cuestión de la distribución de renta. Los derechos sociales, económicos y culturales incluyen como preocupación central la protección a los grupos vulnerables, por ende las necesidades fundamentales no deben quedarse condicionadas a la caridad de programas y políticas estatales, deben ser definidas como derechos.³²⁶

Bajo la óptica normativa internacional, está definitivamente superada la concepción de que los derechos sociales, económicos y culturales no son derechos legales. Por consiguiente, se puede concluir que los derechos, al estar consignados en la norma suprema, adquieren la consideración de derechos fundamentales – sean éstos civiles, políticos, sociales, económicos o culturales– son accionables, exigibles, y demandan seria y responsable observancia.³²⁷

Los preceptos constitucionales por el simple hecho de estar consignados en la parte dogmática de nuestra carta Magna se vuelven jurídicamente obligatorios y vinculantes, más aún cuando no se hace una distinción entre categorías o clasificaciones de los mismos, sino que el concepto derechos humanos lo abarca a todos, sean cuales fueran sus características y naturaleza normativa, se defina su contenido o no. Nuevamente, asumiendo el ropaje de tratado internacional, el logro de ese Pacto fue permitir la adopción de un lenguaje de derechos que implicara en obligaciones en el plan internacional.

Los pactos rompen el esquema que hace ver a los DESC como carentes de contenido y por ende vagos, imprecisos y en consecuencia inalcanzables e inejecutables, al promover parámetros internacionales referentes a las condiciones de trabajo y bienestar. De esta manera, la efectividad y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, se vuelve una realidad, no es solamente una obligación moral de los Estados, sino que al suscribirlos adquieren el carácter de una obligación jurídica, que tiene como sustento fundamental los tratados internacionales de protección de los derechos humanos.

³²⁶ Eide, Asbjorn, Catarina Krause, and Allan Rosas. "Economic, social and cultural rights". *Economic Social and Cultural Rights A Textbook*, Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1995.

³²⁷ Piovesan, Flavia. Óp. cit., nota 1

Por consiguiente, tanto en la esfera nacional como en el ámbito global se considera que la salud y en consecuencia el derecho a este bien no es solamente un problema que un país pueda resolver, sino que se trata de una marcada preocupación de que efectivamente es un problema y una meta por alcanzar en forma mundial.

Se trata de un tema dentro de la agenda de todas las naciones que cada día toma más relevancia y en el cual son pocos los países que garantizan plenamente este derecho. Nuestro país desafortunadamente aún tiene mucho que hacer en el campo de la salud, pero un buen comienzo es promover este derecho con el objetivo de que las personas conozcan los alcances e implicaciones de tener un derecho a la salud y cómo este derecho puede ser exigible y ante todo justiciable.³²⁸

En resumen, los tratados internacionales, dotan de una especie de cobertura a las disposiciones nacionales, incluso la SCJN se ha pronunciado acerca de esta garantía extendida de los derechos humanos.³²⁹

Por su parte, la legislación secundaria en materia de derecho a la salud tiene un carácter más bien orgánico, referido más a las entidades públicas que deben prestar los servicios de salud que a los ciudadanos que son sujetos de ese derecho. Como sucede con buena parte de los ordenamientos secundarios que regulan los

³²⁸ Respecto a esta correlación de la normatividad sanitaria, conforme a sus atribuciones y las obligaciones enmarcadas en la legislación nacional y lo desarrollado por el Ejecutivo en los distintos reglamentos emitidos al amparo de su atribución constitucional, es de utilidad el estudio: Cano Valle, Fernando, Óp. cit., nota 28.

³²⁹ PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. De conformidad con el texto vigente del artículo 1º constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

derechos sociales fundamentales, la legislación en materia de salud no configura verdaderas prerrogativas de los ciudadanos exigibles a los poderes públicos.³³⁰

Por lo que todo el entramado legislativo que norma el derecho a la protección de la salud tiende a plasmar jurídicamente lo que es la seguridad social, que tiene como finalidad garantizar los derechos humanos a la salud, a la asistencia médica, a la protección de los medios de subsistencia y a los servicios sociales que sean necesarios para el bienestar individual y colectivo. En consecuencia, el derecho a la protección de la salud de los mexicanos, consiste en gozar de prestaciones integrales de salud de la misma calidad, eficiencia y oportunidad, por medio de las instituciones competentes.³³¹

Le corresponde al Estado implementar mecanismos de protección reforzada, ya sea mediante legislación o políticas públicas que atiendan efectivamente esta finalidad.³³² En esta línea, el Estado debe garantizar su derecho a la salud integral, por medio del tratamiento y acceso oportuno a los medicamentos de manera gratuita, refiriendo también a la necesidad de generación por parte de las autoridades sanitarias de mecanismos de educación y prevención.³³³

Para hacer realidad estos derechos, se hace necesario que sean desenvueltos en planes y programas en virtud de que, al igual que los derechos civiles y políticos deben ser garantizados a través de la planeación por el Estado, sin excusa o tardanza, aún y cuando los primeros sean autoaplicables, y los derechos sociales, económicos y culturales, en los términos en que están concebidos por el Pacto, presenten realización progresiva.

Vale decir de los DESC que son derechos que están condicionados a la actuación del Estado, que debe adoptar todas las medidas, tanto por esfuerzo propio como por la asistencia y cooperación internacionales, principalmente en los planes económicos y técnicos, hasta el máximo de sus recursos disponibles, buscando alcanzar progresivamente la completa realización de esos derechos, tal y como lo estatuye el párrafo 1 del artículo 2º del Pacto.³³⁴

³³⁰ Carbonell, Miguel, José Carbonell, Óp. cit., nota 313.

³³¹ González Fernández, José Antonio. El derecho a la salud y las garantías sociales. *“Revista de investigaciones jurídicas”*. Escuela Libre de Derecho, Año 6, No. 6, 1982.

³³² Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N. 068-18-SEP-CC, Caso 1529-16-EP. Sentencia de 21 de febrero de 2018, pág. 50. Sentencia N. 016-16-SEP-CC, Caso 2014-12-EP. Sentencia de 13 de enero de 2016, pág. 35. Sentencia N. 080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP. Sentencia de 9 de octubre de 2013, pág. 19.

³³³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Óp. cit., nota 279.

³³⁴ Piovesan, Flavia. Óp. cit., nota 1

De ahí la relevancia del Derecho Internacional, en el sentido de crear obligaciones que exijan de los Estados la adopción de programas capaces de garantizar un mínimo nivel de bienestar económico, social y cultural para todos los ciudadanos del planeta, de forma progresiva para mejorar el bienestar.³³⁵

Los conceptos que abarcan el derecho a la salud han estado ligados a los desarrollos legislativos en materia de salud, basta revisar la profusa cantidad de Reglamentos en estas materias como protección contra riesgos sanitarios, atención médica, investigación para la salud, sanidad internacional que conlleva la vigilancia epidemiológica y de protección social, al igual que la emisión de una gran cantidad de NOMS, por parte de sus tres comités consultivos, a saber, el Comité Consultivo Nacional de Normalización de Prevención y Control de Enfermedades, el Comité Consultivo Nacional de Normalización de Innovación, desarrollo, Tecnologías e Información en Salud y el Comité Consultivo Nacional de Normalización de Regulación y Fomento Sanitario.

El derecho administrativo no se explica sino a través de la creación de instrumentos cuya actividad parte del necesario “préstamo” de funciones legislativas.³³⁶ Por ende, las autoridades sanitarias deben emitir actos materialmente legislativos o actos administrativos materialmente legislativos, como son los reglamentos, para abordar las materias de su competencia.³³⁷

De ahí que para poder identificar los mecanismos tendientes a la instrumentación de este derecho, se debe partir de la configuración legislativa para desglosar el esquema regulatorio y el catálogo de derechos que habrán de derivar del mismo, de lo contrario estaríamos ante una especie de declaratoria de inconstitucionalidad inherente, ello en razón de que todo nuestro sistema jurídico descansa en nuestra Constitución y es a partir de las herramientas de interpretación que la misma dota, que se van configurando nuevos derechos que se desprenden de los plasmados en ella.

2.4.2 Mecanismos en el ámbito administrativo

Para ser realizados en la práctica, los derechos sociales requieren de un cierto modelo de organización estatal, de una serie de precondiciones incluso de carácter psicológico y de una base axiológica que permita reconocer el deber moral

³³⁵ David Trubek, Economic, Social and cultural rights in the third world: human's rights law and human needs programs. In: Theodor Meron (Editor), Human rights in International Law: legal and policy issues, Oxford, Clarendon Press, 1984.

³³⁶ Cano Valle, Fernando. Óp. cit., nota 28.

³³⁷ Ídem.

de hacernos cargo de las necesidades de los demás. Para decirlo de forma sintética, los tres requisitos mencionados se pueden encasillar en el concepto del “Estado social”.³³⁸

Como se mencionó en líneas precedentes, para los DESC es muy importante que las obligaciones estén claramente definidas. Lo que se tiene son las directrices que acompañan a las obligaciones administrativas, tanto de hacer como de abstenerse, es por ello que este mecanismo de protección se vuelve fundamental para dar efectividad a este tipo de derechos.

La protección administrativa, es la dirección gubernamental. Se trata de una relación intersubjetiva de carácter horizontal que se establece, básicamente, entre sujetos de derecho público y más concretamente entre el ente público mayor o Estado y el resto de los entes públicos menores para el logro de una acción administrativa globalmente coordinada, unitaria y racional, el cual se da, no en interés del ente tutelado sino en función de los intereses públicos, permitiendo así una adecuada gestión pública.³³⁹

Ingrid Brena señala que “de acuerdo con el concepto de salud como derecho humano fundamental, la carta de Ottawa destaca determinados pre-requisitos para la salud, que incluyen la paz, adecuados recursos económicos y alimenticios, vivienda, un ecosistema y un uso sostenible de los recursos. El reconocimiento de estos pre-requisitos pone de manifiesto la estrecha relación que existe entre las condiciones sociales y económicas, el entorno físico, los estilos de vida individuales y la salud. Estos vínculos constituyen la clave para una comprensión holística de la salud”.³⁴⁰

Derivado de la normativa constitucional y la legislación que de ella emana, encontramos diversos reglamentos, tales como el *Reglamento de Insumos para la Salud*, el *Reglamento de Control Sanitario de Productos y Servicios*, *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos*, el *Reglamento de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados*, el *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud*, el *Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica*,

³³⁸ Carbonell, Miguel, et Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*. Flores Editor y Distribuidor, SA de CV, 2014.

³³⁹ Jinesta, Ernesto, *Retos de la Organización Administrativa contemporánea*, X foro de Iberoamericano de Derecho Administrativo, El Salvador, 2011.

³⁴⁰ Brena, Ingrid. Óp. Cit., nota 5.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Sanidad Internacional, el Reglamento en Materia de Registros, Autorizaciones de Importación y Exportación y Certificados de Exportación de Plaguicidas y Nutrientes Vegetales y Sustancias y Materiales Tóxicos o Peligrosos, Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario para la Producción, Investigación y Uso Medicinal de la Cannabis y sus Derivados Farmacológicos y demás instrumentos normativos en salud, tal y como es el caso de la Normas Oficiales Mexicanas.

Lo anterior muestra cómo el derecho a la salud, o más bien el enunciado constitucional referente al mismo, para su efectiva realización ha de desdoblarse en una regulación secundaria, llámense Ley, Reglamentos o Normas Oficiales Mexicanas y hasta tratados internacionales suscritos en la materia que se encargan de establecer las características y/o especificaciones que deban reunir los productos, procesos y servicios cuando éstos puedan constituir un riesgo para la salud humana.

La tutela administrativa de la que hablamos, no se entiende sin el término de las políticas públicas, las cuales se traducen en las respuestas que el Estado intenta dar a las demandas de la sociedad, ya sea solventándolas en forma de normas, instituciones, prestaciones, bienes públicos o servicios, y de lo cual se establece la toma de decisiones y previamente un proceso de análisis y de valorización de dichas necesidades.

Dichas acciones están alineadas a las finalidades enmarcadas en la *Ley General de Salud*, como lo son: el bienestar físico y mental de la persona, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades; la prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana; 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; la extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud; el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población. Tratándose de personas que carezcan de seguridad social, la prestación gratuita de servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados; el conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud; el desarrollo de la

enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud, y la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades.³⁴¹

En comunión con el *Plan Nacional de Desarrollo*, fruto de la Ley de Planeación, en la que se establecen la fijación de objetivos, metas, estrategias y prioridades, así como criterios basados en estudios de factibilidad cultural; se asignarán recursos, responsabilidades y tiempos de ejecución, a través de la coordinación de acciones de la Administración Pública Federal, mediante Programas Sectoriales y en un nivel de desagregación Programas de Acción Específicos.

En lo que respecta al derecho a la salud, encontramos que desde el Programa Nacional de Salud 1984-1988 (publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de agosto de 1984) al día de hoy, con el Programa Sectorial de Salud 2020-2024, (dado a conocer el 17 de agosto del año pasado) es clara la preocupación por señalar las directrices en las que se ha de satisfacer este derecho, con programas ya muy definidos en lo que toca a las adicciones, atención médica, salud materna, salud mental, riesgos sanitarios derivados de distintos agentes, educación para la salud, formación de recursos humanos y prevención y control de enfermedades, por aludir a algunos de ellos.³⁴²

³⁴¹ Artículo 2° de Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, última reforma 19 de febrero de 2021, consulta el 25 de abril de 2021 a las 23:00 horas en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_190221.pdf

³⁴² Véase los distintos Programas sectoriales de Salud, "Programa Nacional de Salud 1984-1988". Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de agosto de 1984, consulta el 29 de abril de 2021 a las 23:00 horas en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4684764&fecha=23/08/1984#:~:text=El%20prop%C3%B3sito%20b%C3%A1sico%20del%20Programa,social%20de%20los%20grupos%20vulnerables%2C Programa Nacional de Salud 1990-1994". Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 1991, en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4698929&fecha=11/01/1991 PROGRAMA de Reforma del Sector Salud 1995-2000 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de marzo de 1996, en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4875243&fecha=11/03/1996 Programa Nacional de Salud 2001-2006. "Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de septiembre de 2001, consulta el 29 de abril de 2021 a las 23:00 horas en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=761184&fecha=21/09/2001 Programa Sectorial de Salud 2007-2012 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 2008, consulta el 29 de abril de 2021 a las 23:00 horas en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5028687&fecha=17/01/2008 Programa Sectorial de Salud 2013 a 2018 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de diciembre de 2013, consulta el 29 de abril de 2021 a las 23:00 horas en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5326219&fecha=12/12/2013 Programa Sectorial de Salud 2020-2024 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de agosto de 2020, consulta el 29 de abril de 2021 a las 23:00 horas en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5598474&fecha=17/08/2020

En cuanto a las obligaciones del Estado de *proteger* el derecho a la salud, se concretan en las aducidas por la Observación General No. 14 que incluyen, entre otras:

- a) La adopción de leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros;
- b) La aplicación de leyes, y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud;
- c) Establecer programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d) Velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas;
- e) Adoptar medidas contra los peligros que para la salud representan la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales, así como también contra cualquier otra amenaza que se determine mediante datos epidemiológicos.³⁴³

Entre las obligaciones de *respetar*, que son más bien acciones de no interferencia del Estado, encontramos:

- a) La abstención de denegar o limitar el acceso a los servicios de salud a todas las personas sin distinción alguna, y
- b) Abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos.³⁴⁴

La obligación de *cumplir* el derecho a la salud requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población. Entre esas obligaciones figuran las siguientes:

- a) Velar por que los servicios de salud sean apropiados y el personal sanitario sea formado de manera que reconozca;

³⁴³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Óp. cit., nota 35.

³⁴⁴ Ídem.

b) Velar por que el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sana, así como acerca de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios.³⁴⁵

Al respecto la CNDH, en su recomendación No. 15, menciona que las obligaciones básicas están orientadas al respeto que se le exige de abstenerse de intervenir, directa o indirectamente, en el disfrute del derecho a la salud; al deber que tienen las instituciones públicas de adoptar medidas para impedir que terceros interfieran en la protección de la salud, y el deber jurídico de las autoridades vinculadas con los servicios públicos de protección de la salud de adoptar las medidas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad a este derecho.³⁴⁶

Asimismo, en la Observación General No. 14 se contemplan obligaciones básicas contraídas respecto a la salud y obligaciones prioritarias comparables.³⁴⁷

En un breve resumen de todas estas obligaciones de los DESC aplicables, en particular del derecho a la salud, se encuentran la prohibición de discriminación, la obligación de adoptar medidas inmediatas para hacer plenamente efectivo el derecho —que comprende las obligaciones de formulación de un plan y de provisión de recursos, incluidos los recursos judiciales, la obligación de garantizar el nivel o contenido mínimo o esencial de los derechos, y la obligación de progresividad — que implica la prohibición de regresividad, o prohibición de retroceso social.³⁴⁸

Además, en la *Declaración de Alma-Ata*³⁴⁹ se hace hincapié en la función decisiva que la atención primaria de salud desempeña en el sistema sanitario de un país, destacando la formulación de políticas, estrategias y planes de acción nacionales como parte de un sistema nacional de salud integrado.

Uno de los principios que más han influenciado y que incluso forman parte del texto constitucional recientemente, derivado de la reforma que crea el Instituto

³⁴⁵ Ídem.

³⁴⁶ Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación General 15. Sobre el derecho a la protección de la salud. México: CNDH, 2009, consultado 29 de abril a las 23:00 horas en https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/Generales/RecGral_015.pdf

³⁴⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Óp. cit., nota 35.

³⁴⁸ Véase Sepulveda, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Amberes, Intersentia, 2003.

³⁴⁹ Declaración de Alma Ata, Conferencia internacional sobre atención primaria de salud, *Alma-Ata, URSS*, 1978.

de Salud para el bienestar (INSABI) es la calidad que va implícita en el esfuerzo de prevención, el otro gran reto del sistema, es el de la integración sectorial.

Las medidas tendientes a la satisfacción plena de la salud son innumerables y muy específicas para cada país, empero reconozco que para hacer exigible este derecho, se necesita establecer y operar de manera adecuada sistemas integrales de salud efectivos que comprendan la atención sanitaria y los factores determinantes básicos de la salud, componentes esenciales para garantizar el derecho al disfrute del nivel más alto posible de bienestar físico, mental y social.

Se colige que gran parte de la satisfacción del derecho a la salud, es gracias a la tutela administrativa, es decir, en el diseño de políticas públicas, acciones programáticas y servicios a cargo de la autoridad administrativa como ente regulador en la prestación de servicios de salud.

La existencia de instituciones públicas eficientes y sujetas a permanente escrutinio democrático, con capacidad de elaborar normas de alcance general, de sancionar o prevenir el surgimiento de privilegios privados, es esencial para una garantía robusta de los derechos sociales.

En este entendido, son los aparatos burocráticos y coercitivos del Estado — reacios a la aceptación de controles, de límites y vínculos— los que constituyen una amenaza para la generalización de los derechos. Así, cuando dan, quitan o discriminan de manera arbitraria derechos, sin motivación suficiente o cuando reprimen de manera ilegítima o simplemente cuando niegan a los destinatarios de los derechos, a partir de la desinformación y la falta de calidad en los procesos de toma de decisión, estamos ante una violación de derechos humanos.³⁵⁰

Como último nivel en la exigibilidad de los derechos humanos, destaca el control judicial de la actividad administrativa, que será impulsado por los titulares, al verse afectados en la prestación de los servicios de salud, a través de las autoridades administrativas conducentes.

La exigibilidad de los derechos sociales en todos sus rubros, es un mecanismo para concretar la satisfacción de estas necesidades que en condiciones de pobreza son negadas. En este sentido, el uso del discurso de los derechos humanos, particularmente de los derechos sociales, por los propios individuos

³⁵⁰ Pisarello, Gerardo. Óp. cit., nota 98.

titulares de los mismos, se convierte en una herramienta muy poderosa para garantizar el piso mínimo de necesidades básicas.

Debe señalarse que recientemente tanto para los titulares de los derechos como para los abogados que litigan los casos de violaciones, el derecho se ha descubierto como una vía perfectamente viable para la defensa también de los derechos sociales.

Es imperioso hacer alusión a la potencialidad del litigio internacional para propiciar avances internos en el régimen de protección de los derechos humanos. Esta es la mayor contribución que el uso del sistema internacional de protección puede ofrecer: fomentar progresos y avances internos en la tutela de los derechos humanos en un determinado Estado. No es admisible que los Estados acepten derechos y nieguen las garantías de su protección.

2.4.3 Mecanismos en el ámbito judicial

Para efectos de la exigibilidad judicial de los derechos sociales, hay al menos dos fuentes de problemas jurídicos. La primera está relacionada con la concepción de estos derechos como derechos "defectuosos", como normas programáticas que no establecen genuinos derechos subjetivos, sino meros programas políticos y sociales. La segunda atañe a ciertas concepciones acerca del control judicial de constitucionalidad y su relación con la democracia, que si bien pueden considerar a los derechos sociales como auténticos derechos humanos, no reconocen a los Tribunales competencia para controlar las decisiones legislativas relacionadas con estos.³⁵¹

La justiciabilidad, se entiende como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho³⁵², por lo que podemos desprender que esta forma de protección de los derechos humanos, es una más de las vertientes que contempla la exigibilidad, siendo ésta un concepto más amplio, pero sin lugar a dudas ambas definiciones se encuentran vinculadas con la cuestionada efectividad de la que este derecho constitucional en México ha sido objeto.

³⁵¹ González Piña, Alejandro, Los derechos sociales y su exigibilidad. Algunos problemas para su protección a través del juicio de amparo, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 2019.

³⁵² Abramovich, Víctor, and Christian Courtis. "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales". *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1997.

La judicialización del control sobre la efectividad de este tipo de derechos a partir de los *Principios de Limburgo* sentaron interpretativamente las bases para el control jurisdiccional directo de algunos derechos.³⁵³ En ese sentido, el tipo de exigibilidad, mejor conocida como justiciabilidad, se basa en la competencia del poder judicial, esto es, de los tribunales de proteger derechos constitucionales cuando las personas o grupos —a través de acciones individuales o colectivas— reclaman por la violación de sus derechos.

Derivado de este dinamismo social en la construcción del derecho a la salud, se captura el lenguaje que subyace a los derechos humanos como un lenguaje de protesta moral y enseñanza para el activismo transnacional dentro de la práctica normativa más amplia de los derechos humanos hoy, esto a partir del accionar de este mecanismo de protección judicial de los derechos humanos.

La exigibilidad de los DESC, en concreto, la acción judicial, requiere un análisis que va más allá del plano teórico, como se aborda en este apartado, trasladándose al estudio empírico, mediante el estudio de casos y la elaboración de líneas jurisprudenciales que se centran en esta investigación en satisfacción del derecho a la salud.

La justiciabilidad de un derecho se plantea cuando los sujetos obligados a hacer o no hacer algo incumplen con dicha obligación. En estas situaciones, el titular del derecho debe tener la posibilidad de dirigir un reclamo para que una autoridad haga cumplir la obligación o imponga reparaciones o sanciones por incumplimiento. La justiciabilidad representa de esta forma una técnica de garantía del cumplimiento de las obligaciones que se desprenden del derecho de que se trate.³⁵⁴

Existen ciertas obligaciones del Estado que son susceptibles para la exigibilidad judicial de los derechos sociales. Víctor Abramovich y Christian Courtis desarrollan ampliamente el tipo de obligaciones que se desprenden del derecho internacional de los derechos humanos que brindan la posibilidad de la exigencia de los derechos sociales por la vía judicial. Desde su perspectiva, existen dos vías de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: la de exigibilidad directa, en la que el objeto de la articulación judicial tiene como sustento la invocación directa de un derecho, y la de exigibilidad indirecta, en la que la tutela del derecho social se logra a partir de la invocación de un derecho distinto, como el principio de igualdad y no discriminación, el debido proceso, los derechos civiles y políticos, otros derechos sociales, límites a los derechos civiles y políticos

³⁵³ Manuel Beneitez, María José Bernuz, and Manuel Calvo García. Óp. cit., nota 95.

³⁵⁴ Pisarello, Gerardo, Óp. cit., nota 98.

justificados por los derechos sociales y la información como vía de exigibilidad de los derechos sociales.³⁵⁵

Para ambos autores el incumplimiento de las obligaciones negativas por parte del Estado abre un enorme campo para la justiciabilidad de los derechos sociales. El principio de no discriminación en el ejercicio de los derechos es un ejemplo claro de una obligación de este tipo, cuya violación se constata cuando las condiciones para el acceso y goce de un derecho resultan discriminatorias. El incumplimiento de las obligaciones positivas del Estado, es decir, omisiones del mismo en sus obligaciones de realizar acciones o tomar medidas de protección y satisfacción de los derechos, también permite impulsar acciones judiciales. Cuando el incumplimiento de la obligación positiva del Estado es absoluto se ha cuestionado mayormente la posibilidad de justiciabilidad de los derechos sociales. En estos casos resulta difícil promover el cumplimiento a través de la actuación judicial debido a que el Poder Judicial no está facultado para realizar acciones de política pública o para la asignación de presupuesto.³⁵⁶

En cambio, cuando el incumplimiento de las obligaciones positivas del Estado es parcial, queda abierta la posibilidad de plantear judicialmente la violación por asegurar discriminatoriamente el derecho. En síntesis, cuando el Estado presta un servicio en forma parcial, discriminando a sectores de la población, es materia ampliamente justiciable.³⁵⁷

Adicionalmente, estos autores sugieren que el incumplimiento del Estado puede plantearse, en muchos casos, en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica. Por ejemplo, en el caso de 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. Aunque hacerlo de esa forma significa limitar la defensa del derecho al caso en particular, en lugar de tener efectos colectivos.³⁵⁸

Estos autores destacan el valor que puede tener una sentencia judicial independientemente de su inviabilidad. Así sostienen que en casos en los que la sentencia de un juez no resulte directamente ejecutable por requerir de provisión de fondos por parte de los poderes públicos, la acción judicial tiene valor en tanto el Poder Judicial declare que el Estado ha incumplido con las obligaciones asumidas

³⁵⁵ Abramovich, Víctor, Courtis, Christian, Óp. cit., nota 205.

³⁵⁶ Ídem

³⁵⁷ Ídem.

³⁵⁸ Ídem

en materia de derechos sociales. En situaciones como esta, la sentencia puede constituirse en un importante vehículo para canalizar hacia los poderes públicos las necesidades de la agenda pública y de esta forma el Poder Judicial en un poderoso instrumento de formación de políticas. Finalmente, también puede vincularse la exigencia de derechos sociales al reclamo de derechos civiles y políticos.³⁵⁹

Es innegable la existencia de limitaciones a la justiciabilidad de los derechos sociales, derivadas entre otros aspectos de la falta de mecanismos o garantías judiciales adecuadas. Sin embargo, de lo sugerido por Abramovich y Courtis bien puede sostenerse la existencia de varias alternativas para impulsar la exigencia de éstos por la vía jurisdiccional. Ello nos lleva a considerar los derechos sociales como justiciables a partir de alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación.³⁶⁰

Una consideración final sobre las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales que me parece relevante es la relacionada con su efectividad. Para los derechos civiles, como por ejemplo el derecho a la vida o a la integridad personal, la violación puede ser sancionada pero ciertamente no anulada por la vía jurisdiccional, en cambio, la violación por incumplimiento de un derecho social puede ser reparada mediante su ejecución, aunque tardíamente.³⁶¹

Para tratar de cerrar la distancia entre la concretización de los derechos humanos civiles y políticos y la de los derechos humanos económicos, sociales y culturales, es esencial pensar en posibilidades prácticas para la realización de esta última categoría de derechos, bien sea en términos de justiciabilidad, bien sea por medio de las políticas públicas.³⁶²

Uno de los primeros pasos en lo que se refiere a la justiciabilidad, es la creación de leyes favorables para el goce de los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Entre las posibilidades, es importante vislumbrar mecanismos procesales (incluso con estatus constitucional) destinados a garantizar específicamente los derechos humanos económicos, sociales y culturales.³⁶³

En este sentido, las garantías jurisdiccionales de un derecho social pueden ser aún más efectivas que las dirigidas a los derechos civiles. Este me parece un argumento a favor de las garantías jurisdiccionales para los derechos sociales en

³⁵⁹ Ídem.

³⁶⁰ Ídem.

³⁶¹ Cervantes Alcayde, Magdalena, Óp. Cit., nota 19.

³⁶² Piovesan, Flavia, Óp. cit., nota 1.

³⁶³ Ídem.

tanto a partir de ellas se puede, a diferencia de lo que ocurre con otros derechos, resarcir la vulneración del derecho. Hay una cuestión que no puede dejar de señalarse en relación con las garantías jurídicas y es que éstas deben preverse para todas las etapas del proceso judicial, incluida la ejecución de la sentencia. De no ser así, de no estar garantizadas las condiciones jurídicas y objetivas para la ejecución de la sentencia, la misma podría carecer de toda efectividad y consecuentemente la garantía secundaria de eficacia. Así como los procesos judiciales —como el amparo— son una garantía secundaria de los derechos, la ejecución efectiva de la sentencia, lo que supone que existan mecanismos de apremio o de coacción ante el incumplimiento de la misma, viene a ser una especie de garantía de la garantía secundaria.

Como parte de estos mecanismos de protección, encontramos el juicio de amparo previsto en la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103° y 107° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual acontece con motivo de actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Las críticas que se dirigen a los derechos sociales tienen que ver con este tipo de intervención de los Tribunales. A grandes rasgos, este tipo de objeciones sostienen que los Tribunales no están capacitados técnicamente y/o legitimados democráticamente para afectar la distribución de recursos o las políticas públicas. Se trata pues de objeciones que tienen que ver con la invasión de funciones por parte del poder judicial.³⁶⁴

Lo que sí hay que tener en cuenta es que este tipo de protección jurídica contribuye —o puede contribuir— de otra forma importante. Por ejemplo, el interés del poder judicial en la protección de los derechos constitucionales cumple una función educativa frente a quienes sistemáticamente les han negado a los derechos sociales el carácter de derechos y de ser fundamentales o humanos. De cierta forma, sirve para evaluar la actuación tanto del legislativo como del ejecutivo, al señalar la falta de coherencia de la legislación ordinaria con los derechos sociales constitucionales.

A título ilustrativo, merece ser destacado el caso en la Corte Interamericana del problema del suministro de medicamentos a portadores del virus VIH, a partir de

³⁶⁴ Cruz Parceró, Juan Antonio, *Óp. cit.*, nota 99.

la violación al artículo 4º de la *Convención Americana*, esto se traduce en una violación al derecho a la vida en una construcción judicial por conexidad que denota la potencialidad de la litigiosidad internacional para propiciar avances internos en el régimen de protección de los derechos humanos. Esta ha sido una de las grandes contribuciones que el uso del sistema internacional de protección ha podido fomentar acerca de los progresos y avances internos en la tutela de los derechos humanos en un determinado Estado, sumando esfuerzos para optimizar la justiciabilidad y la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.³⁶⁵

Las altas jurisdicciones nacionales han desarrollado estándares importantes en la materia, en las que se aprecia que las personas que viven con el VIH son un grupo de atención prioritaria, por lo que uno de los componentes fundamentales para salvaguardar sus derechos (salud, vida e integridad personal) lo constituye la dotación continua e ininterrumpida de medicamentos antirretrovirales. Sin embargo, para que la atención sea integral también se debe brindar atención médica para enfermedades oportunistas, haciendo uso del máximo de los recursos disponibles.

Si bien existe temor de que se *judicialicen* en exceso las políticas sociales, no es óbice para que el poder judicial tenga un rol importante en la realización de los derechos sociales. Es así como, derivado de dichas causas judiciales, se puede generar una posible intervención en la planificación de áreas sociales tan relevantes como la salud, la educación y la previsión social, por lo que llevados estos juicios de manera adecuada pueden cumplir un rol muy relevante en la protección de los derechos sociales, generando muy probablemente cambios a nivel de la administración o del Poder Legislativo.³⁶⁶

Como respuesta a las nuevas disparidades e inequidades que añadieron las reformas en salud aplicadas en los últimos 30 años —como lo menciona Abramovich— se incorpora la necesidad de garantizar la salud como un derecho. En consecuencia, comienza a desplegarse un importante activismo judicial vinculado a lograr mayores garantías en materia de salud. En este entendido se acrecienta el activismo judicial que tiene por objetivo el uso estratégico de los tribunales por organizaciones dedicadas al litigio de interés público, como el mayor uso de los tribunales por particulares para canalizar demandas al Estado o a empresas prestadoras de servicios de salud. En la actualidad, tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como los tribunales inferiores en Argentina, como

³⁶⁵ Piovesan, Flavia, Óp. cit., nota 1

³⁶⁶ Bustos, R., Óp. cit., nota 223.

en la Corte Interamericana, así como en nuestro país, se han tratado un número importante de casos en relación con el derecho a la salud.³⁶⁷

Por ejemplo, en 1978 la *Declaración de Alma-Ata* instó a las naciones a garantizar la disponibilidad de los elementos esenciales de la atención primaria de salud, incluyendo: educación sobre los problemas de salud y los métodos para prevenirlos y controlarlos; promoción del suministro de alimentos y una nutrición adecuada; un suministro adecuado de agua potable y saneamiento básico; atención de la salud materno infantil, incluida la planificación familiar; inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; prevención y control de enfermedades endémicas locales; tratamiento apropiado de enfermedades y lesiones comunes; y suministro de medicamentos esenciales.

Con la emisión de normativa internacional en este ámbito y los estudios recientes en el campo médico mayoritariamente y la aparición de nuevas dimensiones a partir de este campo de salud pública, se fueron construyendo sentencias más sólidas cuyos efectos únicamente se daban para el caso concreto, como lo establecen los artículos 103°, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 76° de la Ley de Amparo.

En ciertas ocasiones, no se descarta que los Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, al dar efectividad al amparo, se adopten medidas que tengan efectos para más personas que las que actuaron como partes en el caso concreto, este tipo de efectos, denominados ultra partes, colaterales al estar unidos por una relación de conexidad fáctica o funcional.

Para destacar la trascendencia de esta forma de protección de los derechos humanos, mejor conocida como justiciabilidad, se destina un capítulo en particular, en el que se analiza la contribución de las interpretaciones de los tribunales mexicanos en la progresión de este derecho, a partir de una interrelación entre las disposiciones internas y lo contemplados en tratados internacionales de los que nuestro país es parte.

No podemos olvidar que dado el avance en la consideración de los DESC como derechos que están en el mismo rango, conlleva ciertas implicaciones con consecuencias trascendentales, entre las que se encuentra el aceptar que los derechos humanos no tienen jerarquía entre sí, que los mismos pueden ser

³⁶⁷ Abramovich, Víctor, and Laura Pautassi, Óp. cit., nota 175.

justiciables de manera directa, tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Esto nos permitirá incorporar al discurso jurídico “nuevos derechos” creados por la interpretación judicial, en aras de la satisfacción de necesidades ya reconocidas en todo un cuerpo normativo muy amplio, pero que se interpreta de manera armónica, tanto en lo horizontal como en lo vertical.

En el último capítulo habremos de ocuparnos del acceso a la justicia en nuestro país, en donde individuos que han sufrido un acto de la autoridad que afecta su derecho a la salud, o incluso la omisión de cumplir con las obligaciones para éstos en su acceso a los servicios de salud en toda la extensión, acuden a esta instancia para que se les garantice el mismo. Este estudio de las resoluciones judiciales en la materia nos ayudará a profundizar acerca de cómo el derecho a la protección de la salud de todos los mexicanos se hace efectivo en la vía judicial, como última forma de exigibilidad de los derechos humanos.

Una línea jurisprudencial bien estructurada, deja al lector mejor preparado para entender un tema social o político complejo y apremiante.³⁶⁸

- Diego López Medina -

CAPÍTULO 3. METODOLOGÍA DE ANÁLISIS DE LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DEL DERECHO A LA SALUD

Una vez que ha quedado establecido en los capítulos precedentes nuestro objetivo de análisis, esto es, el derecho a la salud y las distintas vertientes que incorpora, así como las formas y mecanismos que hacen posible su cumplimiento, es momento de adentrarnos en la forma en cómo realizaremos el estudio de los diversos fallos que han abordado esta prerrogativa en nuestro país en los últimos 25 años.

En aras de comprobar nuestras premisas respecto a que es el Poder Judicial quien ha dotado de contenido al derecho a la salud en sus distintas dimensiones, procedemos a nuestro objetivo principal consistente en demostrar —con la ayuda de la identificación de líneas jurisprudenciales— que los Tribunales en la emisión de sus determinaciones en casos particulares relacionados con la salud del individuo o de la colectividad, dotan de contenido al enunciado constitucional mediante una reconstrucción hermenéutica del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad en aras de determinar el reconocimiento y titularidad de dichas pretensiones. Lo anterior a partir del análisis al discurso judicial.

De igual forma este estudio busca obtener un diagnóstico judicial sobre el acceso a estas distintas dimensiones del derecho a la salud, mediante el análisis de sentencias a partir de la elaboración de líneas jurisprudenciales.

La identificación de líneas jurisprudenciales se lleva a cabo mediante el estudio de los argumentos consignados en diversas sentencias del ámbito federal que sirvieron de cimientos para ir delineando los alcances de este derecho, dándole concreción al contenido del derecho a la salud en todas sus dimensiones, o al menos en gran parte de ellas, lo que se podrá observar con el trazado de líneas jurisprudenciales en estas dimensiones y sus respectivos rubros.

³⁶⁸ López Medina, Diego Eduardo. El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Legis, 2006.

El puente entre la exigibilidad, de manera particular la cuestión de la justiciabilidad, y la concreción del derecho a la salud a partir de las razones expresadas en las ejecutorias es el que nos interesa, toda vez que es quien realmente habrá de reafirmar los mecanismos de protección de las otras dimensiones (legislativo y administrativo). Esto se logra, a partir de los efectos que genera en estos poderes la interpretación judicial desde un diálogo interinstitucional basado en la interpretación conforme y pro persona. Se advierte que esto se logra alcanzar cada vez más frecuencia por parte del activismo judicial a través del litigio estratégico.

Con base en este análisis de casos, se explora el impacto (exigibilidad) de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la adopción de diversos parámetros jurisprudenciales por parte del legislador y de la administración pública, lo que puede entenderse como una suerte de diálogo interinstitucional.

Un ejemplo de la repercusión de estos fallos es la definición de salud que encontramos en las reformas a la Ley General de Salud de 2012, así como el capítulo relativo al Ejercicio especializado de la Cirugía, que en su oportunidad fueron motivo de controversia y que, a partir de las determinaciones del máximo tribunal, se logró la tutela al derecho a la salud, como un tema de orden público. Así las cosas, se observa como la jurisprudencia en esta materia, en lugar de simplemente emitir principios rectores al respecto, ha creado disposiciones explícitas y concretas.

Los tribunales por sí solos no pueden garantizar la plena realización de los DESC, puesto que, en última instancia, la responsabilidad recae en el Estado.³⁶⁹ Hemos de reconocer que este análisis jurisprudencial se coloca en un terreno resbaladizo, dado el discurso constitucional no contempla, como lo hemos referido, todas las dimensiones de este derecho, por lo cual los tribunales han desarrollado técnicas para adjudicar la aplicación de estos derechos.

Recientemente la SCJN, consciente de recopilación y seguimiento incremental de sus propios criterios, lo cual es de la mayor importancia en temas como el que nos ocupa, ha ido publicando cuadernos de jurisprudencia en torno a distintos derechos, desafortunadamente aún no hay dentro de esta colección algún

³⁶⁹ Ngwena, Charles, and Rebecca Cook. *Óp. cit.*, nota 142. En este sentido, también la SCJN ha reconocido la salud como un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, toda vez que la Constitución difiere a la ley la regulación del acceso al sistema de salud la realización del derecho a la salud tiene como punto de partida el sistema que organice el Estado para responder a la demanda de servicios de la comunidad.

trabajo relativo al estudio jurisprudencial del derecho a la salud. Utilizaremos pues, como metodología de análisis la reconstrucción de líneas jurisprudenciales, mismas que nos permitirán conocer el contenido y alcance de este derecho para los distintos problemas de la salud, mismos que recientemente se han explorado en nuestros tribunales.

En este entendido, cabe preguntarnos, ¿Qué derechos específicos incluye el derecho individual y social a la salud? ¿Cómo se define el “estándar más alto posible” de salud? Aun con su ambigüedad, en lo individual la salud abarca, como parte de su contenido básico mínimo: disposiciones básicas de atención médica de emergencia necesarias para salvar vidas, incluido el tratamiento de enfermedades prevalentes, la provisión de medicamentos esenciales y salvaguardas contra las formas graves de salud ambiental.³⁷⁰ Y queda aún por explorar el ámbito social, ya que principalmente lo que se reclama por la vía jurisdiccional son aquellas afectaciones individuales, incluso colectivas, pero no sociales.³⁷¹

Seguiremos con mucha atención la evolución de la jurisprudencia en nuestro país, para dar cuenta como la justiciabilidad del derecho a la salud ha ido consolidándose en nuestro país, previo a la reforma en materia de derecho humanos de 2011 y los impactos generados por la misma, al considerar al derecho a la salud como un derecho humano más dentro de la Carta Magna.

Esto en razón de la cuestionada ausencia de todos los elementos de la estructura formal de los derechos, que persigue a los DESC, principalmente en cuanto a que los derechos se construyen con: un sujeto obligado,³⁷² un contenido a satisfacer por éste, el beneficiario del mismo y los mecanismos de protección, el derecho a la protección a la salud, es considerado tradicionalmente como un derecho de orden programático y de prestaciones positivas, carente de un

³⁷⁰ Meier, Benjamin Mason, et al, Óp. cit., nota 118.

³⁷¹ Al respecto, la distinción para los efectos de la interposición de reclamos en la vía jurisdiccional, entre colectivo y social radica en que mientras lo primero se refiere a un grupo de individuos con ciertas características acuden en una acción colectiva para proteger sus intereses y no más allá, lo social tiene implicaciones en toda la sociedad sin necesidad de que hayan acudido a demandar de la autoridad el respeto a su derecho a la salud, para poder clarificar este punto, de los casos en estudio, no se apreció que un acto de reclamo consistiera en un tema de salud pública, como la prevención, promoción, protección contra riesgos sanitarios o de vigilancia epidemiológica de toda una sociedad, sino que se hace de manera individual y muy ocasionalmente de forma colectiva, pero única y exclusivamente de actos que les afectan a ellos y no a la sociedad en su conjunto.

³⁷² Si bien la doctrina clásica hace referencia a que el Estado es el obligado a respetar, promover, proteger y garantizar los derechos humanos, recientemente la doctrina, derivada de las construcciones jurídicas hechas por el Tribunal alemán ha hecho extensiva la imposición de deberes a particulares, lo que se tomó en consideración por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver un caso implicado con el alcance de este derecho a la salud.

beneficiario determinado y una falta de garantías formales, por lo que su evolución en nuestro país se ha producido a raíz de la interpretación judicial desde su consideración como derecho humano, primero en el orden internacional y luego en el ámbito interno.

A pesar de las críticas en cuanto a la ausencia de mecanismos de reparación de este derecho y su justiciabilidad, vemos en los últimos 25 años que ésta es una realidad, tan es así que el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, interpretado de manera sistemática con el artículo 1o. de la Ley Fundamental, establece el derecho fundamental de acceso a la impartición de justicia, que se integra a su vez por los principios de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita. Derecho que se encuentra detallado a su vez por diversas especies de garantías o mecanismos tendentes a hacer efectiva su protección, cuya fuente se encuentra en el derecho internacional, y que consisten en las garantías judiciales y de protección efectiva previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁷³

La sentencia que aludimos en el capítulo anterior al hablar de la tutela judicial, fue relativa al amparo en revisión 2231/97, la cual marcó un precedente extraordinario para la justiciabilidad de este derecho, que en un principio manifestó que este derecho no otorgaba a los gobernados una prerrogativa para dotar de medicamentos de manera arbitraria, sino los que produjeran los mejores beneficios terapéuticos posibles, constituyendo una determinación considerada como un hito en la justiciabilidad, puesto que con ella se da un cambio de paradigma respecto al derecho a la salud y su efectividad mediante la intervención judicial, a solo 13 años de emitida la Ley General de Salud.

Cabe destacar que las sentencias escogidas se relacionan con la cobertura de salud, dejando de lado otras que, si bien tienen conexión con la salud, no aportan

³⁷³ Al respecto véanse también las tesis “TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA. PARA LOGRAR LA EFICACIA DE ESE DERECHO HUMANO LOS JUZGADORES DEBEN DESARROLLAR LA POSIBILIDAD DEL RECURSO JUDICIAL.” y “DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA. ETAPAS Y DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN.” En las cuales se confirma la implementación de los mecanismos necesarios y eficaces para desarrollar la posibilidad del recurso judicial que permita cristalizar la prerrogativa de defensa. Y acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales. Dentro de las garantías mencionadas que subyacen a este derecho fundamental de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 constitucional, están las siguientes: 1. El derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial; 2. La existencia de un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales; 3. El requisito de que sea la autoridad competente prevista por el respectivo sistema legal quien decida sobre los derechos de toda persona que lo interponga; 4. El desarrollo de las posibilidades de recurso judicial; y, 5. El cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

conclusiones relevantes para este trabajo. En concreto, se excluyeron los fallos en los cuales se resolvieron cuestiones previsionales, conceptuales o procesales. Teniendo en cuenta que se van a exponer las principales conclusiones sin realizar un análisis pormenorizado de cada caso, queda a disposición el listado completo de los fallos analizados en este trabajo.

Hacia la parte final de este trabajo, se repasan los mecanismos de garantía judicial del derecho a la salud en nuestro país, destacando algunos casos paradigmáticos, siendo posible identificar en todos ellos la justiciabilidad autónoma del derecho a la salud o bien la vía de la protección indirecta, puesto que como se ha señalado la justiciabilidad del derecho a la salud viene dada en mayor medida a través de la interrelación de este derecho con otros derechos fundamentales.

Previo al estudio acerca del reconocimiento del derecho a la salud en la jurisprudencia nacional, de estas luchas en los tribunales para la consecución de este derecho, expondremos la noción conceptual de jurisprudencia y la forma en cómo se integra en nuestro país para dar paso a la metodología de líneas jurisprudenciales que habremos de utilizar para cumplir con los objetivos y pretensiones planteadas en este trabajo de investigación.

3.1 JUDICIALIZACIÓN E INTERPRETACIÓN

Ante el fracaso de las políticas públicas en materia de salud y de las medidas legislativas que no responden al contexto social, así como de las violaciones constantes al derecho a la salud en todas sus dimensiones, los particulares se han visto en la necesidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales para poder exigir se les garantice el más alto nivel posible de salud a través de las medidas necesarias que el Estado tenga a bien establecer en la protección de este bien jurídico.

Este tipo de exigibilidad de los derechos sociales remite a la posibilidad de reclamar judicialmente el cumplimiento de las obligaciones derivadas, por lo que no podemos tenerlos como sinónimos, en atención a la forma en que se observará como el recurso judicial es sólo una, aunque quizás la más potente, de las vías para exigir los derechos ante los poderes públicos.³⁷⁴

Por lo cual ante la negativa de diversas prestaciones que derivan del disfrute de los servicios de salud, los tribunales han acudido en auxilio de las personas que tienen a bien reclamar estas prerrogativas mediante la vía jurisdiccional, analizando

³⁷⁴ Abramovich, Víctor, Christian Courtis, Óp. cit., nota 138.

los juzgadores estos reclamos y a partir de una configuración normativa del derecho a la salud y del análisis de los hechos, determina la violación de sus derechos en el ámbito de la salud que se analice y adjudica al justiciable una protección que en algunos casos se contrae en el reconocimiento de nuevos derechos, como es el de recibir un tratamiento oportuno, el suministro de medicamentos, así como el derecho a recibir una vacuna.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ido construyendo la doctrina de que la Constitución es, ante todo, una norma jurídica. Tal situación implica el reconocimiento de las siguientes premisas: *i)* en primer término, todo el contenido de la Constitución tiene un valor normativo inmediato y directo, teniendo la posibilidad de facto de desenvolverse en todo su contenido; *ii)* adicionalmente, la Constitución requiere de un esquema idóneo que la proteja frente a actos o disposiciones que la pretendan vulnerar, pues su fuerza normativa radica tanto en su capacidad de adaptarse a los cambios de su contexto, así como en su permanencia, la cual no se refiere a una inmutabilidad, sino a su cabal aplicación; y *iii)* la Constitución es el fundamento de validez del resto del ordenamiento jurídico, de lo cual se desprende la posibilidad de llevar a cabo un control de regularidad normativa respecto de aquellas disposiciones que la contraríen.³⁷⁵

En este entendido, el derecho a la salud es un contenido de primera importancia en el texto constitucional, ya que se reconoce como un derecho humano y, por tanto, un parámetro de control constitucional de la conducta de las autoridades políticas. Consecuentemente, en la jurisprudencia mexicana, el derecho a la salud se ha utilizado como parámetro de validez de las leyes y como fundamento para obligar a las autoridades de los distintos niveles de gobierno a realizar ciertas acciones.

Es por ello que es de suma importancia considerar a la justiciabilidad como un mecanismo complementario para la exigibilidad de los derechos humanos, puesto que para la sociedad actual, no basta con la existencia del derecho a la salud como una idea, como simple expectativa o como un plan de gobierno pendiente de instrumentar, sino que es necesario que éste se garantice a través de una norma subjetiva que haga efectivo el derecho en caso de incumplimiento por parte del Estado obligado a ello, además de contar con un medio de control judicial que permita hacer exigible el derecho, es decir, que ese derecho se haga justiciable.

³⁷⁵ Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo, "La justiciabilidad del derecho a la salud en México", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, México, año III, núm. 5, julio-diciembre de 2017.

La justiciabilidad de los derechos, no es otra cosa que la expresión viva de la lucha por los derechos de Ihering, esa situación de disenso a la que alude Muguerza, y el repudio a estos derechos de papel de Guastini, es el derecho en movimiento. A este respecto, Ihering, en su ensayo “la lucha por el derecho” menciona que el Derecho indica un fin, es decir, el objetivo que se propone y los medios para llegar a él y aunque estos medios puedan ser muy variados, siempre se reducen a la lucha contra la injusticia, en este sentido, el derecho es la lucha visto como un medio y el fin es alcanzar la paz, pues la lucha es un parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea. Por lo que es de concluir que todo derecho debió ser adquirido por la lucha, por una idea de fuerza para conseguir un mundo de justicia.³⁷⁶

Más que nunca, esta lucha por los derechos está en nuestros días en los tribunales, ya sea a partir de peticiones individuales mediante el juicio de amparo, acciones colectivas o de litigios estratégicos que buscan detonar una modificación en la normatividad que conlleve una protección más amplia de derechos.

La justiciabilidad de los derechos humanos, si bien es un tema procesal, lo cierto es que esta exigencia también responde a los reclamos sociales, a este disenso respecto a afectaciones en el disfrute de sus derechos humanos, y es precisamente a través de este reclamo ante las instancias legales que se busca una especie de reconocimiento de derechos vetados, ya sea porque la afectación se debe a una acción o una omisión del responsable a garantizarlo.

Este reconocimiento de derechos nominados e innominados de los Tribunales, si bien tiene efectos relativos, lo cierto es que no está exento de incidir en el diseño de las políticas públicas y del ulterior desarrollo legislativo, por lo que es indispensable analizar, en conjunto con la justiciabilidad, al disenso como impulsor de derechos. Se precisa analizar el papel de la justiciabilidad en la teoría del reconocimiento, particularmente en el ámbito jurídico, no desde la visión positivista, sino desde el enfoque de reivindicaciones y de triunfos de los sujetos ante la autoridad, como una conquista de mayores espacios de protección de su persona y de los bienes que le son relevantes y fundamentales para el desarrollo de sus planes de vida.

La “judicialización de la salud” puede ser comprendida como un fenómeno caracterizado por diferentes aspectos, entre los cuales se pueden destacar los siguientes: a) gran cantidad de demandas judiciales versando sobre prestaciones

³⁷⁶ Ihering, Rudolf Von, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, T. IV, DeBailly-Baillere e Hijos, Madrid, 1892.

relacionadas al derecho a la salud; b) fuerte actuación del poder judicial en la determinación de prestación de medicamentos y de tratamientos de alto costo a los poderes públicos que repercuten, en cierta medida, en sus disposiciones presupuestarias; c) tendencia de utilización de poder judicial como “primera opción” en términos de satisfacción del derecho, en detrimento de las vías administrativas convencionales, y no como *última ratio*. Los problemas que representa la judicialización de la salud, es consecuencia del fracaso de las garantías primarias, por lo que es imprescindible que los poderes legislativos y ejecutivo, tomen en consideración los fallos relevantes que se derivan de la justiciabilidad del derecho a la salud, no como llamadas de atención, sino como acciones de mejora en la promoción, respeto, protección y garantía del mismo.

No podemos olvidar que cada vez es más recurrente acudir a las llamadas garantías secundarias, como las denomina Ferrajoli,³⁷⁷ para hacer efectivo el cumplimiento de este derecho, entre el aspecto negativo o positivo del Estado, se van dando estas denuncias sobre las violaciones a esta prerrogativa, ya sea por acciones que vulneran precisamente este estado de bienestar físico, mental o social y por otra, por omisiones del Estado para dar cuenta del mismo.

Como alude Langford³⁷⁸ en las últimas décadas hemos sido testigos de un cambio radical, los DESC parecen haber sido rescatados en parte de las controversias en torno a la legitimidad, legalidad y justiciabilidad y en muchas jurisdicciones se les ha otorgado un lugar más preponderante en las actividades de defensa, en el discurso y la jurisprudencia, objetivos planteados por este trabajo. Por lo que, si bien ha ido avanzando, no ha alcanzado este proceso de madurez de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y por ende la forma en el que se concretan ha sido a través de la judicialización de éstos, en el caso concreto del derecho a la salud, se ha ido ampliando el alcance de este derecho fundamental a partir de casos relevantes sometidos al escrutinio del poder judicial.

Para Arango, los elementos institucionales que explican por qué funciona la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales tiene que ver con: a) Disfuncionalidad institucional; b) Activismo civil; c) Participación social; d) Innovación judicial.³⁷⁹ Bajo esta estructura, es importante ahondar en estos elementos, con la finalidad de sostener firmemente que los derechos sociales

³⁷⁷ Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005.

³⁷⁸ Langford, Malcolm, Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico, *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, 6, 2009.

³⁷⁹ Arango, Rodolfo, *Óp. cit.*, nota 277.

pueden y deben ser —y de hecho en algunos casos son— protegidos a través de la intervención judicial.³⁸⁰

Se acepta que la intervención judicial es por lo general, algo positivo, aunque se suelen aceptar y discutir algunos límites. Quienes están en contra o se mantienen más escépticos respecto de la viabilidad de la justiciabilidad sostienen que no es posible determinar las obligaciones correspondientes de los derechos sociales y, por ende, el alcance de las decisiones judiciales; que la maquinaria judicial no es adecuada para esta tarea; también ponen en duda tanto la legitimidad de los Tribunales para tomar decisiones que afectan al gobierno al invadir atribuciones, tanto en ejecución de gasto como en “re diseño de políticas públicas” e incluso en la emisión de normativa.

Es evidente que la condición de justiciabilidad requiere identificar las obligaciones mínimas de los Estados en relación a los DESC y es este quizá el principal déficit del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de las normas que consagran los derechos, como en las elaboraciones de los órganos internacionales encargados de la aplicación de los tratados y en los escasos aportes doctrinarios.

El incumplimiento de las obligaciones positivas y negativas abre un enorme campo de justiciabilidad para los derechos económicos sociales y culturales, cuyo reconocimiento pasa a constituir un límite y por ende un estándar de impugnación de la actividad estatal no respetuosa de dichos derechos.

Tal es el caso de la violación por parte del Estado del derecho a la salud, a partir de la contaminación del medio ambiente realizada por sus agentes, o en la violación del derecho a la vivienda, a partir del desalojo forzoso de habitantes de una zona determinada sin ofrecimiento de vivienda alternativa, o en la violación del derecho a la educación, a partir de la limitación de acceso a la educación basada en razones de sexo, nacionalidad, condición económica u otro factor discriminatorio prohibido, o en la violación de cualquier otro derecho de este tipo, cuando la regulación en la que se establecen las condiciones de su acceso y goce resulte discriminatoria.

Es en esta justiciabilidad del derecho a la salud que las personas han encontrado un medio para la solución individual a sus pretensiones, inclusive en

³⁸⁰ Courtis, Christian, Ni un paso atrás, la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006.

algunos casos interesantes, esta forma jurisdiccional de garantizar su cumplimiento ha tenido efectos colectivos, aún con el principio de relatividad de las sentencias.

Entre los motivos que detonan la justiciabilidad del derecho a la salud, se encuentran la falta de medicamentos, de atención médica, de calidad, de establecimientos de salud, de condiciones sanitarias adecuadas, de factores ambientales seguros, escasez de personal de salud, insumos inseguros, infraestructura precaria, de cultura de promoción y prevención, de enfermedades cardiovasculares, que en suma es una violación a los componentes del derecho a la salud.

Los componentes del derecho a la salud, recordemos, son la atención médica, la vigilancia epidemiológica, la promoción y prevención de la salud, la protección contra riesgos sanitarios, las enfermedades transmitidas por vectores y la investigación en salud como componentes de este derecho en conjunto con los determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.

Desde hace tiempo la garantía jurisdiccional de los DESC se ha convertido en un tema recurrente en la discusión académica y judicial. Las posiciones van desde aquellas que consideran que los DESC son normas programáticas y no tienen cabida en un tribunal, hasta las que estiman que la solución a todos los conflictos sociales debe quedar en manos de los Tribunales. Incluso, se han propuesto vías alternativas para su justiciabilidad, como sucede con las visiones dialógicas.³⁸¹

El reconocimiento de los derechos sociales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar las barreras que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho. De modo que, aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social, no puede afirmarse que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho como derecho subjetivo, hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento. Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho

³⁸¹ Mac-Gregor, Eduardo Ferrer, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino también la posibilidad de reclamo ante el incumplimiento.³⁸²

El tema de la justiciabilidad de los derechos sociales, esto es, que la administración de justicia pueda imponer estos derechos, se ha convertido en uno de los temas centrales de discusión y si bien no aparece como la única vía para protegerlos, al menos sí figura como una forma privilegiada para la garantía de los mismos. En pocos casos se aclara o se asume que se trata de una forma de protección³⁸³

Ningún derecho, independientemente del grupo al cual pertenezca, es materialmente justiciable si no se cuenta con estos mecanismos y normas; dicho en otras palabras, si no se puede reclamar un derecho utilizando los mecanismos jurisdiccionales porque su contenido normativo puede ser tan indeterminado que permita la posibilidad de que los que ostentan los derechos no poseen ningún derecho particular a nada, entonces, no estaríamos frente a un derecho jurídicamente exigible sino ante una aspiración de valor moral. La justiciabilidad no le otorga a un derecho la calidad de tal, pero refuerza esa calidad en la medida en que establece los parámetros específicos de exigibilidad frente a quien se ha comprometido a protegerlo y no sólo a proclamarlo.³⁸⁴

La revisión judicial de los actos del poder público, a fin de verificar su conformidad con los derechos humanos y el cumplimiento de las decisiones de los órganos jurisdiccionales —estatales e internacionales— en materia de derechos humanos es un requisito indispensable para satisfacer los estándares de un Estado social y democrático de derecho cada vez más exigente.³⁸⁵

Melish ha expresado que uno de los modelos tradicionales de protección de derechos sociales en los sistemas regionales de derechos humanos ha sido precisamente el enfoque indirecto de las garantías procesales. El enfoque indirecto mediante las normas procesales no es algo nuevo, pues ya ha sido utilizado en casos concretos en la práctica de los órganos internacionales de derechos humanos. Su fuerza deriva de dos aspectos esenciales. En primer lugar, las normas procesales, al proteger el proceso en general, no se limitan a ningún tipo específico de derecho sustantivo. Por eso su aplicación es en gran parte inmune a las críticas

³⁸² Abramovich, Víctor, Courtis, Christian, Óp. cit., nota 205.

³⁸³ Cruz Parceró, Juan Antonio, Óp. cit., nota 99.

³⁸⁴ Bolívar, Ligia, Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12003.pdf> 1996.

³⁸⁵ Aguilar Cavallo, Gonzalo, Óp. cit., nota 101.

tradicionales sobre la justiciabilidad de los DESCAs. En segundo lugar, las garantías procesales protegidas se aplican no sólo a los derechos en general sin importar el instrumento en el que se encuentren, sino también a todos los derechos reconocidos en la legislación interna de los Estados Partes.³⁸⁶

El interés reciente por el estudio del derecho a la salud, se ha dado desde varios enfoques, el primero de ellos, es la vinculación con los derechos humanos, como se apreció previamente, lo cual, si bien es un avance significativo en su realización es insuficiente. Lo cierto es que por la urgencia que representa en la plena satisfacción del mismo, se ha incrementado el reclamo del mismo ante los órganos jurisdiccionales, quienes han jugado un papel trascendental en la garantía del mismo.

Es fundamental entender este último recurso en la exigencia de los derechos y el papel que juega el juzgador en la construcción de contenido normativo principalmente, puesto que aún con el involucramiento del legislador para la formulación de las políticas públicas, los tribunales están obligados a encontrar un contenido normativo independiente de ese derecho en cada caso particular atendiendo a las circunstancias específicas a partir de la traducibilidad de todos sus contenidos en diversas normas jurídicas.

En el armado de este rompecabezas legal, el juzgador debe de valerse de todos los elementos normativos mínimos previstos no solo en el texto constitucional sino todos aquellos contenidos en tratados internacionales, y en toda la legislación aplicable al caso, sea de la jerarquía que sea, siempre y cuando otorgue potestades a los individuos en relación a un acto relacionado con la prevención, promoción, rehabilitación, paliativas o curativas, incluyendo aquellas que sean de urgencia.

Cuando se habla de la justiciabilidad de los derechos sociales, es importante enfocar el ámbito en el que operan los derechos sociales y la utilidad o valor que tiene la justiciabilidad como una forma de garantizar estos derechos, al menos existen algunas conexiones entre la justiciabilidad de los derechos sociales y la forma como se organiza un Estado de bienestar. Se distinguen dos maneras básicas de entender la justiciabilidad: *a)* la justiciabilidad constitucional que por medio de recursos legales directos permite que jueces, tribunales y cortes supremas conozcan de presuntas violaciones a los derechos sociales cuando estos tienen un carácter constitucional o fundamental, y *b)* la justiciabilidad asociada al

³⁸⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Óp. cit., nota 279.

funcionamiento de políticas públicas, donde los mecanismos legales pasan a reforzar el diseño y ejecución de las políticas sociales y su desviación.³⁸⁷

Si bien los principales DESC han sido consagrados en el plano internacional en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como auténticos derechos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho.³⁸⁸

Abramovich, ha sido muy crítico al destacar que resultan perfectamente viables muchas de las acciones judiciales, acciones de inconstitucionalidad, de amparo o incluso de reclamo de responsabilidad de daños y perjuicios e inclusive de responsabilidad penal. La actividad positiva del Estado que resulta violatoria de los límites negativos impuestos por un determinado derecho económico, social o cultural resulta cuestionable judicialmente y, verificada dicha vulneración, el juez decidirá privar de valor jurídico a la acción o a la manifestación de voluntad del Estado viciada, obligándolo a corregirla a manera de respetar el derecho afectado.³⁸⁹

Por otro lado, respecto a las omisiones del Estado en sus obligaciones de realizar acciones o adoptar medidas de protección y aseguramiento de los derechos en cuestión, el incumplimiento general y absoluto de toda obligación positiva por parte del Estado, resulta sumamente difícil promover su cumplimiento directo a través de la actuación judicial, en razón de que se cuestiona si el Poder Judicial es el medio adecuado para realizar planificaciones de política pública.

En general, el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, la discusión procesal genera problemas dado que otras personas afectadas por el mismo incumplimiento no participan del juicio, el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, o bien para dictar la reglamentación omitida, por mencionar algunos efectos de las determinaciones.

³⁸⁷ Parceró, Juan Antonio Cruz. "Los derechos sociales y sus garantías: un esquema para repensar la justiciabilidad." *Monteros, Javier Espinoza de los; Ordóñez, Jorge. Los derechos sociales en el Estado Constitucional. Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 2013.*

³⁸⁸ Cosarin, Víctor E. Abramovich, and E. Víctor. *Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Diss. Universidad de Buenos Aires, 1997.

³⁸⁹ Abramovich, Víctor, and Laura Pautassi, Óp. cit., nota 175.

Son estos alcances de las sentencias objeto de estudio, los que resultan interesantes, tanto en la declaratoria de una formación de contenido esencial del derecho, a partir de su núcleo y las dimensiones que lo rodean, así como de las imposiciones a la autoridad, que pueden ser desde cesar los efectos, otorgar la protección, instruyendo a un hacer o un proporcionar, hasta perfeccionar el marco normativo ante posibles omisiones legislativas.

La constitucionalización de los derechos sociales ha sido demandada al hilo de los avances en la justiciabilidad de los mismos y a los avances de la doctrina constitucional en algunos países para superar la objeción de la división de poderes. Más concretamente, la constitucionalización de los DESC es la única garantía que puede asegurar estos derechos frente a la fragilidad de los mismos ante un cambio de gobierno.³⁹⁰

Cruz Parceró logra identificar la relación con la justiciabilidad de los derechos sociales. Para ello, introduce dos formas de justiciabilidad: *a)* la justiciabilidad relacionada con la protección directa de los preceptos constitucionales, y *b)* la justiciabilidad relacionada con el funcionamiento y diseño de políticas sociales. A la primera la denomina *justiciabilidad constitucional* y a la segunda *justiciabilidad de políticas públicas*. La justiciabilidad constitucional se basa en la competencia del poder judicial, esto es, de los Tribunales de proteger derechos constitucionales cuando los individuos o grupos —a través de acciones individuales o colectivas— reclaman por la violación de sus derechos, especialmente se limita a los derechos sociales protegidos en las constituciones, tanto de manera explícita como implícita. Se trata de un tipo de garantía jurídico - formal que puede adoptar modelos como el *habeas corpus*, *el amparo* o *la tutela* y las acciones colectivas -.³⁹¹

De este tipo de intervención judicial puede resultar que se ordene una provisión específica de bienes o recursos económicos, la prestación de un servicio específico a favor del demandante o del grupo involucrado con la acción colectiva. También puede tener como resultado un pronunciamiento dirigido al poder legislativo y/o al ejecutivo de legislar en el sentido de llenar alguna laguna legislativa o de poner remedio a un problema que afecte los derechos sociales de determinadas personas.

Mientras que la justiciabilidad de políticas públicas está relacionada con el diseño de las políticas públicas y con las formas de exigir responsabilidad y transparencia. Los mecanismos jurídicos sirven como una tuerca más en el diseño

³⁹⁰ Manuel Beneitez, María José Bernuz, and Manuel Calvo García. Óp. cit., nota 95.

³⁹¹ Cruz Parceró, Juan Antonio. Óp. cit., nota 98.

de dichas políticas, pero juegan el rol importante de poner a disposición de los ciudadanos —beneficiarios o no de programas sociales— mecanismos de control y de supervisión.

Este tipo de justiciabilidad es más fácil de concebir en cuanto a sus límites y su contenido, precisamente porque está —o debe estar— estrechamente relacionada con el funcionamiento y diseño de las políticas sociales. Por ejemplo, el reclamo sobre el monto de una pensión o de un crédito de vivienda de un trabajador, una queja sobre el tipo de atención médica para un paciente, la expulsión de un niño de una escuela pública, etc., son el tipo de casos de este tipo de justiciabilidad. Los Tribunales y tribunales se convierten en un poder asociado al mantenimiento de la legalidad o, en algunos casos, un poder para resolver casos de contradicciones y de lagunas jurídicas.

La justiciabilidad en este sentido es solo parte de la forma en que debe funcionar un Estado de derecho. Los recursos jurídicos son en este sentido un refuerzo de las garantías que funcionan en un nivel posterior. Aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social, no puede afirmarse que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho como derecho subjetivo, hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento.

Es importante tener en cuenta que lo que hace que los derechos sociales sean exigibles inmediatamente es la existencia de una política gubernamental destinada a garantizarlos, junto con la legislación correspondiente, dotada de instrumentos propios y adecuados para su justiciabilidad. La inexistencia de tales mecanismos en otras áreas, más allá de la simple definición de una legislación favorable revela, muchas veces, la intención de postergar la validez de los derechos humanos económicos, sociales y culturales a un futuro incierto, al tiempo que muestra la falta de compromiso con los derechos humanos como un todo.

Aunque el Comité DESC fue enfático al señalar que el PIDESC no estipula los medios concretos que pueden utilizarse para aplicarlo en el ordenamiento jurídico nacional, sí ha resaltado que los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte; en cuanto a la materia judicial para determinar cuál es la mejor forma de dar eficacia jurídica a los derechos reconocidos en el Pacto es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la justiciabilidad.

En este sentido, la justiciabilidad se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales. Dos aspectos importantes a destacar y que quizá han pasado inadvertidos en la discusión de la justiciabilidad de los DESCAs en el plano nacional e internacional es, por un lado, que el compromiso de adoptar medidas en el ámbito del cumplimiento y la realización paulatina de los DESCAs, no exige, ni excluye un modelo único de economía para la materialización de este tipo de derechos; por el contrario, el PIDESC es neutral y, por lo tanto, los modelos económicos existentes no representan un obstáculo o justificación para no cumplir con las disposiciones del Pacto.³⁹²

Lima Lopes, señala "esta importancia al referir que el Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas. Si no fuese por la actitud de los ciudadanos de reivindicar judicialmente y en masa sus intereses o derechos, estaríamos más o menos donde estuvimos siempre". No cabe duda de que la implementación de DESC depende en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha que por naturaleza corresponden a los poderes políticos, siendo muy limitados los casos en los que el Poder Judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquéllos²⁶.

Uno de los primeros pasos en lo que se refiere a la justiciabilidad, es la creación de leyes favorables para el goce de los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Entre las posibilidades, es importante vislumbrar mecanismos procesales (incluso con estatus constitucional) destinados a garantizar específicamente los derechos humanos económicos, sociales y culturales.

Si bien para la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud en el juicio de amparo, es menester constatar que se invoque la violación de un derecho fundamental que incorpora pretensiones jurídicas subjetivas y que la invasión al derecho que se denuncia represente un tipo de vulneración remediable por dicha vía, lo cierto es que ello no permite descartar que, en ciertas ocasiones, dar efectividad al amparo implique adoptar medidas que colateral y fácticamente tengan efectos para más personas que las que actuaron como partes en el caso concreto, siempre y cuando tales efectos tengan una relación fáctica o funcional con los de las partes.³⁹³

³⁹² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Óp. cit., nota 279.

³⁹³ Gutiérrez Domínguez, Fernando. "Secretaría de Salud: la salud en la Constitución mexicana", Colección INEHRM, 2018.

Combatir el argumento de la no justiciabilidad de los derechos sociales no comporta, en suma, defender que su justiciabilidad sea siempre sencilla, ni menos aún, por ejemplo, que los derechos sociales deban ser más justiciables que los derechos civiles y políticos. De lo que se trata es de defender la justiciabilidad equivalente de todos los derechos, esto es, la idea según la cual nada impide que los derechos sociales sean tan justiciables como los derechos civiles y políticos y, desde el punto de vista no ya sólo axiológico, sino jurídico, tan “fundamentales” como éstos.³⁹⁴

Al respecto, Alexy destaca el papel de la justiciabilidad, al manifestar que en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución".³⁹⁵

Los argumentos esgrimidos por los objetores de la justiciabilidad de los DESC parten de diferenciar la naturaleza de estos derechos, con la de los derechos civiles y políticos. Uno de los argumentos que se repiten para sostener la pretendida distinción de los derechos civiles y políticos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, radica en el supuesto carácter de obligaciones negativas del primer género de derechos, mientras que los DESC implicarían el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deben solventarse con recursos del erario público

La actual inadecuación de los mecanismos o garantías judiciales no dice nada acerca de la imposibilidad conceptual de hacer justiciables los derechos sociales, sino que más bien exige imaginar y crear instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos hay que potencializar la litigancia de los demás derechos económicos, sociales y culturales, por medio, incluso, de la violación de derechos civiles como “puerta de entrada” para demandas relativas a los derechos económicos, sociales y culturales.³⁹⁶

La noción de que todos los DESC tienen al menos algún aspecto que resulta claramente exigible judicialmente. Apoyamos este desarrollo en jurisprudencia de tribunales y órganos internacionales que confirma la existencia de aspectos

³⁹⁴ Pisarello, Gerardo. Óp. cit., nota 98.

³⁹⁵ Alexy, Robert, en *Alexy, Robert, et al.* Óp. cit., nota 196.

³⁹⁶ Piovesan, Flavia, Óp. cit., nota 1

similares entre ambas categorías de derechos, presentando algunos criterios concretos que hacen justiciables derechos sociales aun cuando pueda considerarse formalmente que la norma invocada consagra un derecho civil o político.

Los estudios recientes y sobre todo las sentencias en torno a este tema, apuntan a sostener que los derechos sociales *pueden y deben ser* —y de hecho en algunos casos son— protegidos a través de la intervención judicial; se acepta que la intervención judicial es, por lo general, algo positivo, aunque se suelen aceptar y discutir algunos límites. Quienes están en contra o se mantienen más escépticos respecto de la viabilidad de la justiciabilidad sostienen que no es posible determinar las obligaciones correspondientes de los derechos sociales y, por ende, el alcance de las decisiones judiciales; que la maquinaria judicial no es adecuada para esta tarea; también ponen en duda tanto la legitimidad de los Tribunales para tomar decisiones que afectan financieramente al gobierno, como su incapacidad o falta de experiencia para llegar a determinaciones adecuadas en tales casos, y la falta de consideración de intereses de terceros afectados que no son parte de un proceso judicial, entre otros temas.

Esto se suma a la adopción por parte de la comunidad internacional de un instrumento que acepta la posibilidad que los titulares de derecho puedan presentar denuncias ante un órgano de protección internacional en materia de derechos sociales, significa que la comunidad internacional reconoce que la justiciabilidad de derechos es conceptualmente posible y ofrece vías para materializar la tutela.³⁹⁷

Precisamente, el desarrollo de nuevos mecanismos procesales y nuevas formas de utilización de los mecanismos procesales tradicionales, ha logrado robustecer la justiciabilidad de los DESC, campo en el que se está avanzando de modo significativo en los últimos años. La justiciabilidad de los DESC ante órganos jurisdiccionales nacionales y supranacionales ha experimentado en las últimas dos décadas un extraordinario impulso tanto a nivel de la doctrina como a nivel de los defensores de derechos humanos y redes de ONGs dedicadas al litigio estratégico.

Se trata de un fenómeno reciente que concede actualidad y vigencia al tema. Las supuestas distinciones entre derechos civiles y derechos sociales no suelen verse tan tajantes como pretenden los partidarios de la doctrina tradicional. Al contrario, con argumentos sólidos de dogmática jurídica se pasó del paradigma de la no justiciabilidad, que caracterizaba a los DESC como de “segunda generación”, a un nuevo paradigma de su plena exigibilidad, como derechos capaces de ser

³⁹⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Óp. cit., nota 279.

reclamados por vía judicial, del mismo modo que los derechos civiles y políticos, con sus diversos matices en los distintos continentes.³⁹⁸

Bajo estas consideraciones podemos hablar de justiciabilidad directa, siendo aquella que permite acudir a las instancias de justicia ante la violación de un derecho, reclamando del juzgador emita las medidas, ya sea cautelaras o el cese de éstas, para salvaguardar al individuo en el ejercicio de dicho derecho, y nos encontramos con la *justiciabilidad indirecta* cuando se invoca un derecho o derechos civiles o políticos u otros derechos sociales distintos a los que se busca proteger, en virtud de su innegable reconocimiento y el respaldo judicial eficaz: sea porque no entrañan condicionamientos, tienen ventajas probatorias o una protección más extensa. De ningún modo es azarosa la elección de vías indirectas de justicia, recurrir a derechos conexos se propone como una alternativa de justicia de los DESC, solamente cuando la exigencia directa de éstos resulte inaccesible.

En la justiciabilidad indirecta, los derechos civiles y políticos son la opción más común para reivindicar los DESC, puesto que gozan de mecanismos más eficientes para su tutela, tanto en el ámbito internacional como en el nacional.

Tanto en el ámbito internacional como en los sistemas de derecho internos, la justiciabilidad surge como una de las vías más efectivas de acceso a la justicia para resolver los conflictos relacionados con los derechos sociales, y en el presente caso el derecho a la salud.

Es posible que los tribunales no consideren que los DESC y las condiciones sociales sean pertinentes para las causas que tienen ante sí. Incluso cuando estos derechos se consideran jurídicamente exigibles, es posible que los tribunales no estén dispuestos a mantener el espíritu y la intención de la ley, además de la letra. Asimismo, por lo general los tribunales están físicamente alejados de las personas que más los necesitan, y cuando no es el caso, suelen ser más accesibles para los ricos que para los pobres. Es posible que los tribunales no hagan justicia debido a la corrupción. Las pocas expectativas y los deficientes resultados actuales de los tribunales afectarán a la confianza del público en el sistema y a su utilización, en particular por las personas que han sufrido la violación de sus DESC y necesitan protección.³⁹⁹

Que la naturaleza y la intensidad de las obligaciones que las normas imponen a los poderes públicos o a los particulares para mantener, preservar, restablecer o

³⁹⁸ Von Bogdandy, Armin, et al, Óp. cit., nota 101.

³⁹⁹ <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12sp.pdf>

promover la salud son directamente relevantes desde la perspectiva del contenido garantizado por el derecho a la salud y pueden ser denunciadas por los particulares en caso de afectación, aunque no sean los destinatarios de las citadas normas. Así, las obligaciones que la ley impone a publicistas, promotores de productos derivados del tabaco, propietarios o poseedores de lugares concurridos, áreas interiores de trabajo (públicas o privadas, incluidas las universidades e instituciones de educación superior) o consumidores de productos derivados del tabaco, por ejemplo, dan forma a una específica modalidad de goce del derecho a la salud y, por tanto, delimitan su contenido en una sociedad determinada.

Esto denota una ruptura con el enfoque tradicional de un perjuicio individual y directo, ya que la naturaleza y amplitud de las obligaciones que las normas imponen a los poderes públicos y a los particulares para mantener, preservar, restablecer o promover la salud son directamente relevantes desde la perspectiva del contenido garantizado por el derecho a la salud y pueden ser denunciadas por los particulares en caso de afectación, aunque no sean los destinatarios de las citadas normas, es decir, es un interés legítimo para accionar la justiciabilidad de este derecho.

Los tribunales nacionales han dictado sentencias respecto de toda la gama de obligaciones de los Estados de dar efectividad a los DESC, desde la prevención del daño hasta el financiamiento para remediar la desigualdad y sentencias para garantizar el acceso a servicios esenciales y medicamentos.

Así, la jurisprudencia generada no está exenta de las objeciones en el sentido de que la justiciabilidad de los DESC es democráticamente ilegítima o está institucionalmente plagada de complejidades, pero ofrece un contexto más fundamentado para estos debates y su resolución judicial. Es crucial que quienes deseen alentar el desarrollo del derecho y la práctica de la justiciabilidad de los DESC usen como base los desarrollos jurisprudenciales y las lecciones aprendidas a partir de los litigios exitosos. Significa dar a conocer muchos de los caminos de la justiciabilidad insuficientemente utilizados, emprender la larga lucha por mejorarlos en otros lugares, construir alianzas nacionales y transnacionales con diferentes grupos de derechos humanos, movimientos sociales y comunidades, y concentrarse en casos que sean concretos, vitales y que revelen un fracaso de la política.

Hace falta sabiduría para evitar un uso excesivo o demasiado ambicioso del sistema judicial que desmovilice las posibilidades de acción política o desarrollo gradual de jurisprudencia, ejerciendo al mismo tiempo el derecho humano fundamental a un remedio efectivo y asegurando que los DESC se incorporen a la

jurisprudencia y, por extensión, al espacio político y de políticas de los Estados-nación.⁴⁰⁰

Los críticos que reconocen exclusivamente a los derechos sociales un carácter programático consideran incompatible la garantía de estos derechos por vía judicial con el Estado democrático de derecho. La discrecionalidad legislativa en la fijación de los fines sociales y en la escogencia de los medios para alcanzar dichos fines, sería sustituida por la discrecionalidad judicial, pasando nuestro Estado de la forma liberal y democrática a una modalidad de Estado judicial donde reinaría la arbitrariedad y se eliminaría la libertad.⁴⁰¹

Es importante que el tema de la *justiciabilidad* y de otras formas de garantía jurídica lo podamos enfocar a partir de esta relación estrecha con la forma en que se diseñan y operan las políticas públicas. La selección de cierto tipo de políticas genera problemas de diseño relativos a los titulares.⁴⁰²

De lo anterior destaca el establecimiento de un marco normativo adecuado y la provisión de procedimientos de tutela administrativa y judicial para la presunta víctima acompañadas de todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho humano al nivel más alto posible de salud.

Aunque incipiente, la justiciabilidad de los derechos sociales y económicos en la experiencia de nuestro país es capaz de invocar un legado transformador y emancipador, con la ruptura paulatina de una visión conservadora y formalista del Poder Judicial, sin que ello signifique que no sea necesario avanzar en las estrategias de litigio dentro de los alcances que optimizan la justiciabilidad y exigibilidad de los derechos económicos y sociales, como verdaderos derechos públicos subjetivos, mediante el empoderamiento de la sociedad civil y su protagonismo activo y creativo.

Dada la relevancia que ocupa la justiciabilidad y los criterios de interpretación que derivan de estas controversias judiciales, en lo que concierne el derecho a la salud, ha sido posible avanzar en la construcción de éste.

Si aceptamos que la salud es un derecho humano, la salud sería un derecho pleno, no un derecho de segunda generación (para algunos de segunda clase.) Un

⁴⁰⁰ Langford, Malcolm, Óp. cit., nota 378.

⁴⁰¹ Arango, Rodolfo, Óp. cit., nota 277.

⁴⁰² Cruz Parceró, Juan Antonio, Óp. cit., nota 98.

derecho humano que no lleva consigo un deber del Estado y un derecho de la persona, pero no es tal.

Para el caso de la salud, aunque ésta aparece mayoritariamente relacionada con los llamados derechos sociales, en una lectura más amplia y una mirada cuidadosa del derecho internacional de los derechos humanos es claro y concluyente que la salud existe como derecho, supera el marco de los derechos sociales para situarse, como cada uno de los derechos, en un derecho con personalidad propia y, en cuanto tal, sujeto de protección jurídica particular. Por lo que el puesto de la salud en el derecho internacional de los derechos humanos es indiscutible, está incluida de manera explícita en normas internacionales, aparece como límite al ejercicio de otros derechos; es el resultado no sólo de la acción de Estado sino de su abstención y finalmente, también aparece como derecho en sí.⁴⁰³

Una de las premisas de esta investigación es mostrar el vínculo constante existente entre el disenso acerca de determinadas circunstancias a las que se ve enfrentada la condición humana sobre el uso y disfrute de su derecho a la salud, factor detonante de la lucha que pretende revertir una situación injusta y cómo a partir de esta inconformidad va creciendo el disentimiento ante los abusos y la negación de dichos valores, creándose una exigencia moral de inclusión y reconocimiento de los mismos, que conlleva la pretensión y aspiración moral que sean convertidos sus reclamos en instituciones jurídicas dotadas de una institucionalidad que pueda garantizar su protección, cumplimiento y ponga fin a estas situaciones de negación, todo ello a través de la radiografía de la justiciabilidad al derecho a la salud en el lapso referido al inicio de esta investigación.

Esta finalidad atiende a la necesidad de difundir de manera adecuada los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación entre jueces, funcionarios públicos, litigantes, académicos, estudiantes de derecho y aquellas personas interesadas en el seguimiento y el estudio de la jurisprudencia del Tribunal de mayor jerarquía en el país. Lo anterior atiende a que la particular complejidad del sistema de precedentes mexicano hace muy difícil el conocimiento del derecho judicial, lo que obstaculiza su correcta aplicación a casos futuros en detrimento del derecho de igualdad en la aplicación de la ley, la seguridad jurídica y la imparcialidad de los Tribunales.

Con todo, el estudio riguroso de la jurisprudencia exige más que la sola lectura técnica de una sentencia o de un conjunto de ellas. Es preciso, en aras de

⁴⁰³ Currea Lugo, Víctor, Óp. cit., nota 22.

tener una perspectiva completa de la evolución jurisprudencial sobre un determinado asunto, precisar con certeza cuál es el precedente aplicable, vislumbrar eventuales giros en la postura jurisprudencial y potenciar y comprender mejor el papel de los precedentes en el sistema jurídico (como fuente, como mecanismo de control de la discrecionalidad judicial y como objeto de estudio), ir más allá y reconstruir la línea jurisprudencial frente al problema jurídico examinado.

Esta construcción de derecho se da desde las luchas sociales que reivindican necesidades humanas la conciencia de las carencias y las necesidades acaban concretando reivindicaciones por derechos o por su ampliación y reconocimiento, alejándose de este formalismo constitucional, en el que solo son posibles aquellos derechos que cuentan con eficacia directa como es el caso de las libertades.

De igual forma, al tomar como punto de partida estas consideraciones, los derechos humanos pretenden adquirir un carácter de reivindicaciones sobre exigencias morales de libertad e igualdad que alcanzan la expresión de potestades, facultades, inmunidades y atribuciones jurídicas cuya principal función es la de actuar como mecanismos de defensa de la persona ante cualquier posible atropello de la dignidad humana como estatus ante el desempeño de las funciones de la autoridad.

Con ello se pretende identificar en la decisión judicial, la garantía del derecho a la salud como prerrogativa constitucional inalienable e indisponible debido al derecho a la vida. Este derecho se correlaciona con el deber del Estado para formular e implementar políticas que tengan como objetivo garantizar el acceso de todos derecho universal e igualitario a la salud. Al ponderar los activos involucrados, hay que optar por respetar la vida, como derecho subjetivo inalienable garantizado por la propia Constitución, en detrimento del interés económico y secundario del Estado lo cual, como se ve, no puede ser un obstáculo para la implementación de la ley.

A partir del estudio y análisis de hechos específicos acontecidos en nuestro país en vísperas de su reconocimiento judicial, algunas veces en lo individual y otras veces con vísperas a una modificación o inclusión legislativa.

La constante en cada una de las sentencias a estudio, es la negativa o deficiencia en la prestación de servicios de salud y un sujeto inconforme ante esta inobservancia de sus convicciones relevantes, como es su estado de salud, amparado y reconocido en los ordenamientos legales como un derecho, pero que desafortunadamente le ha sido vetado y lo que pretende es que se le reconozca en

las dimensiones que lo componen, ya sea acceder a un tratamiento, a medicamentos, a la creación de infraestructura, a la delimitación de responsabilidad y reparación del daño, por aducir algunas situaciones en las que se da el derecho a la salud.

Con esto se pretende demostrar el impacto de la jurisprudencia emitida por la Corte, que puede identificarse en la adopción de diversos parámetros jurisprudenciales por parte del legislador y de la administración pública, lo que se entiende como una suerte de diálogo interinstitucional.

Es una constante que los pacientes recurrieran a la vía judicial directamente, obviando la vía administrativa establecida para obtener medicamentos especiales o porque los medicamentos no estaban disponibles por deficiencias en la gestión, o se reclamaban todos los medicamentos prescritos al paciente, sin discriminar si ya estaban incluidos. Los datos incluidos en esta revisión evidencian debilidades de los sistemas de salud para satisfacer las demandas de la población, particularmente en lo que respecta a garantizar el acceso a los servicios incluidos en las prestaciones de salud.

Ahora bien, del análisis de casos es difícil de estimar un acto de reclamo genérico como agravio y concepto de violación del litigio con respecto la gran cantidad de procesos que implican los litigios para el poder judicial y para la salud misma de la población. Por otra parte, es fundamental ahondar en el abordaje para el acceso a servicios que se reclaman y que no están en la mira de los particulares, tales como el tema de prevención, riesgos sanitarios, vectores, vigilancia epidemiológica e investigación en la materia de salud, que no son como tal acciones que el individuo observa, únicamente cuando ve afectado su propio cuerpo, por lo que extender la importancia que le ha dado el Poder Judicial a la salud pública es fundamental para alcanzar este derecho fundamental a la salud.

El planteamiento del problema jurídico a estudiar consiste pues, en determinar si los Tribunales en su quehacer jurisdiccional han dotado de contenido al derecho a la salud en estos últimos 25 años a partir de la consolidación y ampliación de los precedentes emitidos en esta materia o si solo han sido declarativos de las normas internacionales y pactos suscritos por nuestro país.

La judicialización de la salud ha despertado intensos debates en cuanto a su conveniencia o no frente a los reclamos de los individuos a raíz de las inequidades del sistema de salud, ya sea por la falta de aplicación de las reglamentaciones existentes o la falta de políticas públicas en materia de salud. Sin embargo, lo que

no puede discutirse es el incremento de los reclamos judiciales de salud en las últimas décadas. Este hecho tiene consecuencias económicas concretas en el sistema, generando costos que, en algún punto, terminan por ser trasladados a los mismos beneficiarios. Es decir, el reclamo de carácter individual genera indefectiblemente un impacto en el sistema de salud en su conjunto.⁴⁰⁴

Los reclamos judiciales por la salud parecen ser una muestra de las desigualdades que experimenta nuestro país en materia sanitaria, principalmente por la segmentación y fragmentación del sistema, la falta de disponibilidad de servicios de atención médica, la mala calidad en la prestación de los mismos, y el escaso acceso a insumos y tratamientos especializados.

El aumento de la justiciabilidad y de la judicialización de la salud hacen más compleja la tarea de elegir las sentencias relevantes, puesto que estaría incompleto el proceso al elegir únicamente aquellas que han devenido en la generación de jurisprudencia, sino que hay que ir más allá y hacer una investigación profunda de aquellas determinaciones que han tenido impactos, no sólo mediáticos, sino jurídicos y sociales para hacer realidad el objetivo constitucional, el garantizar el derecho a la salud a toda persona, incluidos los medicamentos.

Como aduce Edgar Aguilera, la resolución de controversias jurídicas plantea a quienes desempeñan la función jurisdiccional, el reto de llevar a cabo múltiples tareas intelectuales de una sofisticación insospechada en la faceta deductiva del proceso de toma de decisiones en sede judicial⁴⁰⁵. Parte de esta construcción argumentativa subyace en los razonamientos que hacen los juzgadores al construir su decisión, como una especie de ingeniería que le da forma al cuarto de máquinas que aduce Gargarella⁴⁰⁶, y que es la parte sustancial de las sentencias, en el entendido que para poder resolver un conflicto, por más sencillo que parezca, deben ofrecerse razones, procurando que sean la mejores a decir de Dworkin.⁴⁰⁷

Precisamente son estas razones, las que están sujetas a análisis de los Tribunales en la construcción de fallos subsecuentes y que denotan en su oportunidad y conforme a las reglas predeterminadas, la creación de jurisprudencia, criterios relevantes a considerar en la emisión de sus decisiones ya sea por novedad, relevancia o impacto de su restructuración puede servir de referencia en

⁴⁰⁴ Eleta, Juan Bautista. Óp. Cit., nota 92.

⁴⁰⁵ Aguilera, García, Edgar, El concepto de estándar de prueba, Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, Vol. 4, Núm. 6, enero-junio 2008.

⁴⁰⁶ Gargarella, Roberto. El constitucionalismo latinoamericano y la "sala de máquinas" de la Constitución (1980-2010). *Gaceta Constitucional*, vol. 48, 2011.

⁴⁰⁷ Dworkin, Ronald. *Law's empire*. Harvard University Press, 1986.

casos homólogos, para consolidar su determinación, ya sea en la misma línea o rompiendo con ésta.⁴⁰⁸

En los años recientes, este tema no ha quedado al margen de la atención que disciplinas distintas al derecho han puesto al sistema judicial. Por ejemplo, ante la falta de fuentes de información sistematizada sobre sentencias judiciales, diversas investigaciones han utilizado las compilaciones de tesis integradas por el Poder Judicial de la Federación para hacer inferencias sobre el sentido e impacto de la labor judicial en temas como la protección al medio ambiente, a la seguridad social, a la educación, a la igualdad, entre otros, pero ha sido omiso en lo que refiere al estudio de la salud.

Dichos trabajos dan cuenta de la evolución de la jurisprudencia de la Suprema Corte sobre el contenido y alcance de dichos derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal, a partir del estudio de los criterios de la Suprema Corte sobre los mecanismos procesales para la tutela efectiva de estos, como el interés legítimo en el juicio de amparo y las acciones colectivas.

La presente investigación nos permite comprobar cómo las determinaciones previas contenidas en las resoluciones relevantes dictadas por el Tribunal Constitucional van delineando el contenido del derecho a la salud de forma progresiva, desde los inicios en los que se trataron temas de acceso a medicamentos como parte de una adecuada atención médica, a un enfoque integral de la misma que sea constante, permanente y oportuno hasta las consideraciones de salud pública que el Estado está obligado a garantizar, prueba de ello lo encontramos en la sistematización que ha hecho el Poder Judicial, mismas que dan cuenta de resoluciones judiciales vinculadas a la protección de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a la salud.

En un esfuerzo importante, la UNAM a través de la colaboración con el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la SCJN por su parte, han emitido publicaciones al respecto de algunos temas relevantes, como es la donación de

⁴⁰⁸ Cabe señalar que la reflexión académica sobre la jurisprudencia se ha enfocado principalmente en “desentrañar su naturaleza jurídica”, exponer cómo han evolucionado las normas que la regulan en nuestro país, o bien, identificar los retos que su funcionamiento implica para la administración de justicia. Bernal Pulido, C., Camarena González, R. y Martínez Verástegui, A. (coords.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, SCJN, 2018.

órganos, la construcción de un pabellón para enfermos de VIH y el suministro de un medicamento.⁴⁰⁹

Aunque aún falta mucho por hacer, como lo es el tema que nos ocupa y dado el contexto en el que nos encontramos, es imprescindible que los usuarios de los servicios de salud, en todos los rubros, conozcan los razonamientos que han utilizado los juzgadores cuando se reclama el cumplimiento de este derecho esencial.

Desde luego, con motivo de la reforma en materia de derechos humanos los argumentos internacionales son cada vez más abundantes y frecuentes en las resoluciones dictadas por nuestros jueces y tribunales.

Sin embargo, a pesar de que la Suprema Corte cuenta en su estructura con la Dirección de Doctrina de la SCJN y Jurisprudencia Interamericana da seguimiento y difusión a la doctrina más relevante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual genera análisis e indicadores que muestren los cambios y progresos de nuestro máximo tribunal en materia de derechos humanos, así como desarrolla y actualiza herramientas tecnológicas para la compilación y sistematización de resoluciones relevantes en materia de derechos humanos de ambas Cortes, aunado a la promoción del estudio y análisis de los criterios protectores resueltos por las mismas, para fomentar en las nuevas generaciones de abogadas y abogados el conocimiento de los criterios nacionales e internacionales de derechos humanos, así como de las instituciones que se dedican a dicha materia,⁴¹⁰ estos esfuerzos en la materia que nos ocupa son insuficientes, puesto que como se observa de la recopilación de los criterios objeto de estudio, los análisis en torno al derecho a la salud son de índole individual, de estudios de caso particulares a sentencias específicas y no se da en relación a un patrón decisorio que permita identificar líneas argumentativas o continuidad y/o evolución en cuanto a un derecho en particular.

Las sentencias emitidas han logrado posicionarse como un novedoso discurso jurídico, de un derecho en movimiento protegido por la Constitución en su parte dogmática, reconociendo a través de su jurisprudencia, los alcances y contenido del derecho a la salud y los componentes del mismo como parte integral, entre los que destaca el acceso a medicamentos y política pública para que el

⁴⁰⁹ Al respecto véase Medina Arellano, María de Jesús, Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Cuaderno 84, Derecho a la salud, 2016. Así como Ingrid Brena, Óp. Cit., nota 4.

⁴¹⁰ <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/integrantes/1327>

Estado garantice este derecho, debiendo establecer los procedimientos necesarios para ello.

3.2 LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

Etimológicamente la palabra es un culturismo que proviene del latín *jurisprudentia*, que deriva de *jus* (que significa derecho) y *prudentia* (previsión o conocimiento), las que conjuntamente pueden entenderse como: la prudencia de lo justo. También se ha considerado que proviene de *prudens*, prudentes, que literalmente significa sabio, conocedor. *Prudentia* es una contracción (hacer de dos palabras una) de *providentia* que, a su vez, se compone de *pro*, que significa “antes”, y *video*, “ver”; es decir, la providencia puede ser entendida como ver de antemano o anticipadamente. De ahí que sea válido afirmar que la jurisprudencia implica la *prudentia* y no la *sapientia*, en la medida que la prudencia es una virtud subjetiva que permite al ser humano conocer aquello que debe evitar; lo que, trasladado al derecho, puede entenderse como la virtud para distinguir entre lo justo y lo injusto.⁴¹¹

El término jurisprudencia tiene al menos dos acepciones: la primera de ellas se utiliza para hacer referencia a todos los criterios dictados por los Tribunales o tribunales y, en el segundo de los casos, hablar de jurisprudencia implica asumir que el criterio al que se alude tiene carácter obligatorio.⁴¹²

En México, como lo aduce Sandra Gómora-Juárez es una práctica más o menos generalizada —principalmente en el ámbito jurisdiccional y académico— emplear la palabra “precedente” para referirse a cualquier resolución judicial previa —o el extracto elaborado a partir de ésta— que contiene algún criterio judicial, emitido por tribunales de igual o mayor rango que hayan resuelto previamente alguno de los casos como el que se pretende resolver.⁴¹³ No debe pasar inadvertido que las sentencias cuyo criterio no ha sido reiterado en cinco ocasiones se consideran “tesis aisladas”, ya que, al obtenerse la reiteración necesaria, la tesis aislada se torna en jurisprudencia.⁴¹⁴

⁴¹¹ Suero Alva, José Saturnino, *Contradicciones de Tesis Jurisprudenciales, Concepto y breves antecedentes históricos de la jurisprudencia en México*. Instituto de la Judicatura Federal, México, 2018.

⁴¹² Bernal Pulido, C., Camarena González, R. y Martínez Verástegui, A. (coords.). *Óp. cit.*, nota 408.

⁴¹³ Gómora Juárez, Sandra. *Un análisis conceptual del precedente judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

⁴¹⁴ Cabe advertir que, a partir de la reforma judicial de 2021, cuyo alcance fue constitucional y legal, el “precedente” se incorpora al orden jurídico mexicano para referirse a las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias del Pleno y las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En

La práctica de los tribunales de referir o citar ciertas decisiones pasadas por considerar que hay razones para sostener que se trata de buenos ejemplos a seguir en el caso actual es conocida en nuestro contexto jurídico como la práctica de seguir un precedente. En materia constitucional, la jurisprudencia mexicana no es un conjunto de sentencias, sino un conjunto de “criterios jurídicos” contenidos o derivados de las sentencias que dictan los tribunales federales cuando aplican la Constitución.⁴¹⁵

Como se verá enseguida, aunque esos criterios se extraen de las sentencias, su publicación y difusión se hace por completo desvinculada de los casos concretos y de las propias sentencias. Lo que un abogado consulta para preparar una defensa y los Tribunales invocan en sus sentencias como precedentes no son sentencias, sino lo que en nuestra cultura jurídica se denomina “tesis”,⁴¹⁶ es decir, criterios identificados por los propios tribunales que pueden sentar precedentes y que, al menos en teoría, deberían ser algo parecido a una *ratio decidendi*.

En muchas ocasiones se produce una asimilación entre ambos conceptos, utilizándose de forma intercambiable los términos jurisprudencia y tesis jurisprudencial. En relación con este tema, es importante señalar que en ejercicio de su potestad reglamentaria la Suprema Corte ha establecido que una tesis es “la expresión por escrito, en forma abstracta, de un criterio jurídico establecido al resolver un caso concreto”, de tal manera que “la tesis no es un extracto, una síntesis o un resumen de la sentencia” (énfasis añadido). Esta definición muestra que hay una clara semejanza entre lo que debería de ser una tesis y una *ratio decidendi*.⁴¹⁷

La jurisprudencia tiene un papel primordial en el funcionamiento del sistema jurídico mexicano, en tanto le da coherencia y uniformidad. Su consagración se encuentra en el párrafo décimo primero del artículo 94 de la Constitución Federal, que deja al legislador secundario la responsabilidad de fijar los términos de su obligatoriedad, así como los requisitos para su interrupción y modificación.

Tradicionalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación había definido a la jurisprudencia de la siguiente forma: “Cuando los ministros resuelven los casos que se someten a su consideración, ya sea en el Pleno o en las Salas, establecen

consonancia con esta reforma, nos referiremos a la jurisprudencia por precedente (JP), por reiteración (JR), por contradicción (JC) o a tesis aisladas de jurisprudencia (TA), según sea el caso.

⁴¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Jurisprudencia en México*, 2a. ed., 2005.

⁴¹⁶ En nuestro contexto, la “tesis” puede ser jurisprudencial y ser obligatoria, si obtuvo la reiteración y votos necesarios; o aislada, en tanto no haya alcanzado el número de reiteraciones necesarias será solo persuasiva.

⁴¹⁷ Suero Alva, José Saturnino. *Op. cit.*, nota 411.

criterios sobre la forma en que debe interpretarse la ley. Cuando existen cinco de estos criterios iguales y consecutivos se crea la jurisprudencia, misma que obliga a todos los órganos jurisdiccionales del país a aplicar la ley con ese criterio. Sin embargo, no sólo la Suprema Corte, sino también los Tribunales Colegiados y el Tribunal Electoral pueden establecer criterios de interpretación que son igualmente obligatorios para todos los Tribunales del país. Los principales casos en que puede crearse la jurisprudencia son cuando se resuelven los amparos en revisión o directos.”⁴¹⁸

No obstante, a partir de la reforma de 2021, la jurisprudencia se crea por precedente, por reiteración y por contradicción de tesis. Debe tomarse en cuenta que, debido al ámbito temporal de las sentencias que se analizan como parte de las líneas jurisprudenciales que aquí se presentan, los criterios revisados corresponden mayormente a criterios de la décima época del Semanario Judicial de la Federación, que contemplaba la creación de jurisprudencia: por reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución.

Sin descuidar el componente doctrinario o teórico, los principales aportes de esta investigación se construirán desde el análisis de los casos individuales que se advierten en la jurisprudencia constitucional relevante emitida por la Corte Constitucional, y que en definitiva mostrarán cómo está operando esta institución en la práctica. Desde la dimensión jurisprudencial, analizaremos el desarrollo del concepto de derecho a la salud, que parte de la Constitución pero que principalmente se muestra en la práctica diaria del máximo órgano de justicia constitucional del país.

Recientemente, la jurisprudencia ha adquirido gran relevancia, como parte complementaria de las fuentes formales de creación del derecho, al entenderse como una interpretación sobre la constitucionalidad de una norma.⁴¹⁹ El papel de nuestros Tribunales en estos últimos 25 años, al menos en el tema de salud, ha consistido en armonizar las normas a través de los ejercicios de ponderación respectivos, la línea jurisprudencial se ha desarrollado sobre el primero de estos supuestos, actuando ante estas lagunas jurídicas que configuran este "vacío legislativo" acudiendo en primera instancia a la analogía de los precedentes, después, a los principios generales del derecho.

En este contexto, las expectativas sobre la contribución que los Tribunales pueden hacer para dar concreción a este derecho son cada vez más grandes, ya

⁴¹⁸ Suero Alva, José Saturnino. Óp. cit., nota 411.

⁴¹⁹ Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, Debate, Madrid, 1990.

que es a partir de estos precedentes que se aprecian los movimientos legislativos y ejecutivos.⁴²⁰

En consecuencia, tanto en el ámbito internacional como en los sistemas de derecho internos, la justiciabilidad surge como una de las vías más efectivas de acceso a la justicia para resolver los conflictos relacionados con los derechos sociales, y en el presente caso, el derecho a la salud. Ello se identifica con mayor claridad a partir de la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y lugar determinados, y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación.⁴²¹

En términos funcionales, la jurisprudencia es el criterio jurídico, principio o fundamento que justifica una decisión, mismo que es utilizado como un modelo para resolver casos futuros. La posibilidad de generar criterios interpretativos generalizables a partir de casos particulares, hace que los derechos puedan materializarse y acerca la justicia a los gobernados.⁴²²

Contrario a la percepción de que el juez sólo es un aplicador pasivo de la norma jurídica, la jurisprudencia le otorga un rol diferente al juzgador, una actitud protagónica para que sus homólogos tomen como precedente sus razonamientos sobre temas sujetos a una decisión no regulado de manera formal, en la que no tiene cabida la subsunción. Como señala Santaella, el juez, y sobre todo el administrativo, lejos de ser un autómatas que aplica matemáticamente normas, en su labor hermenéutica es un verdadero creador de reglas jurídicas.⁴²³

Esto es, la actividad del Juez, al momento de fijar jurisprudencia, no se limita a lo que le es dado, sino que reviste otra forma más elaborada, perfeccionada e independiente, a través de un esfuerzo de sistematización de los principios base del ordenamiento jurídico, lo que le permite obtener una cierta representación de la vida del grupo social y de la norma ética a seguir. Con ello logra suplir las deficiencias del derecho positivo a partir de un esfuerzo por perfeccionarlo a través de una adecuada sistematización de los principios base establecidos por el ordenamiento

⁴²⁰ Un antecedente reciente a considerar es la instrucción de la SCJN a la Secretaría de Salud en el Amparo en revisión 57/2019 para que emita las reglas para el uso de medicinas con cannabis, en términos de la obligación consignada en los transitorios de la reforma acontecida a la Ley General de Salud, el 19 de junio de 2017.

⁴²¹ Para diversas definiciones de este concepto véase Suero Alva, José Saturnino. Óp. cit., nota 411.

⁴²² Gascón Abellán, Marina, "Motivación de las sentencias y jurisprudencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia su función?", en Marina Gascón y Álvaro Núñez Vaquero (coords.), *La construcción del precedente en el Civil Law*, Barcelona, Atelier, 2020, pp. 165-166; Suero Alva, José Saturnino. Óp. cit., nota 411.

⁴²³ Santaella Quintero, Héctor. *La línea jurisprudencial como instrumento esencial para conocer el Derecho. 2 Docencia y Derecho*, 2016, no 10.

jurídico determinado, en aras de atender a las necesidades específicas que cada caso concreto le demanda.⁴²⁴

En tal virtud, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha impulsado con mayor constancia estudios teóricos y prácticos sobre la jurisprudencia debido, en gran medida, a la relevancia que ésta tiene para el funcionamiento del sistema jurídico mexicano, y por la sólida tradición del Poder Judicial de la Federación en la difusión de sus criterios interpretativos para que éstos sean utilizados por los operadores jurídicos.

Dichos argumentos se tornan rectores de su decisión, de los cuales no pueden alejarse, sino que deben de emitir su determinación acorde a éstos, ya sea siendo reiterativos, consolidando o generando un criterio disruptivo a partir del mismo, siendo la piedra de toque en el desarrollo de su estudio de fondo.

La práctica de confiar en la labor previa de tribunales autorizados, esto es, en los razonamientos previos que generan soluciones a cuestiones jurídicas que no encontraban una respuesta en el ordenamiento jurídico vigente por la razón que fuera, ha sido constante en diversos países, si bien con diversos matices. Gradualmente nuestros juzgadores han transitado hacia una conciencia de que la labor interpretativa judicial permite mantener actualizado al sistema jurídico en las diferentes ramas del derecho, que permite, además, delinear y asignar contenidos que las leyes no especifican o dejan abiertos para su aplicación, y que permite también dotar de significado y alcance a los derechos humanos en el contexto de los sistemas jurídicos particulares. En ese proceso de descubrimiento, de manera especialmente destacada, la judicatura ha logrado impulsar los cambios y modificaciones más urgentes y trascendentales en la manera de aproximarse y entender las verdaderas dimensiones de los derechos humanos en el Estado mexicano. Mediante diversas sentencias relevantes la judicatura ha ido marcando la pauta de desarrollos jurisprudenciales cada vez más sólidos y protectores.⁴²⁵

Es por ello que el estudio de los derechos humanos puede darse en lo pragmático, en la satisfacción de éstos a partir de sus distintos tipos de exigibilidad, siendo el que nos interesa, el que se da en el ámbito judicial, en el entendido de que el mismo permite una aproximación de cómo evoluciona la normatividad en casos específicos.

⁴²⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Óp. cit., nota 415.

⁴²⁵ Ídem.

Cabe adelantar que esta evolución no necesariamente es legislativa, sino que en muchas de las ocasiones se da por vía interpretativa. Estas interpretaciones a la postre son las que habrán de adquirir cierta relevancia y conformar en su oportunidad, tesis aisladas o jurisprudencia.

Sin demerito de lo anterior, en atención a la reforma constitucional del once de marzo de dos mil veintiuno en el Diario Oficial de la Federación, en la cual se reformaron diversos artículos, se emitió el Acuerdo General número 1/2021, de ocho de abril de dos mil veintiuno por medio del cual el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó el inicio de la Undécima Época del Semanario Judicial de la Federación, y se establecieron las bases en torno a que "(...) Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas"⁴²⁶

El fundamento constitucional para ello, lo encontramos en el artículo 94 el cual dispone que será la Ley, la que fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución, siendo ésta la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Asimismo, la Carta Magna estatuye que en el supuesto de que los Tribunales Colegiados de un mismo Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, se podrá denunciar la contradicción ante el Pleno del Circuito correspondiente, a fin de que decida la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia, y que las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas.⁴²⁷

Por otra parte, el artículo 107, hace mención de la facultad de los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración, disponiendo que cuando se determine la inconstitucionalidad de una norma general,

⁴²⁶ Esta reforma viene a consolidar la integración de criterios tanto de índole obligatorio como de relevancia que hayan sido emitidos por los órganos competentes del Poder Judicial de la Federación.

⁴²⁷ Reforma acontecida el 11 de marzo de 2021 publicada en el Diario Oficial de la Federación.

la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora, para que en un plazo de 90 días naturales lo subsane, y en caso de que el problema de inconstitucionalidad persista, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Mientras que la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contempla en su Título Cuarto, las disposiciones generales para la emisión de jurisprudencia.

Cabe hacer la distinción conceptual entre las tesis aisladas que son las que mayormente se han analizado en el marco de este trabajo de investigación, dada la sólida producción en la materia con las tesis jurisprudenciales, que son las menos, aunque adquieren obligatoriedad.

Al referirnos a las tesis aisladas, entendemos a las reglas derivadas de sentencias que no son jurisprudencia obligatoria. En el sistema jurídico mexicano es aquella determinación que sienta las bases de una futura jurisprudencia por reiteración—, siendo razones de referencia que se tomaron en determinado asunto en concreto, que si bien no cubre las propiedades de la jurisprudencia, muestra con bastante claridad el doble proceso que desarrolla un tribunal autoritativo al resolver un asunto que se somete a su consideración: resolver un caso particular y ofrecer una respuesta-solución con miras a que sea seguida en el futuro por otros tribunales.⁴²⁸

Finalmente, precisamos una distinción importante es la que debe trazarse entre una “tesis aislada” y una “tesis jurisprudencial”. Una tesis aislada puede conceptualizarse como un criterio interpretativo que no reúne los requisitos legales para considerarlo vinculante. Aunque las tesis aisladas no son de observancia obligatoria, en muchas ocasiones, en la práctica son invocadas por abogados y tribunales como precedentes persuasivos. En cambio, como señalé anteriormente, cuando un criterio sí reúne los requisitos legales para considerarlo vinculante se denomina tesis jurisprudencial o jurisprudencia. Así, para referirme a los precedentes vinculantes en el ordenamiento mexicano utilizo indistintamente los términos tesis jurisprudencial o jurisprudencia. En el mismo sentido, para referirme a los precedentes persuasivos, es decir, a aquellos que no reúnen los requisitos

⁴²⁸ Gómora Juárez, Sandra. Óp. cit., nota 413.

legales para considerarse vinculantes, recurriré en el desarrollo de la investigación al concepto de tesis aislada.

Existen varios sistemas de creación de jurisprudencia en México. Nuestro orden jurídico prevé en artículo 94 constitucional y en su correlativo 215 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que la jurisprudencia se establece por precedentes obligatorios, por reiteración y por contradicción.⁴²⁹

En este entendido, en los artículos 222, 223 de dicho ordenamiento, dan cuenta de los requisitos para que se considere que se actualiza la jurisprudencia pro precedentes obligatorios, mientras que los diversos 224 se refieren a la jurisprudencia por reiteración y los preceptos 225, 226 y 227 hacen referencia a la jurisprudencia por contradicción de criterios.

Por reiteración.- En este supuesto, el capítulo segundo del referido título, dispone que la jurisprudencia por reiteración del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos ocho votos; en el caso de las salas de nuestro máximo tribunal, será por una mayoría de cuando menos cuatro votos y finalmente los tribunales colegiados de circuito deberán observarse los mismos requisitos, pero la votación debe ser unánime.

Por contradicción de tesis. - La jurisprudencia por contradicción se establece al dilucidar los criterios discrepantes sostenidos entre las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre los Plenos de Circuito o entre los tribunales colegiados de circuito, en los asuntos de su competencia y el órgano correspondiente podrá acoger uno de los criterios discrepantes, sustentar uno diverso, declararla inexistente, o sin materia. En todo caso, la decisión se determinará por la mayoría de los magistrados que los integran.

La contradicción de tesis se observa como una sustitución de jurisprudencia, como un mecanismo de cambio de precedentes, a través de un procedimiento que, si bien no tiene como objetivo resolver un caso concreto, sino analiza los hechos en pugna, estableciendo y determinando el criterio vinculante que debe prevalecer. Así,

⁴²⁹ Previamente, existía la jurisprudencia con motivo de la sustitución, surgiendo ésta cuando los tribunales colegiados de circuito, por petición de alguno de sus integrantes, formulaba una solicitud al pleno de circuito, en donde se señalaba que se procedería al cambio de criterio únicamente si se logra una votación calificada de las dos terceras partes de sus integrantes. No obstante, con la modificación del 7 de junio de junio, se modificó para establecerse que se hará por precedentes obligatorios, por reiteración y por contradicción.

lo que es sometido a revisión de la Suprema Corte son criterios contenidos en sentencias, tesis aisladas o de jurisprudencia, de tal manera que la pertinencia del cambio de criterio se realiza de forma desvinculada de los casos concretos que dieron lugar al establecimiento del criterio, analizando los argumentos del juzgador que lo llevo a arribar a esa conclusión y que sustentó el criterio emitido.⁴³⁰

Los procedimientos de unificación de doctrina son utilizados para uniformar criterios interpretativos dispares en aras de la seguridad jurídica, con la particularidad de que tienen que operar a partir de la resolución de casos concretos. 46 En cambio, la contradicción de tesis es un procedimiento mediante el cual la Suprema Corte, actuando en Salas o en Pleno, resuelve en abstracto un desacuerdo interpretativo de tribunales u órganos jurisdiccionales inferiores sobre un punto de derecho. Al respecto, es interesante observar que si bien es cierto que los hechos de los casos de los que derivan los criterios son examinados al establecer si existe una contradicción de criterios, éstos tienen escasa relevancia en la parte del estudio de fondo donde se determina el criterio que debe prevalecer. Por lo demás, es importante señalar que la contradicción de tesis es un mecanismo que en la gran mayoría de las ocasiones es utilizado para resolver desacuerdos interpretativos entre órganos jurisdiccionales en temas de legalidad. Con todo, aunque no es tan frecuente, este tipo de procedimientos también

Por precedentes Obligatorios. - Recientemente en el mes de junio de 2021, se incorporó este concepto en la Ley de Amparo, disponiéndose por ministerio de Ley que las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias que dicte ya sea el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o las Salas por mayoría de ocho o cuatro, según corresponda, constituyen precedentes obligatorios para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas. Las cuestiones de hecho o de derecho que no sean necesarias para justificar la decisión no serán obligatorias.

Aunque son valiosos ciertos argumentos que han construido los Tribunales en determinados asuntos en particular, es necesario que tengan continuidad o bien que sean emitidos por nuestro máximo órgano de justicia para que gocen de vinculatoriedad y obligatoriedad para los restantes, logrando unificar tanto el sistema normativo como el judicial, brindando certeza en sus resoluciones.

Dentro del análisis jurisprudencial, encontramos figuras conceptuales muy importantes como es el caso de la analogía y los precedentes, que son utilizados

⁴³⁰ Bernal Pulido, C., Camarena González, R. y Martínez Verástegui, A. (coords.). Óp. cit., nota 408.

de manera recurrente en la construcción argumentativa de las sentencias, tal y como se irá demostrando en esta investigación.

La mayoría de las determinaciones del juzgador descansan en elementos previos, ya sea de índole procesal o sustantiva, que se van integrando con la normativa en la materia, en este caso, la construcción del contenido del derecho a la salud, a partir del texto constitucional, su ley reglamentaria –Ley General de Salud- y lo establecido en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

De acuerdo con esta normativa, 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; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, alude al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y refiere que los Estados deben adoptar medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", según el cual toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Así como lo señalado en la Observación General No. 14 establecida por el CESCR y las distintas Convenciones según aplique al caso.

En la parte relativa de nuestra investigación, podremos apreciar cómo existe una constante del juzgador para acudir a ciertos precedentes y aplicarlos por analogía o de manera directa al caso, esto al menos se observa al resolver casos relacionados con este derecho, como es la ponderación del mismo sobre la libertad de trabajo, por considerarse un tema de interés social en su vertiente de salud pública, la instrucción para que se suministren medicamentos por considerar que éstos forman parte del tratamiento oportuno que dispone la norma así como su interdependencia con otros derechos humanos.

3.3 ELEMENTOS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

La propuesta metodológica, está basada en los trabajos elaborados por Diego López Medina en su obra “El derecho de los Tribunales”, en donde destaca

que la lectura de una línea jurisprudencial bien estructurada, deja al lector mejor preparado para entender un tema social o político complejo y apremiante.⁴³¹

A decir del autor, esta herramienta se configura como un conjunto de precedentes que se agrupan en torno a un problema jurídico común, lo que la convierte en una herramienta fundamental al momento de resolver un caso. Sin embargo, esta es una idea abstracta, pues se trata de un problema jurídico bien definido, a partir del cual se abre un espacio de posibles respuestas que permiten ver cuáles han sido las soluciones de la jurisprudencia, a la vez que establece la existencia o ausencia de un patrón decisional al interior de un tribunal judicial.⁴³²

3.3.1 Conceptos y generalidades

Previo a entrar en materia y llevar a cabo el estudio de fondo de las líneas jurisprudenciales en materia de salud, es indispensable ofrecer determinadas consideraciones conceptuales en las que encuentra el marco de referencia nuestra investigación acerca de la construcción de dichas líneas jurisprudenciales, así como revisar el marco teórico que subyace a la estructura de las líneas jurisprudenciales, por lo cual es preciso identificar algunos elementos como son: el escenario constitucional, la *ratio decidendi*, la *obiter dicta*, el nicho citacional, el punto arquimédico, así como las clases de sentencias dentro de una línea jurisprudencial.

El examen de las reglas de Derecho jurisprudenciales conlleva la realización de un enorme trabajo de interpretación de la decisión judicial para que pueda emerger la regla de Derecho contenida en ella. La distinción entre *ratio decidendi*, *obiter dicta* como partes fundamentales de la decisión judicial resulta fundamental.

A partir de que se establecen los principales instrumentos de análisis de la jurisprudencia del derecho a la salud, en automático nos encontramos con ciertas nociones conceptuales, como las de *ratio decidendi* y *obiter dicta*. Por ello, se requiere distinguir en el contenido de la sentencia, entre *rationes decidendi* y *obiter dicta*.

Dentro de las sentencias podemos encontrar ya sea criterios hermenéuticos para regular la interpretación de la sentencia, o para regular el contenido de las reglas, que a la postre sirven como un modelo metodológico para interpretar el precedente, que tiene en cuenta los instrumentos analizados, así como los

⁴³¹ López Medina, Diego Eduardo, Óp. Cit., nota 368.

⁴³² Ídem.

diferentes tipos de *ratio decidendi* y de *obiter dicta* que pueden darse en una sentencia.

Al definir la *ratio decidendi*, la SCJN la identificó con la cosa juzgada implícita del fallo, distinguiendo aquéllos aportes de las consideraciones de las sentencias, constitucionalidad, que debían considerarse obligatorios en casos futuros y aquéllos otros que tenían un valor meramente auxiliar para el intérprete, al determinar que ésta no se encuentra en la parte considerativa del fallo ni está constituida por las consideraciones de la Corte. Lo que interesa de manera fundamental son los hechos relevantes o materiales del caso (es por los hechos por donde se trazan los puentes de analogía con casos futuros) y la forma concreta como se decidió el caso (así se logrará que casos similares sean tratados de manera similar).

Es la formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. A partir de la identificación de los hechos materiales, relevantes o claves del caso (y en la desestimación de los hechos inmateriales, irrelevantes o secundarios del mismo), la identificación de la *ratio*, debe basarse en la correcta identificación y utilización de los hechos materiales de las sentencias. Así las cosas, la *ratio* corresponde a la norma que aplica el juez en el caso concreto y que esta norma comprende los hechos determinantes del caso o la situación fáctica relevante, pues tales hechos son los que concretan la norma.⁴³³

Según la doctrina de la Corte Constitucional de Colombia, la *ratio decidendi* consiste en aquellos aportes (i) que establecen el principio general de la decisión tomada, (ii) guardan una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia o (iii) que están íntimamente unidos con la parte resolutive de la sentencia. Así, el juez que decide el caso no puede atribuir caprichosamente el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio o regla, sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente necesarias para decidir el asunto.⁴³⁴

No todos los apartes de las sentencias son obligatorios, sino tan solo algunos de ellos. Todos aquellos razonamientos o elaboraciones que no constituyen *ratio decidendi* en una sentencia pueden ser considerados *obiter dictum*. La expresión designa todos aquellos pasajes de las sentencias en los que, por la abundancia argumentativa propia del derecho jurisprudencial, se dicen cosas "de pasada" o

⁴³³ Ídem.

⁴³⁴ Sentencia SU047/99 de la Corte Constitucional de Colombia. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU047-99.htm>

incidentalmente, sin que constituyan el meollo del asunto jurídico que se está resolviendo. El resto de la motivación sólo tiene valor indicativo o auxiliar, de conformidad con el tradicionalismo de fuentes. Tales motivaciones indicativas o auxiliares pueden ser usualmente denominadas *obiter dictum*. En cambio, aquellos apartes que se recubren implícitamente con el valor de la cosa juzgada constituyen la *ratio decidendi* del fallo, esto es, las consideraciones sin las cuales el fallo no tendría pleno significado jurídico.⁴³⁵

Si bien es cierto en México, no se ha elaborado una teoría que defina estos dos conceptos, la estructura de las propias sentencias nos permite identificar en la parte considerativa de las mismas, por un lado la *ratio decidendi*, que muchas veces deviene en tesis aisladas o en la generación de jurisprudencias a partir del criterio jurídico adoptado en la resolución del conflicto o por otros argumentos que soportan esa decisión, pero que propiamente no son las razones decisorias de la determinación del juzgador.

La *ratio decidendi* es el razonamiento normativo aplicado al caso concreto por el cual el juzgador fundamenta su resolución al caso concreto. La *ratio decidendi* es el único elemento de la decisión judicial que cobra autoridad en un precedente, puesto que es el principio normativo subyacente a la controversia resuelta, es decir, la razón en la cual se basa la decisión judicial del caso. Por tanto, la *ratio decidendi* es el principio normativo obligatorio para casos posteriores planteados ante la misma jurisdicción, puesto que cobra fuerza vinculante, y deberá ser aplicada por las cortes del mismo rango o de jerarquía inferior.

El reconocimiento de estas reglas jurisprudenciales o precedentes hace imperioso desarrollar técnicas especiales para su identificación y aplicación. Debido a su forma atípica, carente de una estructura canónica similar a la de las normas comunes, compuesta de un supuesto de hecho expreso y de una consecuencia jurídica explícita, el examen de las reglas de Derecho jurisprudenciales obliga al operador jurídico a realizar un trabajo de interpretación de la decisión judicial que haga emerger la regla de Derecho contenida en ella.⁴³⁶

Una manera más clarificadora de abordar dicho concepto es la de Chiassoni, al distinguir tres sentidos: a) *ratio decidendi* es la regla (criterio, principio) en base a la cual ha sido decidido un caso. Esta regla puede ser la premisa necesaria y suficiente; la premisa suficiente pero no necesaria; o la premisa necesaria pero no suficiente, de un razonamiento cuya conclusión es la decisión judicial. b) *ratio*

⁴³⁵ Santaella Quintero, Héctor. Óp. cit., nota 423.

⁴³⁶ Ídem.

decidendi es la regla empleada por un juez para justificar la decisión de un caso considerada conjuntamente, sea con las razones que la sostienen, sea con la descripción de los hechos a los que ha sido aplicada. c) *ratio decidendi* es cualquier elemento esencial de la argumentación necesario para motivar la decisión de un caso.⁴³⁷

Para Goodhart la *ratio decidendi* consiste en los hechos del caso considerados por el juez en la sentencia como fundamentales y su decisión en tanto que basada en ellos. La labor del juez al analizar un caso no es establecer los hechos y la conclusión, sino determinar los hechos fundamentales tal y como han sido considerados por el juez y su conclusión en tanto que basada en ellos. Es por su elección de los hechos fundamentales que el juez crea el derecho. Una vez establecidos los hechos fundamentales, y los que no lo son, se puede establecer el principio del caso, que se encuentra en la conclusión obtenida por el juez en base a los hechos fundamentales y en la exclusión de los no fundamentales.⁴³⁸

3.3.2 La construcción de líneas jurisprudenciales

No partimos de cero para entender la noción de línea jurisprudencial. El esfuerzo por precisar una línea jurisprudencial, se da mediante la identificación de los materiales normativos relevantes y la estructuración de una narración que dé cuenta del sentido de los mismos. Esta técnica también es aplicable al derecho jurisprudencial, pero en la mayoría de los casos es producto del trabajo de jueces y profesores de derecho más que de la legislatura misma.⁴³⁹

Es de advertirse que una lectura desestructurada de la jurisprudencia en esta materia, no enseña mayor cosa, las sentencias se apiñan las unas sobre las otras y cualquier valor cognitivo o jurídico que tengan se pierde en el vacío.⁴⁴⁰ Si bien son muy loables los intentos por dar razón de una sentencia en particular, éstos no nos dan cuenta del devenir del derecho a la salud en los últimos tiempos, ni de la forma de interpretarlo conforme a la reforma de 2011 y la evolución normativa del mismo, lo que sí se puede vislumbrar desde este conjunto de decisiones que van a configurar la integralidad del derecho a la salud.

⁴³⁷ Chiassoni, Pierluigi, "The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction", en Bustamante, Thomas y Bernal Pulido, Carlos (eds.), *On the Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Beijing, 2009, vol. III, número suplementario 133, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, Nomos, 2012.

⁴³⁸ Iturralde, Victoria, *Precedente judicial*, EUNOMÍA, Revista en Cultura de la Legalidad, 2014.

⁴³⁹ López Medina, Diego Eduardo. *Óp. Cit.*, nota 368.

⁴⁴⁰ Ídem.

La línea jurisprudencial es un instrumento hermenéutico muy útil para identificar el estado decisional actual de un alto tribunal frente a un tema jurídico, así como que también permite dar luces acerca de la evolución dogmática en torno al mismo, razones que ubican a la figura de la línea jurisprudencial en un lugar relevante en el sistema de fuentes del derecho contemporáneo.

Cuando reflexionamos sobre el derecho a la protección de la salud, de inmediato se piensa en las dificultades que a menudo pueden conllevar los derechos sociales en su concreción material. Sin embargo, las apelaciones de hoy en día sobre las mejores formas de construcción de garantías y justiciabilidad directa, es un tema de central importancia, tal y como se observará en el desarrollo de este capítulo.

López Medina, nos advierte que si cuando la jurisprudencia no se consideraba como una fuente fuerte o firme del derecho no valía la pena hacer esfuerzos para detectar la “línea” u “orientación” jurisprudencial de los tribunales, en razón de que la opinión de fondo es que la “ley” es capaz de generar por sí sola el conjunto total de especificaciones normativas requeridas por el ideal del “estado de derecho”, no obstante en la actualidad el análisis jurisprudencial y, desde luego, el seguimiento a los razonamientos en el tiempo (líneas) es sumamente importante.⁴⁴¹

Las líneas jurisprudenciales, a partir de los conceptos (problema jurídico y determinación) que subyacen a los asuntos ventilados jurisdiccionalmente y su interrelación con los hechos, nos permitirá abordar sus dimensiones desde un enfoque crítico.

El *problema jurídico* es el elemento más importante a la hora de edificar la línea jurisprudencial: es la pregunta que encabeza la línea y que será respondida por todos los fallos analizados y concordados, y que el investigador intenta resolver mediante la identificación e interpretación de varios pronunciamientos judiciales y su relación con otros materiales normativos.

Los problemas que esta exigencia plantea son variados: por una parte, es necesario (i) acotar el patrón fáctico concreto que la jurisprudencia ha venido definiendo como "escenario constitucional" relevante; (ii) identificar las sentencias más relevantes dentro de la línea jurisprudencial; (iii) finalmente es necesario construir teorías estructurales que permitan establecer la relación entre esos varios

⁴⁴¹ López Medina, Diego Eduardo, Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho. Precedente, Revista Jurídica, 2015, vol. 7.

pronunciamientos jurisprudenciales. Esta última tarea es la tarea de este proyecto de investigación.⁴⁴²

López Medina insiste en la correcta formulación del problema jurídico que encabeza la línea, el cual, en el caso de la presente investigación, es lo más importante en la construcción, ya que del mismo se desprende el criterio que habrá de tomar en cuenta el juzgador al resolver, analizando para ello el papel del juzgador encontrar las disposiciones aplicables, a través del análisis del escenario constitucional y de las premisas legales aplicables al caso concreto, observando tanto la norma interna como la externa, favoreciendo en todo momento a la persona.⁴⁴³

Procederemos entonces a identificar las sentencias más importantes de la línea para para componer la narrativa más poderosa y creíble que dé cuenta de la jurisprudencia en su conjunto. A partir de un caso por dimensión y a su vez por subrubro de dicha modalidad de los servicios de salud, que ha tenido consecuencias conceptuales profundas y duraderas en la configuración de una o varias líneas jurisprudenciales.⁴⁴⁴

Este tipo de fallos, López Medina los define como "sentencias hito". Y podremos verificar si dichas líneas jurisprudenciales tienen *varias* sentencias hito, esto es, sentencias que tienen un peso estructural fundamental dentro de la misma. Adicionalmente a este primer sentido, se utiliza para hacer referencia a aquella sentencia en los operadores jurídicos consideran que se anuncia la respuesta correcta y vigente para un problema determinado.⁴⁴⁵

Las "sentencias hito" son aquéllas que pertenecen al repertorio frecuente de sentencias que la Corte cita en fallos subsiguientes y, que proveen la retórica y marco de análisis en el tema concreto que se estudia.

A su vez existen sentencias fundadoras de línea, que realizan cambios fuertes de jurisprudencia dentro de la línea. La Corte ha hecho reconceptualizaciones importantes dentro de varias líneas jurisprudenciales en otra forma específica de sentencia hito. En estas sentencias la Corte revisa una línea jurisprudencial en su conjunto y la afirma, aunque introduce una nueva teoría o interpretación que explica mejor, a los ojos de la Corte, el sentido general que ha

⁴⁴² López Medina, Diego Eduardo. Óp. Cit., nota 368.

⁴⁴³ Ídem.

⁴⁴⁴ Ídem.

⁴⁴⁵ Ídem.

mantenido la línea a lo largo del tiempo. Se trata, por tanto, de esfuerzos de reconstrucción conceptual que hacen parte de un poder que tiene la Corte de "redefinir" la *ratio decidendi* de fallos anteriores.

Dentro de las categorías de análisis, se encuentran también las sentencias dominantes que contienen los criterios vigentes y dominantes, por medio de los cuales la Corte Constitucional resuelve un conflicto de intereses dentro de determinado escenario constitucional. Una sentencia dominante puede darse en cualquiera de las otras formas existentes de sentencia hito: puede tratarse de una sentencia consolidadora, modificadora o reconceptualizadora de línea.

Y finalmente, nos permitimos añadir precedentes relevantes, que si bien no fueron objeto de la emisión de criterios, sí abonan a la construcción del contenido del derecho a la salud, analizando materias importantes dentro de las mismas líneas y dando pauta a la creación de nuevas.

3.3.3 Metodología adaptada al sistema de jurisprudencia mexicano

Para llevar a buen puerto nuestro trabajo, en las siguientes líneas se explica la metodología que se implementó para trazar las líneas jurisprudenciales en los distintos rubros que configuran el derecho a la salud en el contexto mexicano. Hemos de desarrollar una línea jurisprudencial por cada una de las dimensiones del derecho a la salud, tal como es la atención médica, la protección contra riesgos sanitarios y la vigilancia epidemiológica, con los subtemas conducentes en cada una de ellas. Cabe mencionar que la Corte ha venido desarrollando, respecto al derecho a la salud, diversas reglas de origen jurisprudencial como se mostrará al concluir esta investigación.

Como parte de los pasos a seguir en la construcción de estas líneas, destaca:

- i) El punto arquimédico de apoyo;
- ii) Ingeniería reversa, y
- iii) La telaraña y los puntos nodales de jurisprudencia.⁴⁴⁶

A decir de López Medina, los pasos operan de la siguiente manera. El primer paso, es el "punto arquimédico", entendiéndose como tal a una sentencia con la que se trata de dar solución a las relaciones estructurales entre varias sentencias. Su

⁴⁴⁶ Ídem.

propósito fundamental será el de ayudar en la identificación de las "sentencias hito" de la línea y en su sistematización en un gráfico de línea.⁴⁴⁷

Para tales efectos, se escogieron varias sentencias por cada línea, denominándolas "sentencia arquimédica", mismas que cumplen con los siguientes requisitos:

a) que sea lo más reciente posible, y

b) que, en sus hechos relevantes, tenga el mismo patrón fáctico (al menos, el más cercano posible) con relación al caso sometido a la investigación. De otra forma: la sentencia arquimédica debe situarse dentro del mismo escenario constitucional planteado en el caso bajo estudio.

c) que se encuadre en algunos de los rubros que configuran el derecho a la salud, conforme se ha venido exponiendo a lo largo del presente trabajo.⁴⁴⁸

En este entendido, por mencionar el ejemplo de la línea de tratamiento oportuno y suministro de medicamentos, una de las que componen la línea jurisprudencial más amplia de la atención médica como parte del derecho a la salud, utilizaremos algunas de las sentencias que nos parecen más relevantes y que cumplen con el criterio de ser las más recientes, como puntos arquimédicos para estructurar la línea jurisprudencial. Lo que se configura a partir de las sentencias que recayeron a los amparos de revisión 226/20, 227/20, 57/2019, 43/2018, 1049/2017 y 251/2016, así como lo relacionado con la contradicción de tesis 517/2019.

Una vez identificadas, lo primero que haremos será 1) identificar la dimensión del derecho a la salud y 2) establecer el problema jurídico para luego seguir con las categorías de hechos, criterio, justificación y por último se hará un comentario sobre la línea jurisprudencial respectiva.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ Ídem.

⁴⁴⁸ Ídem.

⁴⁴⁹ Se toma como referencia la presentación que realiza la SCJN en la 11ª época a partir del Acuerdo del 15 de abril de 2021 en el que se estableció una nueva metodología para la elaboración de las tesis mediante las cuales se difunden los criterios jurisprudenciales y aislados de los órganos terminales del Poder Judicial de la Federación, al prever que: "(...) La tesis hace referencia al criterio jurídico para un caso concreto. La tesis debe ser redactada con estructura de una regla, compuesta por un supuesto de hecho que describa las circunstancias fácticas que constituyen el campo de aplicación de la regla y una consecuencia jurídica donde se establezca la solución normativa."

El presente trabajo logra identificar los patrones decisionales que han acompañado al derecho a la salud en sus distintas dimensiones, particularmente la de atención médica, protección contra riesgos sanitarios y su conexidad con otros derechos, en estos últimos años.

Debe tenerse en cuenta que existen muchas dificultades metodológicas para la reconstrucción de las líneas jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que, al estar el derecho a la salud vinculado con otros derechos humanos, y desde luego con la seguridad social, es necesario fijar un precedente relevante del cual partir hacia adelante o hacia atrás. Dada la naturaleza de este derecho, me dispongo a analizar su evolución en clave de progresividad.

En consecuencia, para esta reconstrucción de línea jurisprudencial se escogieron sentencias que se han considerado como asuntos relevantes expuestos por la propia Suprema Corte, asuntos que han tenido impacto a nivel nacional en comunicados de prensa y notas periodísticas, pero tales notas no son, *a priori*, indicativas de la importancia estructural de la sentencia. En segundo lugar, el resultado del análisis genérico se subclasificará en las distintas dimensiones de la salud y de las ramas que se van formando en cada una de ellas.

Para dar cuenta de lo anterior, empezaremos por graficar cómo se agrupan estas sentencias en dimensiones muy específicas que componen lo que entendemos por derecho a la salud, como lo es: la atención médica, la vigilancia epidemiológica y la protección contra riesgos sanitarios, y dentro de estos rubros iremos analizando cómo se van formando subcategorías.

La graficación se nos presenta entonces como la representación de estas sentencias de manera visual, estableciendo de inicio la división de los rubros que integran este bien jurídico fundamental y posteriormente la progresividad de cada uno o en su defecto la ruptura, lo cual permitirá dar cuenta de que hay sentencias paradigmáticas que son referencia en varias líneas que ha desarrollado nuestro Poder Judicial de la Federación en el ámbito de la salud.

Recordemos que el objetivo de esta investigación radica en demostrar, mediante el trazo de líneas jurisprudenciales, cómo los tribunales —en la emisión de sus determinaciones a casos particulares que tienen que ver con la salud del individuo o de la colectividad— dotan de contenido al enunciado constitucional sobre el derecho a la salud mediante una reconstrucción hermenéutica del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad en aras de determinar el reconocimiento y titularidad de dichas pretensiones, al igual que el deudor de las obligaciones

negativas y positivas impuestas por el derecho, reconfigurando el alcance de esas obligaciones y sus restricciones o limitaciones.

Como parte de los hallazgos, se aprecia cómo los órganos resolutores han ido armonizando el contenido esencial que se encuentra en el derecho internacional con el contenido esencial derivable del derecho interno y el contenido esencial derivado de la construcción de los tribunales en el cumplimiento de sus funciones, estableciendo un precedente judicial o estándar normativo que sustenta cada componente del contenido esencial.

Para respaldar nuestras conclusiones, es fundamental clarificar por qué los precedentes de la Suprema Corte sobre el derecho a la salud, impactan en la configuración de contenido, para lo cual en el apartado siguiente se reseñan y analizan brevemente los criterios en torno a los cuales se organiza esta jurisprudencia, viniendo a significar la importancia de dar a conocer tanto lo ya normado como los caminos de la justiciabilidad, esto es, las líneas jurisprudenciales desarrolladas para ejercer este derecho humano fundamental, asegurando que se incorporen al espacio legislativo y de políticas estas construcciones argumentativas de nuevos derechos contenidas inicialmente en la jurisprudencia.

En el ámbito temporal, se han filtrado las decisiones estudiadas a fin de concentrar el análisis en los puntos que resultan relevantes, como es el caso de las dimensiones que configuran a esta prerrogativa constitucional, por lo que se ha limitado el objeto de estudio a una selección de decisiones posteriores al año 1997, mientras que sólo se toman en consideración fallos que desarrollaron criterios vinculantes y orientadores, esto es, tesis de jurisprudencia y tesis aisladas, que en su mayoría desarrollan los problemas de teoría constitucional.⁴⁵⁰

La finalidad es hacer esta división y subdivisión de las sentencias en los rubros que componen el derecho a la salud, a partir de la emisión de las distintas tesis aisladas y jurisprudencias emitidas respecto a la atención médica, la protección contra riesgos sanitarios, la prevención y promoción de la salud, la vigilancia sanitaria y hacer la búsqueda de criterios relacionados con la investigación para la salud y los vectores.

⁴⁵⁰ Como se podrá observar al final de esta investigación, en la práctica diaria los derechos humanos colisionan entre sí o al menos, es lo que han llegado a alegar ciertos quejosos que con motivo de una regulación sanitaria han estimado una afectación a sus derechos, particularmente el de la libre profesión al amparo del derecho al trabajo.

La recopilación de la información se llevó a cabo mediante la búsqueda de la palabra salud en el Semanario Judicial de la Federación en las últimas tres épocas, que abarcan desde 1988 a 2021⁴⁵¹, apareciendo cerca de 1500 precedentes entre tesis aisladas y jurisprudencia. El universo de precedentes se fue limitando al buscar la palabra derecho a la salud, acotándose a la mitad los registros, mostrando 740 criterios jurisprudenciales, sin embargo y para demostrar nuestra visión más amplia de esta prerrogativa, se amplió la búsqueda a las dimensiones del derecho a la salud, para lo cual se incorporaron en el análisis las palabras relacionadas con las diferentes rubros de la salud que hemos referido en los párrafos que anteceden, lo cual amplifico de nueva cuenta nuestro ámbito de estudio a alrededor de 1100 registros, en su mayoría relacionados con los servicios de prestación de atención médica.⁴⁵²

La jurisprudencia de la Corte en materia del derecho a la salud es escasa, si tenemos en consideración que de los 66876 criterios (tesis y jurisprudencias) publicados derivados de distintos casos que ha resuelto, solo 60 son en esta materia. No obstante, del análisis de los registros previos se puede apreciar que hay un campo de oportunidad por lo que refiere a las tesis aisladas que tienen vinculación con el derecho a la salud, siendo éstos alrededor de 400, derivados de un poco más de 300 sentencias.⁴⁵³

Por ende, se pudieron extraer 400 criterios judiciales de interpretación relacionados con la mayoría de las dimensiones a la salud, a las que hemos hecho referencia, destacando las cuestiones de atención médica y de protección contra riesgos sanitarios.

Para identificar los casos analizados en este trabajo, se utilizaron los sistemas de consulta de la Suprema Corte, y en particular, palabras clave como: salud, derecho a la salud, derecho a la protección de la salud, atención médica, servicios de salud, responsabilidad, responsabilidad médica, consentimiento,

⁴⁵¹ La Octava época de la jurisprudencia comprende de 1988 a 1995, la Novena época abarca los años 1995-2011 y finalmente la Décima época que va de 2011 a 2021, encontrándonos en este momento en la undécima época.

⁴⁵² Búsqueda realizada en <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> el día 11 de octubre de 2021 a las 12:30 p.m.

⁴⁵³ Es importante mencionar que en algunas sentencias que abordan el tema del derecho a la salud, se produjeron más de una tesis aislada, siendo ésta una de las principales dificultades afrontadas para la sistematización y análisis de los precedentes generados, ya sean obligatorios o de referencia, no necesariamente corresponden a una sentencia; en algunos casos a partir del fallo, se emitieron varias tesis aisladas al igual que tesis jurisprudenciales, como es el caso de los Amparos en revisión 54/2004, 173/2008, 361/2008, 96/2009, 315/2010, 117/2012, 584/2013, 237/2014, 378/2014, 304/2016, 1049/2017, el Amparo directo en revisión 10/2012 y los Amparos directo 51/2013 y 544/2018, por aludir algunos.

tratamiento, medicina, medicamentos, médicos, riesgos sanitarios, medidas sanitarias, insumos para la salud, tabaco, bebidas alcohólicas, alcohol, registro sanitario, permiso sanitario, control sanitario, epidemiología, promoción, prevención, vectores, alerta sanitaria, vigilancia sanitaria, vigilancia epidemiológica, condicionantes básicos.

De lo anterior, se desprendieron 400 criterios relacionados con el derecho a la salud, los cuales se agrupan en cuatro grandes líneas jurisprudenciales (1) atención médica; (2) riesgos sanitarios; (3) salud pública (prevención de la salud, vigilancia epidemiológica y vectores) y (4) conexidad con otros derechos como condicionantes básicos del derecho a la salud.

De este filtro, que puede variar conforme los criterios de búsqueda y el objetivo de análisis, se dependen estas cuatro líneas jurisprudenciales, de los siete rubros de la salud a los que hicimos mención en el primer capítulo, y a su vez, determinados subrubros como es el caso de: acceso a medicamentos, tratamiento oportuno, consentimiento informado, responsabilidades médicas, el rubro de atención médica o de insumos para la salud, bebidas alcohólicas y tabaco por lo que concierne a la protección contra riesgos sanitarios por mencionar algunos.⁴⁵⁴

⁴⁵⁴ Véase al respecto las tesis aisladas: “DERECHO A LA SALUD MENTAL. DEBE PROTEGERSE DE MANERA INTEGRAL Y ELLO INCLUYE, CUANDO MENOS, EL SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA SU TRATAMIENTO.” Instancia: Segunda Sala, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: 2a. LVIII/2019 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 70, Septiembre de 2019, Tomo I, página 420, Tipo: Aislada. “DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. PARA GARANTIZARLO, EL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL DEBE SUMINISTRAR A SUS BENEFICIARIOS LOS MEDICAMENTOS QUE SE LES PRESCRIBAN, AUN CUANDO NO ESTÉN INCLUIDOS EN EL CUADRO BÁSICO Y CATÁLOGO DE INSUMOS DEL SECTOR SALUD.” Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Tesis: IX.1o.1 CS (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo III, página 2014, Tipo: Aislada. “PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ATENCIÓN MÉDICA. EL DEBER DE INFORMAR Y SU RECONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.” Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CC/2016 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 32, Julio de 2016, Tomo I, página 323, Tipo: Aislada. “RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA. SIGNIFICADO DEL CONCEPTO LEX ARTIS PARA EFECTOS DE SU ACREDITACIÓN.” Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.4o.A.91 A (10a.), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3, página 1891, Tipo: Aislada. “RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA. DISTINCIÓN ENTRE ERROR Y MALA PRÁCTICA PARA EFECTOS DE SU ACREDITACIÓN.” Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.4o.A.64 A (10a.), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3, página 1890, Tipo: Aislada. “ALERTA SANITARIA. AL SER UNA MEDIDA DE SEGURIDAD DE INMEDIATA EJECUCIÓN CUYA FINALIDAD ES PROTEGER LA SALUD DE LA POBLACIÓN, JUSTIFICA LA RESTRICCIÓN TEMPORAL DEL DERECHO AL TRABAJO DE UN PARTICULAR.” Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: I.4o.A.123 A (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 59, Octubre de 2018, Tomo III, página 2167, Tipo: Aislada. “PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LA LEY RELATIVA NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE COMERCIO” Instancia: Pleno, Novena Época, Materia(s): Constitucional,

No existe como tal una sistematización por materia pre-elaborado por el Poder Judicial que nos apoye a conocer con detalle los criterios que ha emitido, ya que el buscador está acotado a las épocas y si es o no jurisprudencia o tesis aislada y a un buscador por palabra, no así por derecho en específico. Se detectó que las tesis no están vinculadas en la búsqueda grupal con cada uno de sus antecedentes, sino que es preciso abundar en cada una de ellas, para poder vincular ambos datos.

Es menester señalar que del análisis de diversas sentencias se pudo concluir que aún y con la relevancia e impacto de éstas, las mismas no fueron susceptibles de generar criterios de interpretación, entre ellas destacan los amparos en revisión 601/2017, 932/2014, 936/2006, 350/2014, y el Amparo directo en revisión 2357/2010 y lo relativo al Amparo administrativo 1157/2007 II.

Conviene hacer las siguientes precisiones. A fin de abordar de mejor manera el fondo argumentativo de las resoluciones seleccionadas, no se hace distinción entre las sentencias de las que derivan criterios vinculantes, esto es, que cumplen con los requisitos formales establecidos en la ley para tener fuerza obligatoria, y aquellas resoluciones de las que derivan criterios persuasivos, esto es, se analizan tanto ejecutorias que derivaron en tesis aisladas como en jurisprudencia por cualquier motivo.

Con el propósito de facilitar la revisión de los casos, las sentencias se agrupan en ciertos rubros temáticos, partiendo del contenido de este derecho, y a su vez, de principios que se construyen en el razonamiento judicial, ejercicio totalmente distinto a los procedimientos legales para constituir jurisprudencia en términos de lo estatuido por la Ley de Amparo.

De la misma forma, en aras de identificar algunas reglas o principios aplicables a casos futuros, en las sentencias a analizar se observa la siguiente estructura de análisis: en primer lugar, se resumen los hechos relevantes del caso, posteriormente se plantea la problemática jurídica en cada uno de ellos, para después analizar críticamente los criterios y los razonamientos que resuelven estos problemas jurídicos.

Recordemos que el sistema de precedentes y jurisprudencia en México funciona a través de la elaboración y publicación de “tesis” en el *Semanario Judicial*

Administrativa, Tesis: P./J. 25/2011, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, página 9, Tipo: Jurisprudencia. “REGISTRO SANITARIO DE MEDICAMENTOS. SU NATURALEZA, ALCANCE Y FINALIDAD.” Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materia(s): Administrativa, Tesis: 1a. XCV/2014 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, página 558, Tipo: Aislada.

de la Federación. La publicación de las tesis se realiza por épocas. Actualmente, estamos en la undécima época, pero una de las etapas más prolíferas en la consolidación del derecho a la salud, fue la décima época, misma que se inició con las reformas sobre derechos humanos del 2011, y es gracias a este control de convencionalidad, que se ha logrado configurar el contenido esencial del derecho a la salud.

En este orden de ideas, se han identificado los asuntos que contienen razonamientos análogos, que como se irá observando permite distinguir entre las sentencias que crean criterios novedosos de aquellas que se limitan a aplicar o a reiterar criterios construidos en casos previos. Finalmente, se incluyen como anexos un glosario y las tesis aisladas y de jurisprudencia derivadas de todas las sentencias, ordenadas por tema y por fecha de publicación.

Cerraremos el presente trabajo con algunas observaciones en relación con los temas centrales de la jurisprudencia en la materia, teniendo en consideración los elementos normativos más importantes del corpus iuris que sirven como base para el desarrollo de la línea jurisprudencial correspondiente. La segunda parte de cada apartado evalúa los elementos más importantes en la jurisprudencia de cada tema, en algunos casos analizando la *ratio decidendi* que dio origen a la línea jurisprudencial. Es importante tener en cuenta que el análisis aquí presentado no pretende ser exhaustivo, pero sí ofrece una aproximación amplia, analítica y sistematizada a la forma en que se han delineado los contornos del derecho a la salud en nuestros tribunales.

Este trabajo busca entonces, utilizar la metodología de construcción de líneas jurisprudenciales para identificar si el derecho a la salud es un derecho inclusivo. Para ello, este trabajo indaga por las distintas dimensiones que configuran a este derecho y muestra, desde esta metodología, cómo es que los Tribunales establecen una solución a casos particulares en los que se manifiesta este derecho. Destaca la coherencia y consistencia como una tendencia que sigue los postulados de la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, los cuales implican un escenario de protección especial a todo tipo de personas, con énfasis en los sectores vulnerables.

Adicionalmente, a partir de este escenario jurisprudencial del derecho a la salud en todas sus dimensiones, se intenta al mostrar un panorama crítico de estos fallos judiciales para contrastar si con los mismos, ha sido posible en estos 25 años concretar su núcleo esencial en la parte legislativa, normativa y reglamentaria, tal y como ha acontecido sede jurisdiccional.

Se expone la forma en que se han sentado las bases del derecho a la salud, a partir del bloque de constitucionalidad, conforme a la normatividad en nuestro país y en los tratados internacionales que dan concreción y sustancia al mismo. Se destaca la importancia para este derecho, de la construcción de precedentes judiciales argumentativamente razonables, que en su conjunto constituyen los referentes intersubjetivos para la delimitación de aquellos componentes que permiten configurar las dimensiones y alcances de este bien jurídico fundamental. Por consiguiente, debemos fundamentar jurídicamente el derecho a la salud, pero hay que ser cuidadoso en atender a lo que se quiere proteger o promover, a fin de poder concretar debida y razonablemente al sujeto pasivo, a la obligación que se le impone, y a la vía que permite hacerla exigible. De no seguirse este camino, se corre el riesgo de caer en literatura vacía de juridicidad.

Limitar la elaboración de la línea a una *sentencia arquimédica*, es sumamente complejo, en razón de que se buscan contemplar diferentes ámbitos de protección del derecho a la salud y los fallos o bien son en la misma materia y no son de utilidad para dicha empresa o se trata de nichos construidos en diferentes materias, por lo que pretende abrir el abanico de resoluciones para poder ir encontrando elementos comunes.

Los nichos citacionales de las sentencias anunciadas emitidas en estos últimos cinco años, muestran, además, cómo se ha venido desarrollando de manera más extensiva y, al mismo tiempo, específica el derecho a la salud en México. Podría decirse que el tema arranca siendo planteado como un tema de acceso a medicamentos que no se encuadran en un esquema de protección social, centro de la prestación de servicios de atención médica. Con el tiempo, el conflicto de interés se ha reubicado en contextos sobre si el desarrollo a la libre personalidad está por encima del estado de salud óptimo o si como parte de un grupo en específico, se tiene la posibilidad de obtener un tratamiento continuo bajo criterios de disponibilidad y calidad. Así, dichas sentencias construyen su reflexión a partir de las sentencias previas sobre la naturaleza del derecho a la salud y el acceso a medicamentos.

En efecto, un nicho citacional para establecer las subreglas que compone el derecho a una atención médica de calidad y oportuna, con el respectivo suministro de medicamentos podría ser de la siguiente manera:

Sentencia 226-20	Sentencia 227/20	Sentencia 57/2019	Sentencia 544/2018	Sentencia 1049/2017	Sentencia 251/2016	Contradicción de tesis 517/2019
---------------------	---------------------	----------------------	-----------------------	------------------------	-----------------------	------------------------------------

AR 378/14	AR 378/14	AR 378/14	AR 173/08	CT 93/11	AR 378/14	AR 57/19
	AR 315/10	AR 315/10	AR 117/12	AR 117/12	AR 2231/97	AR 251/16
	J 50/19	1a./J. 8/19	CT 93/11	AR 173/08		Queja 73/18
		1a./J. 10/19	ADR 2357/10	AR 1068/11		Queja 499/19
		AR 117/12	AD 195/17			AR 136/15
		AR 173/08				AR 173/08
		ADC 6-08				AR 350/14
		AR 2231/97				AR 2231/97

De lo anterior destaca que la salud, en su vertiente de atención médica y en particular el derecho a recibir medicamentos como parte de un tratamiento adecuado, ya sea para tratar enfermedades mentales, crónicas degenerativas o de transmisión sexual ha sido una constante en los actos que se le reclaman a la autoridad al no prescribirlos, por diferentes circunstancias, y que aún y cuando ha sido muy progresiva en esta concesión a los quejosos para que se les brinden los mismos, sigue vigente y actualiza nuevos supuestos.

Estos criterios y los razonamientos en los que se basó la autoridad para emitirlos, en conjunto con la construcción de contenido, ha sido de gran valía para poder resolver en pro de determinados grupos que requieren ya sea de una protección reforzada por su condición de vulnerabilidad o de determinados ajustes razonables.

Lo anterior, ha sido posible gracias a un considerable número de precedentes que desde 1997 se han emitido para ir argumentando a favor de esta prerrogativa constitucional de manera progresiva e inclusiva, adjudicando a los reclamantes derechos nominados e innominados, que les habían sido negados o vejados por parte de los prestadores de servicios de salud.

La línea jurisprudencial propuesta, se delinea conforme a una interpretación de manera amplia del derecho a la salud, las cuales fundamentan la recepción de medicamentos y tratamientos de acuerdo al padecimiento, así como acciones regulatorias para proteger la salud antes determinados riesgos y algunas consideraciones en torno a la salud preventiva, recientemente incorporada en la Ley General de Salud.⁴⁵⁵

⁴⁵⁵ Reforma al artículo 27 de la Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de noviembre de 2019.

Finalmente, al reflexionar sobre el “nicho citacional”, se observa que su análisis no conduce a una masa amplísima de sentencias, sino que, por el contrario, termina subrayando la existencia (mediante su continua citación en las sentencias investigadas) de unos “puntos nodales” dentro del nicho citacional, siendo éstas 2231/1997, el amparo directo civil 6/2008, 173/2008, 315/2010, 117/2012 y 378/2014, por mencionar algunos.

Al ejemplificar este nicho citacional, vemos ciertos puntos que están a menudo citados en un alto número de sentencias. Esta gráfica, por *tanto*, se parece a una “telaraña” citacional. Estos puntos nodales, que aparecen incluso en líneas abundantes y complejas no son muchos, más bien coinciden, para todos los efectos prácticos, con las sentencias hito de la línea. Esta metodología, como se ve, reduce la masa decisional, de un material demasiado extenso, a un pequeño número de decisiones en las que se define y da contorno a las subreglas.

Esta tentativa de la construcción de la línea jurisprudencial en materia de salud, abarca la mayoría de las dimensiones a las que nos hemos referido que componen a este derecho y a su vez, en algunos casos, ha establecido subreglas como se demuestran en la parte final de esta investigación.

Estas líneas jurisprudenciales, a su vez, podrían ser todavía más específicamente definidas si se considerara que la Suprema Corte ha venido creando subreglas especiales para el caso de la atención médica, como es el acceso a medicamentos gratuitos, a tratamientos oportunos y permanentes, la responsabilidad derivada de la práctica médica, la necesidad de contar con establecimientos adecuados para la prestación de servicios de salud, la atención a reclusos, la ponderación de la salud pública en el ejercicio de la profesión, así como lo relativo al consentimiento informado, por mencionar algunas subreglas que se han establecido en torno al derecho a la salud.⁴⁵⁶

La ecuación que pretende identificar cada derecho, o peor aún, cada artículo constitucional con una línea de precedentes debe ser negada. Como queda claro de la lectura de la jurisprudencia de la Corte, hay muchos artículos constitucionales y, sin duda, muchos “derechos” que es preciso descomponer en varias líneas

⁴⁵⁶ Recientemente, la SCJN derivado de que una persona promovió juicio de amparo indirecto en contra de la omisión de un Hospital Regional del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) de entregarle oportunamente el medicamento que requiere para el control de la enfermedad que padece. Dicho órgano jurisdiccional tuvo a bien emitir el siguiente Criterio jurídico: DERECHO HUMANO A LA SALUD. CRITERIOS QUE DEBEN VALORARSE PARA SU EFECTIVA GARANTÍA (OBJETIVO, SUBJETIVO, TEMPORAL E INSTITUCIONAL). Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. XIV/2021 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 84, Marzo de 2021, Tomo II, página 1222, Tipo: Aislada.

jurisprudenciales autónomas, así se rocen con líneas que tengan nacimiento u origen en el mismo artículo constitucional. Como se demuestra con el derecho a la salud, en sus distintos componentes, no solo si es justiciable o no, sino como se ha ido forjando su contenido esencial en los tribunales.⁴⁵⁷

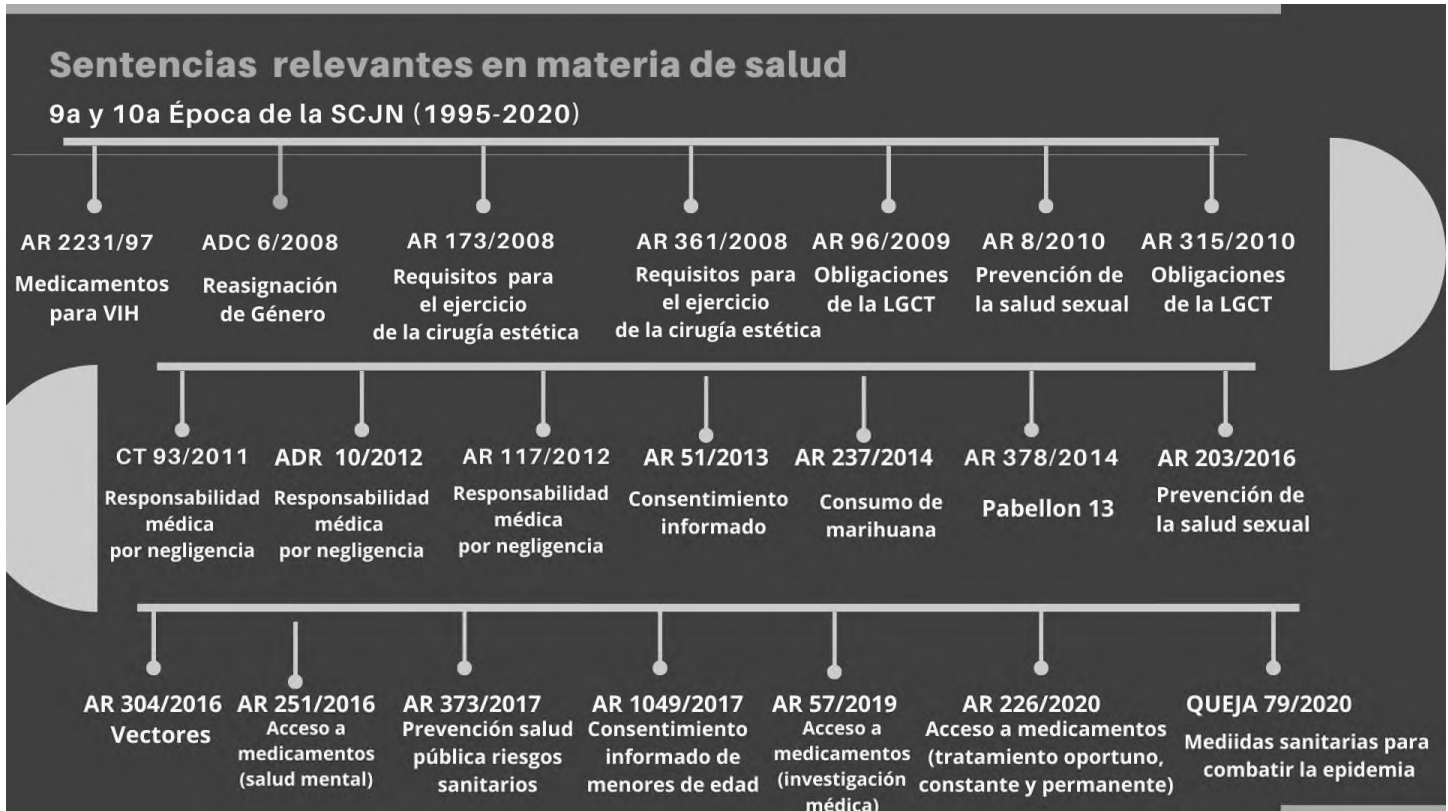
Estas diferencias entre las líneas, incluso si parecen relacionadas con el mismo "derecho", nacen de la distinción de patrones fácticos: así, una línea jurisprudencial no puede partir de un concepto muy abstracto, pero tampoco de las particularidades de cada caso concreto. Una línea jurisprudencial se ubica en un nivel medio de abstracción en el que se identifica un patrón fáctico frecuentemente litigado: la definición e interpretación de los "derechos constitucionales" casi siempre se realiza en este nivel medio de abstracción. Estos patrones fácticos son los "escenarios constitucionales".

Detrás de cada derecho fundamental se han venido formando varios "escenarios constitucionales" donde se precisa el significado de dicho derecho. Un "escenario constitucional" es el patrón fáctico típico (con su correspondiente campo de intereses contrapuestos) en el que la Corte ha especificado, mediante subreglas, el significado concreto de un principio constitucional abstracto. Cada derecho, por tanto, muestra un cierto número de "escenarios constitucionales" en los que se ha desarrollado la discusión sobre su sentido. Conocer a profundidad un derecho significa, por tanto, conocer los "escenarios constitucionales" en los que se litiga el derecho y las subreglas a las que ha llegado la Corte en cada uno de ellos.

Para tales efectos, se han recopilado para el análisis de este derecho alrededor de 200 sentencias en las que el Poder Judicial se ha pronunciado de manera directa sobre el derecho a la salud en sus distintas vertientes, de ello, se tomarán únicamente como referencia y punto de partida de 3 a 5 sentencias por cada línea jurisprudencial, en razón de que muchas de ellas son sentencias reiterativas o en su caso se centró el análisis en el ámbito procedimental, por lo que es a partir de estas determinaciones sustantivas que se irá construyendo el nicho citacional, la telaraña y los puntos nodales de jurisprudencia, dando cuenta de aquellas determinaciones que se configuran como el origen a las líneas jurisprudenciales en materia de salud, las cuales han sido un referente en el tiempo

⁴⁵⁷ Muestra de esta interpretación en la que se contemplan los sujetos de especial protección dada su vulnerabilidad, la encontramos en la tesis derivada de lo argumentado en el Amparo en revisión 251/2016 "PERSONAS CON DEFICIENCIAS MENTALES. TIENEN UN MARCO JURÍDICO PARTICULAR DE PROTECCIÓN EN MATERIA DE SALUD. Instancia: Segunda Sala, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: 2a. LVI/2019 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 70, Septiembre de 2019, Tomo I, página 421, Tipo: Aislada.

para la emisión de la mayoría de estas decisiones judiciales, tal y como es el caso de sentencias que han servido de soporte a otras sentencias, siendo éstas base para la emisión de otras más y que incluso son las que han derivado en la emisión de muchos criterios judiciales en materia de salud, principalmente en tesis aisladas.



Asimismo, se han analizado sentencias que no tratan el tema del derecho a la salud, pero que resultan pertinentes para comprender aspectos polémicos de las decisiones en dicha materia. En cuanto a la cuestión de cómo analizar las sentencias, es mediante la graficación de líneas jurisprudenciales, en la medida en que está dirigida a conocer a profundidad el tratamiento que un tribunal (o un conjunto de ellos) da a un tema jurídico.

A partir de lo anterior, surge la necesidad de identificar las subreglas a las que arriban los Tribunales con sus decisiones, y cómo a partir del análisis de las líneas jurisprudenciales es posible dar cuanta del “desarrollo sistemático de la jurisprudencia”, pues el análisis de sentencias individuales “sin sentido de orientación o agrupación, puede llevar al analista a una dispersión radical, con la consecuente incomprensión de los mensajes normativos emanados del derecho judicial”. Como ya se mencionó, se optó por utilizar las sentencias 226/20, 227/20, 57/2019, 544/2018, 1049/2017 y 251/2016 como referentes para este estudio, el

cual, en atención a la advertencia de López Medina, funge como criterio de orientación, interesándonos las razones que justifican ciertas decisiones, a fin de comprender la postura del juez y evaluarla frente a la significación del derecho a la salud en su integralidad.

El punto arquimédico de las líneas a dibujar, data de 1997, para hacer el estudio de la justiciabilidad del derecho a la salud, siendo este precedente, la piedra angular de lo que se ha ido resolviendo en nuestro país y que sin lugar a dudas es referente en nuestro continente.

Otro punto de cierre, es la resolución a la queja 225/2021, siendo una de las más recientes sobre la materia y a que cuenta con un repertorio de citas muy importante para el desarrollo de la línea jurisprudencial. Por ejemplo, las sentencias antes referidas nos ofrecen la posibilidad de ir desdoblado las decisiones que han marcado referencia en la consolidación y construcción del contenido del derecho a la salud.⁴⁵⁸

Quizás la propia jurisprudencia ha facilitado dicho trámite, dado que no ha ordenado una regulación específica, sino que ha fijado pautas para que los reguladores, que serán en últimas quienes propongan los proyectos de ley al parlamento, dicten o propongan las normas pertinentes. Las decisiones están, en suma, dirigidas a que el Estado enfrente la situación, no simplemente sobre la base de criterios de conveniencia o de oportunidad política, sino a partir de un proceso de planeación, que culmina con la implementación y aplicación de los diversos proyectos y programas, plasmados normativamente.⁴⁵⁹

Muestra de ello es la definición de salud que adoptó en primera instancia el Poder Judicial en las múltiples sentencias en esta materia, derivado de la definición de la Organización Mundial de la Salud y que a la postre el legislador en 2013 incluiría en la Ley General de Salud al definirlo como un estado de completo

⁴⁵⁸ Resulta interesante como nuestro Poder judicial, en aras de proteger a la salud, toma una actitud previsoría y precautoria, lo cual queda asentado en la tesis: "SUSPENSIÓN EN EL AMPARO INDIRECTO. DEBE DECRETARSE DE OFICIO Y DE PLANO CUANDO EL QUEJOSO RECLAMA AFECTACIÓN AL DERECHO A LA SALUD Y PRECISARSE CON EXACTITUD SUS EFECTOS, LOS CUALES DEBEN INCLUIR LA ATENCIÓN MÉDICA DEBIDA Y URGENTE REQUERIDA". Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materia(s): Común, Tesis: I.18o.A.33 K (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 68, Julio de 2019, Tomo III, página 2160, Tipo: Aislada.

⁴⁵⁹ López Sterup, Henrik, Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la praxis judicial: evaluación sobre el impacto en la consolidación de una democracia constitucional, Universidad de Alicante, 2015.

bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

Se considera importante profundizar la discusión y el análisis de las políticas públicas y los aspectos jurídicos de estos fallos, en la consolidación de nuevos derechos. La judicialización de la salud es un fenómeno común a todos los países, tienen similitudes en sus causales, naturaleza y repercusiones según el contexto de cada país. Los casos incluidos muestran las debilidades de los sistemas de salud para satisfacer las demandas de la población, particularmente en lo que respecta a garantizar el acceso a los servicios incluidos en los sistemas de salud. Esta revisión de las sentencias mostró similitudes en la problemática relacionada con el acceso a los servicios de salud.

Como lo comenta Sofía Charvel, las políticas públicas en salud como en todo, deben ser reguladas por el Derecho y entre mejor regulados los aspectos de salud mejor podrá ser la aplicación y desde luego los efectos deseados. El derecho debe verse como herramienta regulatoria, en donde se sustente la política pública y viceversa toda política pública pasa por el derecho. A lo cual, se necesita una correcta regulación y una ley de acceso a los servicios de salud, no tanto de organización.⁴⁶⁰

Así, a partir de una línea argumentativa de estos precedentes en distintos ámbitos de los que se compone el derecho a la salud, o como López Medina las denomina, líneas jurisprudenciales, me limito a exponer los principales avances que ha tenido en este lapso, el derecho a la salud.

3.4 EL PAPEL DE LOS JUECES EN EL ESTADO DE DERECHO. ENTRE LA CREACIÓN JUDICIAL Y LA INVASIÓN DE PODERES.

Aún y cuando podemos advertir una tendencia cada vez más firme sobre la justiciabilidad del derecho a la salud, no todo es color de rosa, en estos frutos de la justiciabilidad, puesto que se cuestiona el rol de los tribunales como auxiliares en el ejercicio y construcción de este derecho, surgiendo dos cuestiones: ¿Los Tribunales son creadores de derecho o estamos ante el derecho de los Tribunales? Y si a partir de determinados fallos: ¿No se excede en sus sentencias, al ordenar se creen las condiciones que no consideró la legislación o la política pública en su planeación?

⁴⁶⁰ <http://programadesaludpublica.itam.mx/es/2/contenido/salud-y-derecho-profesora-sofia-charvel-itam>

En ciertos casos la sentencia de un juez no resulta directamente ejecutable por requerir de provisión de fondos por parte de los poderes políticos, aunque cabe resaltar el valor de una acción judicial en la que el Poder Judicial declare que el Estado ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, las sentencias obtenidas pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, a través de una semántica de los derechos.

En el trasfondo de este trabajo, se encuentran permanentes y más profundas discusiones como: la creación de Derecho por parte de los Tribunales, la superación de una teoría clásica de la división de poderes dado el rol más activo de los Tribunales y los alcances de sus determinaciones, los efectos colaterales del amparo, dejando de lado la formalidad del principio de relatividad y la confirmación de la justiciabilidad directa de los DESC, que si bien se abordan y son de suma trascendencia en el discurso jurídico, no se entra a detalle por no ser el objeto del presente trabajo.

Entrar al terreno del rol que desempeñan los Tribunales como una fuente más formal del derecho es un terreno escabroso, puesto que hay quienes, en una postura clásica de la división de poderes, señala que no es así, que los mismos se limitan a aplicar el derecho, no obstante, existe una posición contraria que sí les otorga un papel preponderante en la construcción normativa.

Esta problemática respecto al actuar de los jueces en torno a los DESC, si son auxiliares en la maquinaria de la exigibilidad de los derechos humanos o a partir de sus determinaciones crean o amplían contenido de derechos o incluso si llegan a formular nuevos derechos humanos, es un largo debate de zanjar que da pauta para analizar posteriormente este tema bajo la óptica de lo acontecido en las determinaciones en materia del derecho a la salud.

Lo relevante al realizar un estudio técnico de la jurisprudencia no es consultar sus desarrollos doctrinales en punto a cuestiones controversiales dentro del debate teórico del Derecho ¿los precedentes son fuente formal del Derecho? ¿Los jueces en sus resoluciones crean derechos? ¿La vinculación de los precedentes con la autoridad administrativa? ¿En sus determinaciones no invaden competencias de los otros poderes?, sino establecer la forma como resuelven los jueces un problema determinado.

El carácter normativo de las Constituciones modernas no solo ha llevado a que se supere el dogma según el cual los jueces no crean Derecho sino que solo lo

aplican; correlativamente ha supuesto asumir que su intervención dentro de un proceso resulta fundamental para la integración del ordenamiento jurídico en tanto participan de su construcción mediante la producción de decisiones que no solo resuelven con autoridad de cosa juzgada un caso concreto (sentencias), sino que además sientan o reiteran una regla de Derecho aplicable a casos similares futuros (precedentes).

Generalmente, como señala se entiende que las fuentes del derecho reconocidas por los tribunales del Common Law incluyen no solamente la legislación y las Constituciones, sino también las decisiones judiciales previas. Los abogados confían en los precedentes judiciales al aconsejar a sus clientes y los tribunales citan precedentes en sus opiniones. Aun así, lo que los tribunales hacen exactamente o deberían hacer con los precedentes es un problema sorprendentemente complejo.

Los tribunales pueden servir mejor a los fines del sistema jurídico al considerar las reglas anunciadas en casos pasados como vinculantes. En otras palabras, los tribunales deben aplicar las reglas previamente anunciadas a casos presentes que están dentro de los términos de las reglas.

La identificación de reglas aplicables, por supuesto, implica interpretación. Nosotros asumimos que la interpretación, para este propósito, significa discernir la intención del tribunal que anunció la regla. En efecto, una comprensión del precedente orientada por reglas, otorga autoridad a los tribunales previos para resolver disputas futuras al anunciar reglas. Esta autoridad de la resolución, a su vez, implica que la decisión deseada por el primer tribunal es la decisión que será adoptada, sin mayor aportación de posteriores aplicadores de la regla. La autoridad preventiva de reglas serias también implica que, si dos reglas entran en conflicto de modo que no puede ser resuelto por interpretación, una regla debe ser revisada o anulada. Las reglas serias no pueden ser ponderadas una contra otra en contexto; solo pueden ser obedecidas o rechazadas. Por otra parte, las reglas de precedente serias no proporcionan un cuerpo de derecho completo, capaz de resolver cada caso que pueda surgir.

Por ejemplo, este trabajo sostiene la postura de la interpretación judicial como una especie de creación judicial, como se podrá observar en la parte final del trazado de las líneas, en el entendido de que el Poder Judicial, como bien lo sostiene Sandra Gómora, al resolver el caso en concreto emiten un razonamiento normativo, al vincularse con normas, razones para la acción, derechos, deberes y hacen una construcción a partir de ello para su aplicación a situaciones específicas o

generales, inclusive, el uso de este tipo de argumentos que involucran precedentes y analogías es característico del razonamiento jurídico, el cual además tiene una pretensión autoritativa.⁴⁶¹

Como refiere Sandra Gómora, las reglas jurídicas, sean de origen legislativo o judicial, poseen un núcleo central de significado, que es fácilmente reconocido por las personas que las aplican; sin embargo, en el caso de algunas reglas jurídicas también presentan una zona de penumbra, que se distingue porque no es claro cuándo un término general es aplicable a un caso concreto. Esa tendencia usualmente se presenta cuando surgen situaciones que no fueron contempladas cuando se emitió la regla y presentan diferencias con el caso – tal y como acontece con el derecho a la salud- son los tribunales los que en una labor interpretativa fijan su contenido mediante distintas técnicas de interpretación cuando aparecen casos complejos.⁴⁶²

El razonamiento jurídico, advierte dicha autora, es una constante en la labor de los tribunales, que ayuda a situar y a dimensionar el papel de la interpretación en el derecho ante la necesidad de proporcionar reglas claras que puedan ser aplicadas de manera directa, sin necesidad de nuevas guías, o en su caso, la necesidad de proporcionar reglas que puedan ser planteadas en términos generales, reglas abiertas que puedan ser especificadas al momento de su aplicación.⁴⁶³

Para para identificar que ninguna nueva regla de precedente puede surgir de la reproducción de alguna regla jurídica previa que ya existía en el derecho positivo vigente, de modo que sólo la variación a través de la interpretación puede servir como el mecanismo a través del cual los tribunales pueden introducir pequeños cambios o transformaciones en el derecho, no obstante, no todo es discrecionalidad, puesto que dentro de dicha creación o interpretación debe realizarse sobre algo previamente dado, en este caso, en un contexto de normas jurídicas sin las cuales ésta no podría presentarse.

En opinión de Raz, hay disputas reguladas y disputas no reguladas por el derecho. Las disputas reguladas se identifican con la noción clásica del caso que no requiere discreción del juez para resolverlo, pues la solución al problema está contenida con claridad en el derecho, por lo que sólo debe identificar los hechos y aplicar la regla respectiva, a esto comúnmente se la denominado subsunción y

⁴⁶¹ Gómora Juárez, Sandra, Óp. cit., nota 413.

⁴⁶² Ídem

⁴⁶³ Ídem.

aparentemente es un caso fácil. Contrariamente, en los casos no regulados, los jueces tienen que aplicar tanto el derecho existente como crearlo, pues si bien las disputas están parcialmente reguladas proporcionando una guía general, el derecho presenta lagunas, por lo que no exige una solución particular; de modo que cualquier respuesta que proporcione el tribunal será una que no existía previamente.⁴⁶⁴

Es en estos últimos la norma jurídica aplicable no proporciona una respuesta específica, donde cobra vida el escenario de deliberación que vive el juez, centrándose en razones de primer orden contextuales en aras de decantarse por aquella respuesta que le parezca más adecuada en la interpretación, dadas las intenciones a considerar y los métodos de interpretación vigentes.

Por lo que refiere a estas técnicas de construcción normativa, Guastini, ha de resaltar que dado que el derecho es indeterminado y, forzosamente representa la interpretación desarrollada por los jueces como una actividad intrínsecamente discrecional, éstos en muchas ocasiones, genuinamente creativa de normas.⁴⁶⁵

Al respecto, señala algunas técnicas argumentativas que los juristas suelen justificar sus operaciones interpretativas y constructivas respectivas, como es el caso de:

- Técnicas de selección de las normas explícitas
- técnicas de reducción de la vaguedad de las normas
- Técnicas de construcción jurídica⁴⁶⁶

Dado el contexto del presente trabajo y la vaguedad que representa el derecho a la salud, nos centraremos en exponer esta última vertiente sobre la construcción jurídica del derecho a la salud.

Esta construcción normativa se da principalmente según Guastini en: a) la construcción de lagunas (normativas y axiológicas); b) la construcción de jerarquías axiológicas; c) la construcción de excepciones implícitas; y d) la construcción de normas implícitas.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ Raz, Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979.

⁴⁶⁵ Guastini, Riccardo. Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, 2015, no 43.

⁴⁶⁶ Ídem.

⁴⁶⁷ Ídem

La labor de nuestro Poder Judicial, por lo que habremos de apreciar, descansa en la construcción de normas implícitas contenidas en la Ley General de Salud que han de analizarse a la luz del precepto constitucional y verificar si efectivamente éste último se contempla dentro de las finalidades del primero.

Esto es un poco confuso, en razón de que el propio enunciado normativo que reconoce el derecho a la salud de toda la población no contempla en el mismo ninguna finalidad, sino que las supedita a la norma reglamentaria, siendo ésta la que adquiere una mayor jerarquía en cuanto a definir el objeto, generando grandes debates en cuanto a la justiciabilidad de los mismos.

En este punto, la formulación de normas implícitas posee una importancia especial. Con la expresión “normas implícitas” Guastini se refiere a aquellas normas que no han sido formuladas por autoridad normativa alguna: normas que no pueden ser consideradas como significados (plausibles) o como implicaciones lógicas de ninguna disposición normativa determinada, las cuales por medio de la construcción de normas implícitas los intérpretes llevan a cabo una actividad legislativa disimulada cuya conclusión se da a partir de un razonamiento que incluye premisas que son normas explícitas. En la mayoría de los casos, tales razonamientos, no son lógicamente válidos (no son deductivos) y, segundo (y más importante), incluyen también premisas que no son normas explícitas, sino esquemas conceptuales y teorías elaboradas arbitrariamente por la dogmática. Y esto constituye la parte principal y más importante del trabajo de los juristas.⁴⁶⁸

Este objeto de análisis puede resultar muy fértil para el razonamiento probatorio, al poder observar de qué técnicas se están valiendo los jueces para emitir sus fallos, ya sea a partir de argumentos analógicos, a contrario, “intencional” o “psicológica, teleológicos o inclusive literal, no obstante nos enfocamos en exponer el rol de los jueces en la progresividad del derecho a la salud, conforme a los argumentos y criterios emitidos en estos 25 años, considerando los efectos en las dimensiones en la salud, más allá de la forma de construir su *ratio decidendi*.

Muestra de la complejidad de adjudicar un derecho a la salud, la destaca el ex ministro Cossío quien manifiesta que la visión “normativista” del derecho, es distinta a la normativa de la salud, en función de que la primera de ellas se concentra en las normas jurídicas “son” como tal, sin preguntarse por las prácticas jurídicas

⁴⁶⁸ Ídem.

como sistema, mientras que las ciencias médicas en general se ocupan con amplitud de las condiciones de operación de su conocimiento.⁴⁶⁹

Al respecto, se cuestiona sobre el quehacer del operador jurídico al tener en conocimiento hechos vinculados con la salud así como la explicación que deberá tener en cuenta el Juez al proponer una solución al problema planteado en estas dimensiones, dando respuesta a estas interrogantes, con la construcción de un modelo normativo a partir del cual establece ciertas relaciones normativas, partiendo de los hecho para identificar las normas que los signifiquen, esto es, que normas son aplicables al caso en concreto, ya sea que se trate de un tema de atención médica curativa, paliativa o preventiva.⁴⁷⁰

Termina por señalar que es indudable identificar el conjunto de las normas jurídicas que regulan cualquier modalidad de la práctica médica en nuestro orden jurídico nacional, hoy en día inclusive en el internacional —no solo a modo de conocer la permisividad o no de dichas conductas y por ende su sanción— sino quién está facultado y obligado, así como una manera de establecer todas las posibilidades y efectos normativos para lograr el cumplimiento jurídicamente satisfactorio del derecho humano a la protección de la salud. Mostrando una propuesta de construcción normativa, por lo que refiere únicamente a la atención médica curativa, en los términos siguientes:

1. Por condición institucional: a) público, b) social, c) derechohabencia y d) privado;
2. Por el tipo del prestador del servicio: a) institución, b) hospital-clínica y c) consultorio médico;
3. Por su modo de realización: a) individual y b) grupal;
4. Por su forma de presentación: general y b) especializada;
5. Por condiciones de prestación: a) emergencia y b) no emergencia, y
6. Por fase de realización: a) diagnóstico, b) estudio y c) terapia.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ Cossío Díaz, Jose Ramón, Perez Tamayo Ruy, Modelos médicos y modelos jurídicos, Tirant Le Blanc, México, 2016.

⁴⁷⁰ Ídem.

⁴⁷¹ Ídem

Este modelo como tal, es tan solo una muestra de la dificultad de resolver este tipo de problemáticas, dada la fragmentación de la prestación de servicios de salud, por un lado, y, por otra parte, las especificaciones técnicas que tiene cada prestación de servicios, más aún en el ámbito de la atención médica en donde los procedimientos son sumamente diferenciados de un padecimiento a otro. Y, para añadir a la problemática de interpretar de manera directa la prestación, tenemos que existen cláusulas de protección reforzada para grupos vulnerables.

De ello podemos advertir que el papel del Poder Judicial en la creación de derechos es una realidad, pues más allá de aplicar sus resoluciones interpretativas a todo el ordenamiento en su conjunto, tienden a aclarar, definir y en la mayor parte de las ocasiones a adjudicar, con sus fallos, determinados derechos que le subyacen a los individuos en su válida finalidad de proteger la salud.

Parra, a su vez, en el ámbito de las decisiones que tienen relación con el derecho a la salud y, sobre todo, con la explicitación de su contenido, ejemplifica la construcción normativa del modelo colombiano en cuatro elementos:

1. La dogmática de las fuentes normativas para delimitar un contenido se circunscribe al concepto de bloque de constitucionalidad desarrollado por la Corte Constitucional.

2. El segundo elemento se relaciona con el procedimiento específico de delimitación, del cual se derivan derechos expresos y también derechos innominados, que son articulados correlativamente con obligaciones asumidas por los Estados.

3. Un tercer elemento lo constituye una dogmática del precedente judicial, que permite su inclusión en el contenido esencial.

4. Finalmente, la cláusula de protección especial de grupos vulnerables permite inferir otros elementos y focalizaciones específicas de los elementos esenciales del derecho.⁴⁷²

Mi postura va de la mano con estos autores, por lo que refiere a que se deben tomar distintos elementos normativos en su completitud e irlos relacionando conforme a los hechos y características que amerite el caso y determinar si las normas secundarias (que caso curioso se les subordina el desarrollo de este tipo de

⁴⁷² Parra Vera, Oscar. Óp. cit., nota 18.

derechos) son compatibles con el enunciado constitucional, pero sobre todo con las finalidades que persigue.

De igual manera esta postura refleja una visión en la que el Poder Judicial no es un mero espectador, sino que juega un papel primordial en la construcción de derechos, que por más que parezca que tienen efectos limitados, lo cierto es la importancia que tiene la emisión y adopción de criterios que son orientadores en casos similares y vinculantes en otros.

Cabe recordar que tales criterios vinculantes que no solo obligan a los casos particulares que resuelven, sino que muchos de esos criterios interpretativos sirven de parámetros para la argumentación jurídica de todos los jueces del país.

La reforma constitucional de 2011 propició la creación de la Décima Época y, con ello, el papel de la jurisprudencia cobró especial relevancia en el fortalecimiento de la protección y el desarrollo de los derechos humanos consagrados en nuestra Constitución y en los tratados internacionales, a través de la interpretación judicial.

Podríamos afirmar que la jurisprudencia es fuente formal del derecho mexicano e institución jurídica emanada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tradicionalmente formada con cinco criterios precedentes análogos, y a partir de 2021 por precedente, cuya interpretación y aplicación es obligatoria en las actividades jurisdiccional y administrativa.

El precedente judicial, como lo advierte Sandra Gómora, sentencias — propiamente, a los razonamientos contenidos en ella— de tribunales judiciales en un sistema jurídico con fuerza autoritativa que muestra a otros tribunales la forma de resolver controversias en casos semejantes, es una institución central en los sistemas jurídicos contemporáneos.⁴⁷³

Existen algunos casos que adquieren gran relevancia al tener en cuenta que los quejosos acuden al juicio de amparo en defensa de un interés legítimo y de carácter abstracto que, por ende, atañe a una colectividad. De ahí que, bajo la apreciación del principio de relatividad conforme a la interpretación más favorable a la persona y en relación con el derecho humano de acceso a la justicia y el principio de supremacía constitucional, los efectos de ciertas sentencias de amparo deben concretarse más allá de la esfera jurídica del propio quejoso, como una

⁴⁷³ Gómora Juárez, Sandra. La jurisprudencia mexicana y el principio de legalidad: una compleja relación. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2019, vol. 52, no 155.

consecuencia necesaria de la declaración de inconstitucionalidad del acuerdo modificador reclamado.

Lo anterior, ante la existencia de violaciones a bienes jurídicos supra individuales, es decir, que pertenecen a un grupo y que, por ende, son indivisibles, a saber: el medio ambiente. De ahí que los efectos de la protección constitucional no pueden referirse únicamente a la parte quejosa, pues ello sería insuficiente para lograr una efectiva restitución de los derechos violados mediante la incorporación de derechos humanos que se dirijan a edificar mayores estadios de justicia social - como lo es el derecho humano a la salud, a un medio ambiente sano o a la salud-,

No sólo es jurídicamente permisible que los órganos jurisdiccionales –que realizan un control de la constitucionalidad– vigilen que el actuar de los poderes públicos “se ajuste a los principios y valores que la Constitución Federal establece, sino que es obligatorio que lleven a cabo tal función en aras de asegurar que dichos derechos públicos subjetivos tengan una incidencia real en el Estado mexicano; he ahí la función contemporánea del Poder Judicial”.

Lo anterior ha devenido en que se de en la actualidad una especial configuración de los DESC, donde se exige la flexibilización de los distintos principios del juicio de amparo, entre ellos, la determinación de sus efectos. Uno de los principales problemas que enfrenta el juicio de amparo en estas materias es la tensión que naturalmente se genera entre el otorgamiento de la protección constitucional en esa materia y el principio de relatividad de las sentencias, pues generalmente dicha concesión trasciende a la figura del quejoso y beneficia a otras personas aun cuando éstas no hubieran acudido a la vía constitucional.

En este sentido, ha sido una constante en esta tipología de derechos que se torne necesario reinterpretar el principio de relatividad de las sentencias con el objeto de dotarlo de un contenido que permita la tutela efectiva ya sea del derecho a la salud, a un medio ambiente sano o la educación a partir del reconocimiento de su naturaleza colectiva y difusa. Tanto estos derechos humanos como el principio de relatividad de las sentencias, están expresamente reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que su interacción debe ser armónica, es decir, la relatividad de las sentencias no puede constituir un obstáculo para la salvaguarda efectiva de los mismos.

En este orden de ideas, se ha estimado que al dar efectos generales a ciertos fallos no se vulnera el principio de relatividad porque dicho principio debe ser reinterpretado a la luz del nuevo marco constitucional que disciplina al juicio de

amparo y, por tanto, es perfectamente admisible que al proteger a la persona que ha solicitado el amparo de manera eventual y contingente se pueda llegar a beneficiar a terceros ajenos a la controversia constitucional. De todo lo anterior, se desprende que el juicio de amparo indirecto es procedente para combatir omisiones legislativas absolutas.

En este entendido, ante esta textura abierta del derecho a la salud contemplada en la Constitución y su imposibilidad de derivar de manera directa la protección de todos los rubros que constituyen el núcleo esencial de este derecho, será necesario verificar cómo es que se subsana esta definición en las cortes federales, pero sobre todo cómo se construyen los derechos que derivan de todas estas dimensiones.

A esto se suma el progresivo y hoy mayoritario consenso en torno al valor vinculante de los precedentes como forma de garantizar la coherencia del sistema jurídico y la efectividad de los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, la importancia de conocer y analizar técnicamente los resultados de la actividad judicial queda fuera de toda discusión.

El análisis de la jurisprudencia resulta entonces decisivo para conocer el Derecho tal cual lo aplican los jueces en la realidad, más allá de cómo se plasma en los textos normativos.

Así las cosas, como menciona Bulligyn, la justificación de la sentencia judicial tiene carácter normativo, lo cual significa que el juez debe derivar su decisión de una premisa normativa. En los supuestos especiales vistos, la premisa es colocada por el juez, por lo cual existe creación judicial de derecho, tanto si admite como si rechaza la demanda, disponiendo de discrecionalidad. Esto no equivale a arbitrariedad, porque intenta justificar su decisión en una norma general. Cuando el juez modifica el derecho, cumple una función política; no modifica el concepto de derecho, sino las normas que aplica.⁴⁷⁴

El derecho sería, en principio, un conjunto de normas creadas por el legislador persiguiendo ideales racionales de completitud y coherencia para intentar brindar una justificación normativa a las conductas humanas. Fuera de los subsistemas cerrados tales como el derecho penal, que contenga la cláusula *nullum crimen*, la existencia de las lagunas o incoherencias es una cuestión empírica tanto como sería —en caso de aceptarse— contingente a la posibilidad de solucionar los casos difíciles por la vía de principios jurídicos implícitos. Los ideales racionales de

⁴⁷⁴ Bulygin, Eugenio, *Los jueces ¿crean derecho?*, Isonomía, 2003, no 18.

completitud y coherencia no se renuncian al detectarse una patología. Es allí donde interviene otro órgano, el juez, que no puede dejar de dictar sentencia. Así emerge la hipótesis de creación judicial residual mediante sentencias simétricamente normativas tanto en caso de aceptar como de rechazar la demanda.

Por último, aun y cuando los jueces no tienen la misma legitimidad democrática de los poderes políticos para la producción de normas jurídicas generales, la posibilidad de admitir en forma muy excepcional este fenómeno de creación judicial.

Para hacer que el Estado cumpla con DESC por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales, la expandida consideración de los DESC como derechos, un cierto activismo judicial, y la propuesta legislativa de nuevos tipos de acciones capaces de vehiculizar reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos. En contextos de crasa desigualdad, un activismo judicial a favor de los derechos sociales no sólo es bienvenido sino también aconsejable.⁴⁷⁵

El poder judicial, más allá de la teoría clásica de la interpretación de la ley, a partir de la legalidad y constitucionalidad, cada vez es más activa en la progresividad de los derechos humanos, puesto que ha generado con sus determinaciones criterios que extienden o dan contenido a los derechos sociales. Es una especie de activismo judicial, detonado ya sea por la sociedad civil o por individuos afectados en su esfera jurídica pero que tiene repercusiones en el orden público, como es el caso de los DESC.

Lo anterior conlleva a la ineludible tarea de determinación de sus límites constitucionales a fin de no resquebrajar el delicado equilibrio de los poderes en la constitución. Por lo cual se debe ser muy cauto en los efectos de los fallos, tal y como ha acontecido hasta hoy con el principio de deferencia y la posibilidad de velar porque se cumplan los deberes constitucionales, en caso de que exista una omisión, siempre y cuando ésta haya sido establecida previamente como una obligación.

Estas consideraciones, las podremos ir analizando en cada uno de los fallos y veremos cómo, recientemente, se ha reinterpretado el principio de relatividad y se ha dado la inserción del interés legítimo y de las acciones colectivas, que desde luego reconfiguran la visión clásica del juicio de garantías y esta flexibilidad en la

⁴⁷⁵ Arango, Rodolfo, Óp. cit., nota 277.

división de poderes, donde interactúan ampliamente todos en busca de una protección efectiva basada en el enfoque de derechos humanos.

Si bien es cierto, esta judicialización de los derechos sociales es una realidad en América Latina, poco se ha dicho sobre este fenómeno en México o sobre el papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) mexicana en el avance de una garantía efectiva del derecho a la salud.

Este resultado merece una gran celebración que constituye una innovación en el entendimiento del juicio de amparo como un verdadero y eficaz mecanismo para reparar omisiones que violan derechos fundamentales; un avance enorme en términos de salud, derechos de las personas discapacitadas e interés superior del menor y, sobra decir, en la lucha en contra de la prohibición del uso del cannabis. Es un paso firme hacia la vigencia del principio de división de poderes, en el que la SCJN legitima a través de sus decisiones, su función como auténtico garante de la Constitución.⁴⁷⁶

Al igual que la reciente publicación de “La judicialización de la política de la salud en México: ¿cuál es el papel de los jueces ante la pandemia por covid-19?” dichas investigaciones parten de la premisa de evaluar el papel de la SCJN a la hora de pronunciarse a favor o en contra de este derecho y sobre todo el impacto en la política pública, concluyendo ambos que la SCJN debe incrementar sus posibilidades de promover reformas estructurales donde las leyes o políticas sean inconsistentes con los estándares constitucionales o convencionales manteniendo un término medio con respecto a los poderes ejecutivo y legislativo.

Concuerdo totalmente con lo anterior, pero se debe ser muy cuidadoso de la delimitación de funciones, de esta clásica y rígida división de poderes, del principio de relatividad y de asumir posicionamientos técnicos que se requieren para la toma de decisiones en cuanto a medicamentos y /o tratamientos, ya que como lo ha venido sosteniendo en su fallos el Poder Judicial, su papel es interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia así como hacer una interpretación conforme en sentido estricto.

⁴⁷⁶ Conesa Labastida, Luisa, *Marihuana, el principio de relatividad y la Suprema Corte*, disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/marihuana-el-principio-de-relatividad-y-la-suprema-corte/>

Al preferir aquella interpretación que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos, no se afecta la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los Jueces, al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.

Este trabajo se enfoca en la concreción del contenido del derecho a la salud y cómo a partir de éstas determinaciones se ha ido progresando en la protección de este derecho, principalmente por la vía legislativa, que mayoritariamente ha prestado atención a los argumentos del Poder Judicial.

Esta aproximación a esta potencial función del Juez es un campo muy interesante por explorar y sobre todo de tomar en consideración por los demás poderes para garantizar de mejor manera los derechos humanos conforme a los compromisos internacionales, que es donde ha habido mayor desarrollo.

Existen también estudios que han identificado que los tribunales mexicanos son cautos para intervenir en las políticas de salud. Y otros litigios analizados sugieren una escasa relación con las políticas de salud en México.

En cuanto a las acciones u omisiones administrativas pueden ser revisadas jurisdiccionalmente, por lo que, en caso de ser controvertidas, los jueces y tribunales pueden desempeñar un papel dentro de las políticas públicas. Esto a pesar de la mayor participación de los jueces en políticas de salud en México, posiblemente los jueces federales no participan en el diseño de políticas públicas y su papel se reduce a la reafirmación de valores sociales, por lo que el marco de las corrientes explica mejor el papel de los jueces federales en las políticas públicas.

Desde una perspectiva constitucional, existe una discusión sobre el riesgo de que un juez sustituya al órgano administrativo, que en principio le corresponde el diseño de políticas públicas. Si bien el sistema de pesos y contrapesos configura las facultades de los poderes tradicionales, los jueces pueden verse expuestos a decidir sobre materias que escapan a su experiencia e invadir la competencia de autoridades democráticamente elegidas para atender una problemática social. Para evitar esa posible transgresión de facultades, se ha planteado la existencia de controles de autocontención y deferencia administrativa.

En términos generales, la deferencia es el respeto que otorga un juez a la decisión de otro poder, ya sea al legislativo, al ejecutivo o a algún órgano

constitucional autónomo, reconociendo su autonomía política o técnica para emitir cierta regulación: la deferencia deriva de una situación en la que un segundo tomador de decisiones acepta o adopta el criterio de un primer tomador de decisiones —por ejemplo, el juez hacia el legislador o la autoridad administrativa.

La aceptación del criterio del primer tomador de decisiones se justifica en la condescendencia o el respeto que se tiene a la institución y, por ende, a las decisiones tomadas por ésta. Esta deferencia no es una renuncia del deber del juez constitucional de controlar constitucionalmente leyes, actos u omisiones. Representa la decisión del juez de adoptar el criterio de política pública que las autoridades competentes establezcan, ya que considera que dichas autoridades se encuentran en mejor posición para la formulación de las políticas.⁴⁷⁷

Bajo este principio, los jueces se limitan a analizar normas administrativas para estudiar la ambigüedad y razonabilidad de la política pública, pero dejan a la autoridad administrativa la decisión técnica si no existe ambigüedad jurídica y la intervención es razonable.

A propósito de esta ausencia formal de líneas jurisprudenciales en nuestro país, se han generado análisis interesantes de la evolución en la forma de decidir de la CIDH desde la conexidad con otros derechos como a la vida y la integridad personal, la progresividad conforme al artículo 26 y recientemente de manera directa.

En cambio, existen mayores análisis respecto a la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana en torno a la justiciabilidad indirecta y directa del derecho a la salud derivado de las sentencias a ciertos casos como Poblete Vilchis y el Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. La Comisión Interamericana ha producido algunos avances interesantes en materia de medidas cautelares relacionadas con la provisión de medicamentos y del consentimiento informado, así como del acceso al expediente clínico, entre otros, que se suman a lo ya resuelto por nuestro país en lo que refiere al contenido, alcance, contenido y justiciabilidad.

No obstante, el objeto de la presente investigación se centra en lo realizado por el Poder Judicial de la Federación de nuestro país, en virtud de que, a consideración propia, como se detallará, los avances en la construcción de este derecho en nuestro país son más profusos, ya que desde 1997 se judicializó este derecho en México, reconociendo su tutela a través de la vía del amparo, algo que

⁴⁷⁷ Ídem.

la CIDH determinó que se hiciera de manera directa hasta el año 2018, después de 20 años, a través de la resolución al Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile.

Es por ello que es imperioso explorar el papel de la jurisprudencia del derecho a la salud derivada de su justiciabilidad. A lo cual cabe preguntarnos por qué y cómo los contenidos de las sentencias a analizarse en materia del derecho a la salud, pueden utilizarse como parámetros para la resolución de casos futuros. Uno de los ejemplos que se me ocurre es la extensión del alcance de la Política Nacional de Vacunación, para mujeres embarazadas, para menores con comorbilidades o para todos aquellos que se sitúen en una condición especial de protección. O las medidas de protección que deben preverse para el personal de salud que está afrontando la emergencia como se hizo notar en la queja 79/2020.

Continuando con esta construcción se ha establecido que el principio de relatividad admite modulaciones cuando se acude al juicio con un interés legítimo de naturaleza colectiva, lo anterior conforme a la nueva redacción del artículo 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se prevé que es posible acceder al juicio de amparo para obtener la protección de los intereses legítimos y colectivos, que son aquellos que atañen a "un grupo, categoría o clase en conjunto". En cualquier caso, tanto el interés colectivo como el legítimo, comparten como nota distintiva su indivisibilidad, es decir, no pueden segmentarse. De ahí que, si en los intereses colectivos o legítimos la afectación trasciende a la esfera jurídica subjetiva o individual de quien promovió un juicio de amparo.

Sería inadmisibles suponer que por esa cuestión se niegue la procedencia del medio de control constitucional, pretextándose la violación al principio de relatividad de las sentencias. En ese sentido, el artículo 107, fracción II, párrafo primero, de la Constitución Federal, debe interpretarse de la manera más favorable a la persona, por lo cual, lejos de invocarse una concepción restringida del principio referido, será menester maximizar tanto el derecho humano de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, como el principio de supremacía constitucional.

Lo cual se corrobora con la tesis "PRINCIPIO DE RELATIVIDAD. SU REINTERPRETACIÓN A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011." Esta tesis determinó que a partir de la reforma de junio de 2011 al juicio de amparo se amplió el espectro de protección de dicho mecanismo

procesal, de tal manera que ahora es posible proteger de mejor forma los derechos fundamentales que tengan una dimensión colectiva y/o difusa.⁴⁷⁸

Con todo, las consideraciones anteriores no significan que la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 haya eliminado el principio de relatividad, sino solamente que debe ser reinterpretado. En este orden de ideas, esta Primera Sala entiende que el principio de relatividad ordena a los tribunales de amparo estudiar en las sentencias únicamente los argumentos de las partes -supliéndolos si así procediera- y, en su caso, conceder el amparo sólo para el efecto de que se restituyan los derechos violados de los quejosos, sin que sea relevante para efectos de la procedencia del juicio el hecho de que una sentencia estimatoria eventualmente pudiera traducirse también en alguna ventaja o beneficio para personas que no fueron parte del litigio constitucional. Lo anterior implica que los jueces de amparo no pueden ordenar directamente en sus sentencias la protección de los derechos de personas que no hayan acudido al juicio de amparo, sin embargo, es perfectamente admisible que, al proteger a los quejosos, indirectamente y de manera eventual, se beneficie a terceros ajenos a la controversia constitucional.

La jurisprudencia constitucional, en tanto fuente sociológica del Derecho, da cuenta de los avances y problemas que enfrenta la tutela del derecho a la salud. Por ello desde ahí debemos emprender estudios críticos propositivos para iniciar un verdadero debate respecto a la eficacia de los derechos constitucionales.

El papel de la Suprema Corte ha sido fundamental para consolidar nuevos estándares para la protección jurídica integral del derecho a la salud, a partir de los criterios de interpretación que han derivado de estas controversias judiciales, lo que ha proliferado en la construcción de este derecho.

⁴⁷⁸ En la tesis se establece lo siguiente: Así, el juicio de amparo que originalmente fue concebido para proteger derechos estrictamente individuales y exclusivos, ahora también puede utilizarse para proteger derechos con una naturaleza más compleja. Por esa razón, recientemente esta Primera Sala ha reconocido la necesidad de reinterpretar el principio de relatividad de las sentencias de amparo, puesto que mantener la interpretación tradicional de dicho principio en muchos casos acabaría frustrando la finalidad sustantiva del juicio de amparo: la protección de todos los derechos fundamentales. Por lo demás, la necesidad de dicha reinterpretación se ha hecho especialmente patente en casos recientes en los que esta Suprema Corte ha analizado violaciones a derechos económicos, sociales y culturales, puesto que si se mantuviera una interpretación estricta del principio de relatividad, en el sentido de que la concesión del amparo nunca puede suponer algún tipo de beneficio respecto de terceros ajenos al juicio, en la gran mayoría de los casos sería muy complicado proteger este tipo de derechos en el marco del juicio de amparo, teniendo en cuenta que una de sus características más sobresalientes es precisamente su dimensión colectiva y difusa.

La determinación de la subregla jurisprudencial solo será posible, entonces, si el intérprete construye, para cada línea, una teoría jurídica integral de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes.⁴⁷⁹

Es importante dar cuenta de cómo es que una persona estima más que necesario acudir a los órganos jurisdiccionales con una demanda respecto a una acción u omisión que no satisfizo las expectativas de cumplimiento de sus derechos, estas pretensiones imperfectas son el objeto de dirimir en una controversia.

Si bien, no se analizará profusamente este vaivén entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, sí se destina un pequeño apartado al debate de la creación judicial y del papel del juzgador en cuanto a si declara o crea derechos innominados, que más allá de ser fundamentales, son construcciones argumentativas de leyes, reglamentos y normas secundarias, en el sentido jerárquico, no procesal como hemos venido manifestando.

Muchas de las críticas que se dirigen a los derechos sociales tienen que ver con este tipo de intervención de los jueces. Resumiendo, mucho este tipo de objeciones, se sostiene que los jueces no están capacitados técnicamente y/o legitimados democráticamente para afectar la distribución de recursos o las políticas públicas. Se trata pues de objeciones que tienen que ver con la invasión de funciones por parte del poder judicial

La importancia de estudiar este tema proviene de los impactos positivos y negativos que la judicialización conlleva. Por un lado, se le ha considerado como un medio para proteger el derecho a la salud de omisiones en las políticas públicas o como un canal legítimo de participación social. Por otro, se le ha visto como una interferencia ilegítima del Poder Judicial en las políticas públicas del Sector Salud (SS) que incrementa las inequidades.

Si queremos comprender de manera integral al derecho a la salud, en su parte descriptiva como en la pragmática, es imperioso penetrar en la raíz más profunda del fenómeno de los derechos humanos, al analizar esta fenomenología de la lucha histórica en contextos particulares y deducir de ellos una constante que se exprese en tiempos, circunstancias y lugares diferentes pero que mantenga un motivo en común el cual pudiera encontrarse en la lucha por reivindicar ciertos valores antes negados.

⁴⁷⁹ López Medina, Diego Eduardo. Óp. Cit., nota 368.

La justiciabilidad de este derecho, como vendremos a demostrar al final de esta investigación, da cuenta que el derecho a la protección de la salud ha sido interpretado por el Alto Tribunal como un derecho fundamental que encuentra su consagración a nivel constitucional y su contenido específico en la regulación secundaria. Al igual que el resto de los derechos humanos reconocidos por la Constitución, inmersos en nuestro sistema jurídico, así como en los tratados internacionales de los que México es parte, el derecho a la protección a la salud hoy en día goza de una protección más amplia a partir de la reforma al artículo 1º de la Norma Fundamental, que cambió por completo el paradigma constitucional, no sólo en lo que al concepto de éstos implica, sino también a su tutela para la máxima eficacia y efectividad de ellos.

Por lo anotado, debe indicarse que este trabajo de investigación, se adhiere a la postura a favor de la judicialización del derecho al acceso a medicamentos, a servicios de salud, a construcción y equipamiento de infraestructura, de profesionalización y demás prioridades que ha determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El análisis me lleva a considerar que es factible judicializar las obligaciones positivas no atendidas o insatisfechas por parte del Estado, que constituyen su contenido esencial y que al no ser resueltas vulneran un derecho. Sin embargo, desde un activismo judicial que no caiga en excesos, sino que sea efectiva herramienta de ejercicio y aplicación del derecho, se revisará el acceso a fármacos, exclusivamente para tratar enfermedades catastróficas y de alta complejidad (raras o huérfanas), no se profundizará en lo relativo a medicamentos esenciales, que requiere de un análisis diferente, ni se adentrará en temas presupuestarios ni fiscales.

Sin embargo, estas decisiones no están exentas de cuestionamientos, en virtud de que hay quienes advierten de los peligros de la intervención judicial en la formulación de políticas públicas, especialmente, por lo que respecta a decisiones relativas a la priorización de los servicios, distribución de recursos y los costos del sistema. Aunque, también encontramos a aquellos que celebran la participación de la Suprema Corte para controlar los excesos u omisiones del legislador, al considerar que el derecho a la salud no es algo optativo para las autoridades, por lo que se requiere de una vigorosa intervención de la autoridad judicial sin importar la voluntad de los órganos representativos.

Por lo que, un aspecto importante a considerar es que el derecho legislado trabaja con hipótesis de hechos o supuestos fácticos limitados a los casos

paradigmáticos de aplicación o excepción, y una vez emitido aquél, permanece estático hasta que surja la posibilidad de reformas o derogaciones, por tal motivo se estima oportuno ampliar a un contenido mínimo esencial la descripción del derecho a la salud, en donde se incorporen al menos las dimensiones a las que este trabajo hace referencia.

Otros problemas surgen a partir de la confirmación del papel activo del papel judicial de la federación, es el asumir posicionamientos técnicos. Esta función se limita a la interpretación y aplicación del marco normativo interno y de los tratados internacional y, en general, del corpus iuris del derecho a la salud, por lo que nunca ha pretendido sustituir a las autoridades nacionales. Lo anterior ha venido de manera progresiva generando un auténtico “control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales” de respeto y garantía de los derechos humanos “conjuntamente entre las autoridades internacionales y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí”, lo que va generando la creación de un auténtico *ius constitutionale commune* en materia de derechos.⁴⁸⁰

Ni los tribunales ni los médicos particulares, pueden sustituir la opinión de los expertos ni el trabajo que realiza en el ámbito de la salud, como por ejemplo la evaluación clínica de los medicamentos o la determinación de si un tratamiento en particular es mejor que otros, esas cuestiones deben ser dirimidas a la luz de la ciencia médica no de la jurídica, por lo que de emitir una consideración estaría suplantando el ejercicio de la profesión médica que requiere de una *expertis* como más adelante se detalla en aras de proteger precisamente la salud de los individuos.

Las sentencias particulares son significativas en el contexto de las sentencias sistemáticamente relacionadas en las prácticas reales de los tribunales pueden encontrarse uniformidades y relaciones sistemáticas, así se observa una especie de incrementalidad del derecho jurisprudencial, determinada por la resolución de problemas jurídicos caso a caso, tiene la tendencia a ser desestructurada y a veces caótica.⁴⁸¹

El examen de las reglas de Derecho jurisprudenciales obliga al operador jurídico a realizar un trabajo de interpretación de la decisión judicial que haga emerger la regla de Derecho contenida en ella.

⁴⁸⁰ Mac-Gregor, Eduardo Ferrer. "Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal." *Revista IIDH* 59, 2014, 29-118.

⁴⁸¹ López Medina, Diego Eduardo. Óp. Cit., nota 368.

El derecho de los jueces describe y contrapone dos tipos de concepciones sobre la ratio decidendi: una “formal y una “constructivista”. Para la primera “la ratio parece encontrarse en enunciados y argumentos que expresamente hace el juez anterior” y, por tanto, puede ser encontrada en una sentencia previa. Para la segunda, por el contrario, la ratio no está explícitamente formulada y depende de una “racionalización ulterior de la sentencia por parte del juez que decide el caso nuevo”. La diferencia entre ambas posiciones, por lo menos en la visión de López, estriba en el valor asignado a los hechos del caso y su relación con la decisión. Desde lo formal solo son importantes las consideraciones generales doctrinarias que puedan ser extraídas literalmente del texto de la sentencia. Desde lo constructivo, por el contrario, la relación entre hechos y decisión es determinante: ningún argumento genérico de la motivación puede ser entendido sin el contexto fáctico que lo rodea.⁴⁸²

Estas dos concepciones son colocadas frente a frente. La visión formal depende de la lectura tradicional, general e impersonal de la jurisprudencia. Esta última se asimila a la ley y los intérpretes se convierten en cazadores de extractos. La forma tradicional se caracteriza porque es “intuitiva” y, además, por desconocer la “densidad argumentativa” del derecho jurisprudencial. La consecuencia de tal método es el oportunismo jurisprudencial: cualquier argumento de la motivación de una sentencia puede ser tomado por ratio decidendi. Una ratio constructivista, al otro costado, corresponde a la lectura desde el derecho de los jueces. Es la técnica que exige el conocimiento de los casos y no solamente de discursos retóricos sobre el derecho. Las sentencias que deben ser citadas como precedentes deben acercarse a los hechos y no contener un sentido meramente retórico.⁴⁸³

El enfrentamiento de ambas posturas que ha realizado López no tiene el alcance tan extenso, opuesto, contradictorio y agudo señalado. La selección de párrafos y proposiciones jurídicas aisladas es ciertamente criticable porque descontextualiza los argumentos fácticos de una decisión previa. Hacer al lado los hechos para centrarse en un discurso jurídico denodadamente abstracto es en verdad un acto miope que desconoce y reduce la amplitud del derecho jurisprudencial.

Sin embargo, la ratio constructivista, así presentada, asume erróneamente que los “hechos” son realidades por sí mismas diferenciables de los argumentos “jurídicos” y que no son percibidos, como realmente sucede, a través de las mismas

⁴⁸² Ídem

⁴⁸³ Ídem

sentencias. Los hechos se distinguen tanto como los derechos dentro de un mar fragmentos literales. Los extractos de jurisprudencia caóticos no son pues patrimonio exclusivo de los derechos. El uso de extractos para justificar o resaltar determinados hechos de las sentencias no es ajeno a la tesis constructivista y, por tanto, no debería amplificarse como el mayor defecto de la tesis formal.

Cuando un juez afirma que la decisión anterior no contenía su verdadero principio o que el caso era distinto al actual debe justificarse no solo en mejores razones, que siempre están a la mano, sino en el manejo explícito y literal de la decisión previa. Dar el paso descrito le exigirá una tarea de selección de argumentos jurídicos o fácticos dispersos a los cuales podrá asignar un mayor o menor peso. ¿Cómo se incorporará este material jurisprudencial literal al nuevo caso?

Cada juez imprime su estilo particular y sobre esta base relacionará las decisiones previas de sus colegas. No todos los jueces empezarán o terminarán por el mismo tema ni todas las sentencias serán iguales pero el derecho jurisprudencial, a pesar de la diversidad de discursos, no puede ignorar ni hacer a un lado la referencia explícita de como son y deben ser seleccionados los hechos y derechos con el argumento de que eso es formalismo jurídico. Está claro que los jueces no solo pueden sino deben citar los precedentes que manejan para justificar cualquier decisión.⁴⁸⁴

Las citas jurisprudenciales invocadas por quienes rogaban justicia rara vez se hacían en términos de los hechos del caso que se estuviera tratando. La jurisprudencia más bien se traía a cuento para mostrar cuál era la adecuada conceptualización de tal o cuál institución del derecho, pero no para mostrar cómo ese caso (ahora en litigio) se había fallado en ocasiones anteriores.

El argumento jurisprudencial, en realidad, no se considera estrictamente obligatorio, ni en términos jurídicos ni en términos táctico-estratégicos de litigio. Como la jurisprudencia se considera como una fuente blanda de derecho, los abogados dedican su tiempo fundamentalmente a construir el argumento basado en ley, y si tienen tiempo adicional ilustran la interpretación de la misma a través de la jurisprudencia. Por eso se trata de un recurso del abogado especialmente acucioso y diligente. En el sentido en que los litigantes y la sociedad pudieran exigir, como derecho objetivo o subjetivo, coherencia decisional entre fallos dispersos en el tiempo.

⁴⁸⁴ Ídem

Este uso meramente “conceptual” de la jurisprudencia (por oposición a su invocación por vía de analogías fácticas entre casos fallados y el caso a fallar) tendía a acentuar aún más la generalizada falta de vinculatoriedad entre los precedentes jurisprudenciales. Si el litigante no le presentaba al juez cómo es que un caso concreto (con sus hechos y circunstancias) había sido fallado con anterioridad, no le estaba solicitando en puridad que mantuviera coherencia decisional en la nueva decisión.

Al estudiar las razones, justificaciones y consideraciones que apoyaron la decisión de la Corte se abre el espacio para explicar los conceptos involucrados en el caso analizado y su interrelación, por ejemplo, derechos humanos protegidos por la Convención, el derecho a la igualdad y sus alcances definidos por interpretación, su relación en el caso con el derecho a la no discriminación, estereotipos, prejuicios, ponderación en sede judicial, alcances y consecuencias de las sentencias, así como el papel de la interpretación judicial.

La creación de líneas jurisprudenciales, da una dimensión práctica de los derechos humanos, con un enfoque crítico, a partir de los conceptos (problema jurídico y determinación) que subyacen a los asuntos ventilados jurisdiccionalmente y su interrelación con los hechos.

Cada jurisprudencia que manejamos tuvo su origen en un problema jurídico, pero no en cualquier problema jurídico sino en uno que no tenía solución directa o clara en las normas jurídicas existentes, eso es lo que lo convierte en un problema especial.

Pese a los límites de una aproximación puramente jurisprudencial al Derecho para su construcción sistemática, ordenada y completa, es indudable que las ideas de precedente y línea jurisprudencial son hoy un elemento indispensable para conocer aquella parte del Derecho que se litiga ante los Tribunales. La jurisprudencia no solo ofrece un repertorio de casos prácticos y problemas que suscita la aplicación de una determinada normatividad, útil a efectos de realizar un acercamiento tópico a un determinado sector del orden jurídico; sus precedentes son normas que definen las reglas de Derecho para la solución de los casos concretos que se presentan en el día a día. Superado el valor meramente persuasivo que tradicionalmente se reconoció a la jurisprudencia en los sistemas continentales, los precedentes encierran normas jurídicas cuyo estudio resulta inexcusable.⁴⁸⁵

⁴⁸⁵ Ídem

Por ende, la adecuada reconstrucción de aquellos ámbitos del ordenamiento que se caracterizan por su litigiosidad exige el estudio de los precedentes. Como se mencionó líneas arriba, el uso de los precedentes plantea a los operadores jurídicos un desafío técnico notable. Por su peculiar estructura formal su empleo (tanto en un ámbito profesional, como judicial o académico) supone un proceso de tres fases: (i) la aplicación de un test de semejanza para identificar un caso análogo, (ii) la determinación de la ratio decidendi del pronunciamiento examinado para establecer la regla de Derecho que resolvió el caso y (iii) la consideración de las distintas técnicas de apartamiento del precedente para determinar si es o no aplicable. En primer lugar, entonces, debe ubicarse un caso fallado lo suficientemente similar al que se resuelve o investiga. Más que una cuestión de identidad, se trata de establecer semejanzas fácticas.⁴⁸⁶

El carácter esencialmente casuístico de la jurisprudencia, que responde las más de las veces a una pretensión particular, hace que los jueces tengan una mirada fragmentada del ordenamiento jurídico y siempre enfocada al caso. Ello se hace manifiesto si se tiene en cuenta que no todo el Derecho se traduce en conflictos, que no todos los conflictos son sometidos a instancias jurisdiccionales, ni la totalidad de los que sí lo son se resuelven mediante sentencias judiciales (conciliaciones, laudos arbitrales, amigable composición, etc.). Por esto, “una reconstrucción efectuada a partir de los materiales que suministra la jurisprudencia ofrecerá una visión apenas parcial del sistema.

No hay que perder de vista que no se trata propiamente de concretar una norma abstracta, sino de crear la regla concreta que resuelva el problema planteado y que, por razón de su propia eficacia, pueda tener el valor de precedente.

Sin embargo en ciertas ocasiones no están bastante delimitados o no se satisfacen, sino que es a través de sentencias emitidas por el Poder Judicial y sobre todo los criterios que subyacen a éstas, destacando el acceso a medicamentos como parte de un tratamiento adecuado, la responsabilidad por parte de los profesionales de la salud en determinados casos, la implementación de medidas de protección como el caso de pabellón 13, la instalación de un centro de salud en la comunidad indígena de Mini Numa, y recientemente la obligación de emitir el Reglamento para uso medicinal de la cannabis, entre muchos más casos cuyo objeto ha sido la tutela del derecho a la salud.

⁴⁸⁶ Santaella Quintero, Héctor. Óp. cit., nota 423.

La dimensión progresiva de los DESCAs, si bien reconoce una cierta gradualidad para su realización, que atiende a las características legislativas y a los recursos disponibles de un Estado en particular, también incluye un sentido de progreso que requiere una mejora efectiva y continua de los derechos, de forma tal que se corrijan las desigualdades sociales y se facilite la inclusión de grupos vulnerables

Esta progresividad tampoco puede ser interpretada como un cheque en blanco para no adoptar ninguna medida de protección, o de adoptar medidas que sean tan precarias en sus alcances que dejen en una situación de desprotección a personas en situación de vulnerabilidad, que además tienen un riesgo de sufrir graves afectaciones a su integridad o a su vida.

El principio de progresividad tiene al menos tres consecuencias concretas para efectos de la exigibilidad judicial de los derechos sociales: i) la existencia de una política pública orientada al goce efectivo de los derechos, ii) de existir la política pública, que sus contenidos sean protegidos por medio de un recurso judicial, y, iii) la limitación de la facultad discrecional de la autoridad legislativa y administrativa para implementar medidas regresivas.

Por otro lado, dicho Tribunal ha señalado que se entiende que una medida es regresiva cuando: i) se recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del derecho involucrado; ii) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; y iii) cuando disminuye o desvían sensiblemente los recursos públicos destinados a su satisfacción.

A los efectos de este estudio, la determinación de que existe un avance local o una buena práctica obedece a la adecuación de la decisión judicial a los principios, alcances y límites del derecho a la libertad a la salud según la interpretación impulsada por los órganos autorizados del sistema mexicano y los más altos estándares logrados por los tratados internacionales.

Es preciso constatar que el derecho a la salud tiene una historia de protección a través de la jurisprudencia establecida por nuestros tribunales, y más concretamente, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Estas líneas que se reconstruyen pretenden dar cuenta de ella.

En efecto, el análisis que se propone a continuación es la revisión de los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de salud. A partir de este análisis sería posible ver que el máximo Tribunal ha elaborado un ámbito de protección del derecho en un desarrollo histórico que tendrá implicaciones por

demás relevantes a raíz de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos.

Los desarrollos normativos responden, sin duda, a una concepción de salud más allá de la ausencia de enfermedad, involucran condiciones de bienestar individual y colectivo. Es evidente el cambio en la concepción de salud, con una visión de amplio espectro, no sólo bajo el mandato de la norma constitucional, sino también en los desarrollos jurisprudenciales y en los legales; destacando sí, que han sido de preferencia en los pronunciamientos de los jueces de garantía y de la Corte Constitucional colombiana en donde se ha evidenciado este redimensionamiento del concepto de salud.

La normatividad constitucional es general, pocos temas son tratados de manera específica, por esto los derechos constitucionales son formulados de manera general y abstracta, lo que deja al juez un margen significativo de interpretación y es, sin duda, esta discrecionalidad interpretativa la que ha permitido abordar en los fallos de tutela una nueva dimensión de la salud.

Podemos afirmar que efectivamente existe una justiciabilidad directa, máxime con la nueva redacción sobre la procedencia del juicio de amparo. Muchas de las sentencias, retoman y desarrollan una importante distinción que es igualmente relevante para el fondo de la Sentencia y para los futuros análisis en la materia: que algunos aspectos del derecho a la salud son de exigibilidad inmediata (como por ejemplo la no discriminación), y que otros tienen un carácter programático (que implica la obligación estatal de avanzar en la protección general de ese derecho).

Dichos criterios han logrado introducir importantes consideraciones que son relevantes destacar, entre los que se encuentran la exposición de ciertas deficiencias sistémicas del Estado en el objetivo de brindar una atención integral a la salud de la población, pero sobre todo se pretende abrir una puerta para que en el futuro aquellas personas que vean afectado su derecho a la salud, cuenten con mejores elementos normativos al formular sus alegatos ante el Poder Judicial.

Los casos expuestos cobran relevancia si consideramos que, el camino a seguir en el futuro, y aunque implique retos normativos y metodológicos, En el entendido de que el Poder Judicial no puede quedarse de lado ante el grave problema de la desigualdad, la inequidad y la exclusión social que prevalecen en la región y en la desprotección en materia de DESC sobre todo para los grupos más vulnerables.

Exponer los aspectos más relevantes del marco jurídico sobre el derecho a la salud que han servido de base para la selección de las sentencias aquí presentadas.

Al estudiar las razones, justificaciones y consideraciones que apoyaron las decisiones de los Tribunales mexicanos se abrió el espacio para explicar los conceptos involucrados en el caso analizado y su interrelación, por ejemplo, derechos humanos protegidos por la Convención, el derecho a la igualdad y sus alcances definidos por interpretación, su relación en el caso con el derecho a la no discriminación, estereotipos, prejuicios, ponderación en sede judicial, alcances y consecuencias de las sentencias de nuestro Poder Judicial de la Federación, así como el papel de la interpretación judicial.

Sin lugar a dudas estamos en la era de los derechos, donde la alusión y el discurso a y sobre los mismos está por doquier, tanto en la política, como en la doctrina o en el activismo que exige de su correcta implementación y sobre todo del debido respeto a éstos, se torna imperioso que el activismo judicial que han mostrado en los últimos años, se fortalezca, pero que, a su vez, coadyuve con las acciones legislativas y políticas públicas.

3.5 EL ESTADO DEL ARTE EN LOS ANÁLISIS JURISPRUDENCIALES DEL DERECHO A LA SALUD

En nuestro país el estado del arte en cuanto a la relación entre derechos humanos y salud a partir del enfoque de éstos es muy incipiente, existen algunos estudios realizados por algunos juristas como Ruíz Massieu, Marcia Muñoz de Alba Medrano, previos al primer precedente sentado en 2000.

Lo más reciente que hay en esta vinculación es de 2013 siendo el texto de Miguel y José Carbonell, quienes se contrajeron, hace cerca de 10 años, a reafirmar al derecho a la salud como derecho fundamental y su lugar en el derecho internacional de los derechos humanos, sin adentrarse en las dimensiones sustantivas del derecho a la salud.

Hay un sesgo muy importante en nuestro país por cuanto a este vínculo entre derechos humanos y salud, máxime con la reforma total en esta materia en 2011, en los cuales se exponga, pero sobre todo se visibilice esta conceptualización del derecho a la salud desde la interdisciplinariedad, de un acercamiento interdependiente, integral y progresivo de los derechos humanos, así como principios que subyacen a los mismos.

Este trabajo pretende subsanar, a través de las líneas jurisprudenciales, la falta de investigaciones basadas en análisis de la relación entre el derecho a la salud y los derechos humanos a partir de la sistematización de la jurisprudencia en nuestro país en materia de salud. Caso contrario a lo realizado por diversos autores a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁸⁷, quienes dan cuenta de cómo ha venido evolucionando el criterio de este órgano jurisdiccional desde la conexidad hasta la autonomía, por lo que es fundamental abordar este tema centralizándolo en nuestro país.

Es necesario contar con estudios que permitan conocer lo que ocurre más allá de lo que establecen las normas jurídicas o lo que ocurre en casos o materias específicas, sino como se desenvuelve la argumentación y si la misma es consistente y coherente, además de evolutiva, para ello, este capítulo, en primer término, aborda algunas definiciones sobre esta figura jurídica, su fundamento y su utilidad, así como el respectivo análisis de las sentencias a través de esta metodología y la construcción de una línea argumentativa mediante la exposición de diversos precedentes.

Si bien la SCJN ha hecho esfuerzos importantes por publicar criterios relevantes en materia de salud, tanto de criterios⁴⁸⁸ como de sentencias⁴⁸⁹, lo cierto es que en sus cuadernos de jurisprudencia⁴⁹⁰ no han emitido estudios en relación a la evolución y clasificación jurisprudencial respecto al derecho a la salud, lo que se busca hacer en este trabajo, dada la importancia de este bien jurídico fundamental para el desarrollo de los individuos en el disfrute de su estado de salud y del ejercicio de otros derechos humanos conexos.

⁴⁸⁷ Véanse los trabajos de Garat, María Paula. El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho*, 2015, no 11; Gallego Hernández, Ana Cristina. El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Araucaria*, 40, 2018; Aldao, Martín; Clérico, Laura. El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso Poblete Vilches y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables. *Colección*, 2019; Sanabria-Moyano, Jesús Eduardo; Merchán-López, Cindy Tatiana; Saavedra-Ávila, Mayra Alejandra. Estándares de protección del Derecho Humano a la salud en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El Ágora*, 2019, vol. 19, no 1; Vera, Oscar Parra. La protección del Derecho a la Salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Laura Clérico, et al coord. Tratado de Derecho a la Salud, Abeledo Perrot, Buenos Aires*, 2013; Robles, Magda Yadira. El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014), *Cuestiones constitucionales*, 2016, vol. 35; Sánchez, Paula Andrea Roa, El derecho a la salud en la Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿progreso o exceso? *Online*, 2019, vol. 38, no 1.

⁴⁸⁸ <https://www.scjn.gob.mx/igualdad-de-genero/conceptos-relevantes/criterios/12-Salud>

⁴⁸⁹ https://www.supremacorte.gob.mx/derechos-humanos/buscadores-juridicos/sentencias-relevantes-en-materia-de-derechos-humanos/1358?field_tema_value=salud&field_sinopsis_value=&page=0

⁴⁹⁰ <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/cuadernos-jurisprudencia>

Frente a este vacío, tanto en la doctrina como en el Poder Judicial, como se mencionó, o inclusive en el Ejecutivo, es indispensable y más que necesario analizar, clasificar y sobre todo evaluar los argumentos que han tenido a bien utilizar los juzgadores en la adscripción de este derecho a sus titulares.

Como una introducción al tema sobre las etapas en torno a la jurisprudencia en materia de salud, es interesante lo expuesto por el ministro Ortiz Mena en relación al derecho a la salud, a partir del cual hace una clasificación de las líneas jurisprudenciales en dos etapas o momentos, la primera de ellas de índole asistencialista a partir de tesis relacionadas con la afiliación a la seguridad social, y la segunda etapa en donde nuestros juzgadores se habrán de pronunciar sobre los alcances del contenido normativo del derecho a la salud, exponiendo diversos casos que fueron materia de la emisión de distintos precedentes.⁴⁹¹

Asimismo, el artículo de Yadira Robles hace un recorrido jurisprudencial del derecho a la protección de la salud desde su etapa pre-constitucional (1917-1982), al abordar lo relativo a la salubridad general, desde su vinculación con el Poder Legislativo Federal como la instancia autorizada para legislar en la materia, centrándose estas determinaciones, a decir de esta autora, en definir los alcances legislativos de salubridad general de la república y fijar su alcance. En segundo lugar, se encuentra la etapa constitucional, es decir, el periodo a partir de 1983. Interesantes resultan las primeras tesis dictadas luego de la incorporación constitucional del derecho y finalmente un tercer momento, que encuadra en el periodo ubicado entre 2001 y 2011 caracterizado por la conceptualización de la salud como un estado de máximo bienestar integral,⁴⁹² que a nuestra consideración es la etapa más prolija del Poder Judicial y que ha sido la piedra angular de las determinaciones subsecuentes en donde se ha ido ampliando el espacio de protección tanto en contenido como en sujetos de especial protección, como se desarrolla en la parte final de este proyecto.

Si bien, los estudios acerca de los resultados de esta actividad judicial en nuestro país aún son escasos, la Suprema Corte de Justicia ha emitido algunos documentos intitulados “Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”⁴⁹³ muy relevantes para el derecho a la salud en los que abordan ciertos precedentes, de manera aislada, en torno al derecho a la salud, tal es el caso del

⁴⁹¹ Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo. Óp. cit., nota 375.

⁴⁹² Garza, Magda Yadira Robles, El derecho a la salud y la reforma de los Derechos humanos en México, Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad, 2015.

⁴⁹³ Véase al respecto la siguiente página <https://www.scjn.gob.mx/publicaciones-de-la-suprema-corte-de-justicia-de-la-nacion/catalogo?title=&page=17>

análisis de los juicios de amparo en revisión 350/2014 y 378/2014, análisis que se robustece con ciertos precedentes en donde se aborda la protección a la atención a la salud desde esta judicialización.⁴⁹⁴

Por su parte, el Ministro Ortiz Mena, expone algunos ejemplos que demuestran la importancia del derecho a la salud para la justicia constitucional e ilustran la forma en la cual el entendimiento jurisprudencial de este derecho tiene incidencia en el cambio social en México, justo a partir del litigio constitucional, por su impacto en las condiciones de creación de política pública.⁴⁹⁵ Mientras tanto, Sánchez Cordero, menciona brevemente algunos precedentes, como el caso emblemático de una persona que se encontraba infectada del virus de inmunodeficiencia adquirida que solicitó el amparo y protección de la justicia federal contra actos de diversas autoridades del sector salud, reclamando, esencialmente, la emisión del Cuadro Básico en virtud de que no se le iban a poder suministrar ciertos medicamentos que consideraba esenciales para su tratamiento, pues no habían sido incluidos en el catálogo de medicamentos de ese año⁴⁹⁶

En esa sentencia, crucial para nuestro tema de investigación, pero sobre todo para el derecho a la salud, se adujo que el derecho a la protección de 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 del sector salud, pues estas 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 derecho humano, consagra el artículo 4o. de la Constitución Federal.⁴⁹⁷

Este asunto es nuestro punto de referencia en nuestra investigación, ya que fue precisamente este asunto que abrió el camino de la justiciabilidad del derecho a la salud de forma independiente y no vinculado a cuestiones de seguridad social, como lo había venido resolviendo nuestro máximo tribunal.⁴⁹⁸

⁴⁹⁴ Medina Arellano, María de Jesús. Óp. cit., nota 409.

⁴⁹⁵ Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo. Óp. cit., nota 375.

⁴⁹⁶ Sánchez Cordero de García Villegas, Olga. Óp. cit., nota 322.

⁴⁹⁷ Ídem.

⁴⁹⁸ Al respecto véase lo señalado en el capítulo anterior por el ministro Ortiz Mena, en el que se observan algunos criterios emitidos en esos términos.

A decir del ministro Franco, no solo se ha analizado el derecho a la salud a partir de las prestaciones que este conlleva, sino que se ha visto en colisión con otros derechos y para ello la SCJN ha realizado un ejercicio de ponderación, en el cual prevalece el derecho a la salud, Entre estos destacan algunos casos relevantes de ponderación del derecho a la protección de la salud frente a otros derechos humanos.⁴⁹⁹

Son pocos los estudios, al igual que las clasificaciones y agrupaciones en estos rubros del derecho en estudio y hasta el momento son inexistentes las líneas jurisprudenciales en materia del derecho a la salud.⁵⁰⁰ Recientemente, se publicó una investigación que estudia los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México en el periodo de 2011 a 2017.⁵⁰¹ En dicho estudio, tras analizar se concluyó que la Suprema Corte ha perdido la oportunidad de tener una participación más activa en la política de salud.

Si bien es cierto, esta judicialización de los derechos sociales es una realidad en América Latina, poco se ha dicho sobre este fenómeno en México o sobre el papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) mexicana en el avance de una garantía efectiva del derecho a la salud.

Contrario a las conclusiones de este estudio, en México los tribunales han adoptado un papel activo en la definición de la política de salud y la protección del derecho a la salud o pasivo, lo cual se aprecia de los argumentos expuestos a solucionar distintos casos relacionados con la salud en México, tal y como se observa a continuación en la parte final de esta investigación.

⁴⁹⁹ Franco González Salas, José Fernando, Ponderación del derecho humano a la protección de la salud frente a otros derechos en Gutiérrez Domínguez, Fernando. Óp. cit., nota 393.

⁵⁰⁰ Respecto a estudios de la jurisprudencia en nuestro país, destacan los trabajos mencionados de destacables juristas como los ex ministros Franco González, Sanchez Cordero, Ortíz Mena y juristas como Medina Arellano, María de Jesús. Así como las investigaciones de Ingrid Brena; Gutiérrez Rivas, Rodrigo. "La Justiciabilidad del derecho a la salud en México." <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/publicaciones>, 2017 y Laura Rangel, Notas sobre la justiciabilidad y construcción jurisdiccional del derecho a la protección de la salud en México en MacGregor, Eduardo Ferrer. Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica: a 200 años del Tribunal de Ario de Rosales. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

⁵⁰¹ Cobo, Fernanda and Charvel, Sofía. Mexican apex judiciary and its multiple interpretations: Challenges for the constitutional right to health. *International Journal of Constitutional Law*, 2020, vol. 18, no 4, p. 1254-1282. Véase también Belov, Martin, ed. *Courts and Judicial Activism Under Crisis Conditions: Policy Making in a Time of Illiberalism and Emergency Constitutionalism*. Routledge, 2021. Así como Lamprea, Everaldo, The judicialization of health care: a global south perspective, *Annual Review of Law and Social Science* 13, 2017.

Sin un sistema de precedentes efectivo, la idea de la constitución como norma jurídica seguirá siendo promesa sin cumplir.⁵⁰²

- Magistrada Fabiana Estrada-

CAPÍTULO 4. LAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DEL DERECHO A LA SALUD

En esta parte podremos observar cómo a partir de las consideraciones de los tribunales se han ido formado distintas líneas jurisprudenciales en materia de salud, que son correspondientes con las distintas dimensiones del derecho a la salud que hemos venido anunciando, tal y como es el caso de la atención médica, de la protección contra riesgos sanitarios, de salud pública, que comprende la vigilancia epidemiológica, la prevención y promoción de la salud y finalmente su conexidad con otros derechos humanos, como condicionantes básicos del derecho a la salud.

Asimismo, dentro de estas líneas podremos observar subrubros, como es el caso de la atención médica y la protección contra riesgos sanitarios, en la primera de ella, se analizan cuestiones relativas al tratamiento oportuno y el correlativo derecho a medicamentos, el consentimiento informado y la responsabilidad médica, mientras que, en materia de riesgos sanitarios, se analiza lo respectivo a bebidas alcohólicas, tabaco e insumos para la salud.

En este entendido, en la primera línea jurisprudencial a analizar de “Atención médica”, los tribunales han establecido una serie de criterios muy definidos en cuanto a: 1) El tratamiento oportuno (incluido el suministro de medicamentos) que bien pueden ser dos derivaciones de la línea de atención médica, pero para el análisis del presente los abarcaremos en una sola; 2) responsabilidad médica derivada del acto médico y todas las vertientes que ha derivado, ya sea penal, civil, administrativa o aparente, y 3) lo relativo con el consentimiento informado. Y por lo que refiere a las derivaciones en la línea jurisprudencial relativa a riesgos sanitarios, destaca la producción de criterios en temas como: 1) medicamentos; 2) productos del tabaco y 3) bebidas alcohólicas. En cuanto a la línea jurisprudencial de la salud

⁵⁰² Estrada Tena, Fabiana, participación en la Mesa “El nuevo sistema de Jurisprudencia por Precedentes: Transformaciones y Retos”, Encuentro académico del Poder Judicial de la Federación, foro organizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=7uvoEIJTEiY>

pública, agrupamos las dimensiones de la prevención de la salud, la vigilancia epidemiológica con los vectores.

Acto seguido, se analiza la línea jurisprudencial relacionada con la conexidad del derecho a la salud con otros derechos humanos, que se circunscriben como condicionantes básicos del mismo, como el derecho al medio ambiente, al agua y a la vivienda, tal y como se ha contemplado en la Observación General No. 14 a la que hemos venido haciendo referencia.

Hoy más que nunca es imperioso conocer el contenido del derecho a la salud y cómo éste se ha ido consolidando a través de distintos criterios vinculantes y en su caso, orientadores en la solución de controversias en la cual se ve afectado este bien. Esto, únicamente puede lograrse al analizar los argumentos expuestos por las personas decisoras al adjudicar este derecho a sus titulares, previa disputa jurisdiccional que ejemplifica la lucha por los derechos que aluden Ihering y Muguerza.

Es de destacarse, y más aún con el contexto que nos rodea a nivel mundial, la importancia que reviste la salud para los individuos y los efectos sociales, económicos y culturales e incluso políticos que devienen de este bien fundamental, por lo que tiene mucho sentido estudiar la forma en cómo se han pronunciado nuestros tribunales en referencia al derecho a la salud, máxime que este estudio es de suma importancia en el fortalecimiento de su exigibilidad.

Es precisamente por este aumento en la demanda (insuficiente y de baja calidad y poca disponibilidad e incluso nula accesibilidad) de los servicios de salud que en la actualidad ha crecido la intervención de los Tribunales respecto a este derecho, dado este aumento de juicios, el cual se debe a distintos factores, mismos que ha dado cuenta esta investigación. Así pues, centraremos nuestros esfuerzos en la forma en que han sido resueltos algunos de ellos y que han servido como guía en la resolución de casos análogos, estableciendo criterios interesantes en la salvaguarda del derecho a la salud, en sus distintas dimensiones y principios que subyacen al mismo.

En consecuencia, el seguimiento a este derecho en los tribunales obedece al análisis en cuanto a su evolución normativa — a partir de la construcción de líneas jurisprudenciales— para estar en condiciones de evaluar si se ha logrado o no adentrarse y explicitar el contenido del derecho a la salud en los términos que hemos venido haciendo alusión —atención médica, de riesgos sanitarios, de salud pública (prevención, epidemiología y vectores) y finalmente lo relativo a la conexidad

del derecho a la salud con otros derechos humanos— por lo cual estas determinaciones en torno a este derecho merecen ser reseñadas con algo más de detalle por las importantes lecciones jurídicas y de políticas públicas que de allí se desprenden.

El recorrido que ha seguido en nuestro país el derecho a la salud en nuestros tribunales en este periodo ha sido muy prolífero, principalmente desarrollados durante la novena y décima época. Pero una línea jurisprudencial es una idea abstracta. Para ayudar a “ver” la línea jurisprudencial resulta conveniente tratar de graficarla, una línea de jurisprudencia es una pregunta o un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas.⁵⁰³

De igual manera, guían el análisis, las tesis de jurisprudencia y tesis aisladas cuyos argumentos sirven como criterio auxiliar de la actividad de los Tribunales, pero si éstos deciden apartarse del criterio sostenido en la línea jurisprudencial trazada en las tesis, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad.

Este tipo de análisis nos será muy fructífero, por el hecho de permitarnos relacionar varias sentencias sobre un mismo problema jurídico, como lo son las dimensiones del derecho a la salud que no se limita (como lo señala la propia OMS) a la ausencia de enfermedad y tampoco se ve imitado a la atención médica; así lo ha venido razonando el Poder Judicial de la Federación.

El análisis de cada tesis o ejecutoria se compone de un estudio del contexto fáctico y normativo necesario para entender la importancia del problema jurídico que se analiza, así como del análisis de la *ratio decidendi*, y el criterio jurídico emitido propiamente dicho y las conclusiones que se extraen en torno a la dimensión de la salud de que se trate, poniendo de relieve las tendencias que se observan en la jurisprudencia, así como sus posibles inconsistencias, fortalezas y debilidades.⁵⁰⁴

En las últimas tres décadas, se han registrado cambios importantes que reflejan transformaciones sociales y jurídicas más amplias, puesto que la jurisprudencia ha ido exponiendo los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que reflejan la evolución en la interpretación judicial constitucional del contenido y alcance del derecho humano a la protección de la salud.

⁵⁰³ Coral-Díaz, Ana Milena, Una propuesta de análisis jurisprudencial desde el discurso para casos de violencia contra las mujeres en el marco de violencia de pareja, *Opinión jurídica* 11.22, 2012.

⁵⁰⁴ López Medina, Diego Eduardo. Óp. Cit., nota 368.

Se advierte en este supuesto la necesidad de profundizar en los principios de progresividad, previsibilidad y calidad que han logrado posicionar el derecho a la salud en el debate jurídico como un campo de estudio necesario e independiente.

La jurisprudencia de la SCJN y de la CIDH sobre el derecho a la salud refleja, en términos generales, tres acepciones, la primera de ellas es la integralidad, la segunda la progresividad y la tercera es la interdependencia y conexidad. Las definiciones sobre estas figuras son muy orientadoras, las incorporaciones de estos conceptos ayudan a poder concretizar el derecho a la salud, mostrándose una evolución en los mecanismos de protección en su conjunto. Las sentencias expuestas darán cuenta de las diversas herramientas que la Suprema Corte ha utilizado para aproximarse al problema y dar soluciones más acordes con la realidad social de nuestro país.

Las sentencias emitidas en esta última época, han facilitado que se posicione en el centro del debate jurídico la argumentación judicial y ésta ha influido profundamente en la forma en la que se piensa el derecho en la actualidad. Sin duda, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido un factor clave para este cambio de paradigma, a través de las decisiones que ha emitido en estos temas. En este sentido, la Suprema Corte se ha convertido en un agente primordial de cambio social. A través de los distintos casos que ha resuelto, ha promovido el ejercicio efectivo e integral del derecho a la salud, ya no es una aspiración, se vuelve una realidad.

Este esfuerzo, sin duda, ha logrado ampliar los marcos de protección de los derechos sociales. De esta manera, las decisiones de la Suprema Corte han contribuido de modo determinante a la incorporación normativa de otras realidades lo que denota un claro y prometedor activismo judicial por hacer efectivos los derechos humanos, y en particular el derecho a la salud.

Además, el derecho humano a la atención de la salud existe dentro de un marco de derechos humanos en general. En consecuencia, la investigación sobre el derecho humano a la atención de la salud debería arrojar luz sobre cómo entender el derecho humano a la atención de la salud dentro de ese marco. Es probable que la investigación más esclarecedora implique una atención sostenida al interés humano básico en la salud. Las cuestiones importantes en esta área incluyen cómo ese interés puede satisfacerse en diferentes circunstancias y cómo ese interés se relaciona con otros intereses humanos básicos que sustentan otros derechos humanos.

Para tales efectos, a partir del trazo de las líneas jurisprudenciales del derecho a la salud, nos permite entender con mejor claridad los rubros que componen este derecho y contribuye a garantizar que las decisiones políticas y sociales puedan ser más eficaces, más realistas y más comprometidas. Al intentar ordenar y dar sentido a la pluralidad de pronunciamientos que conforman una línea jurisprudencial, contribuye a combatir la impresión caótica que en ocasiones produce la lectura desordenada de la jurisprudencia y a racionalizar el Derecho jurisprudencial.

Se sostiene que la configuración normativa del derecho a la salud, en su más amplio sentido como un derecho humano, se da a partir de la consolidación de su contenido esencial y los alcances que se le han dado tanto en la normativa interna como en la externa y las construcciones judiciales que se han definido al respecto, dimensiones bajo las cuales habrá de protegerse este bien fundamental en su plenitud.

Asimismo, se pretende proporcionar un marco de referencia desde el ámbito legal y sanitario, extrayendo de estos criterios emitidos una concepción más detallada del derecho a la salud, en virtud de todo este entramado que representa dicho concepto, el cual sufre las mismas interrogantes que los derechos humanos, en atención a que al no tener una noción de lo que se entiende por tal, si es estar sano, libre de ausencias, un equilibrio o una especie de bienestar, o incluso todas ellas, se va modificando conforme los avances normativos y científicos, pero que nos parece más que oportuno considerarlo en términos de sus componentes, que como se ha mencionado no se contemplan en el texto fundamental ni en la norma reglamentaria, sino que hay que ir armando este mosaico a partir de la visión de lo señalado en la norma, en la interpretación de la misma y en la propia doctrina de este bien jurídico fundamental que es la salud.

La identificación del derecho a la salud como un derecho de raigambre constitucional constituye un primer paso para asegurar su tutela jurisdiccional – habilitando así, por ejemplo, el empleo de la acción de amparo, y la jurisdicción extraordinaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sin embargo, para la adecuada tutela del derecho no basta con identificarlo como un derecho: es necesario una tarea hermenéutica capaz de determinar su *contenido*, es decir: su titularidad, el deudor de las obligaciones negativas y positivas impuestas por el derecho, el alcance de esas obligaciones y sus restricciones o limitaciones.⁵⁰⁵

⁵⁰⁵ Abramovich, Víctor; Pautassi, Laura. Óp. cit., nota 164.

Resulta muy interesante el papel del Poder Judicial en la construcción del mismo, aún y cuando el texto normativo que tutela este derecho no ha sido modificado en esta parte inicial en la Carta Magna.⁵⁰⁶ Siendo la actividad jurisdiccional la que ha ido dotando de contenido el enunciado constitucional desde las interpretaciones sistemáticas del *corpus iuris* del derechos a la salud.

Estas resoluciones en conjunto con otras más, ponen de relieve cómo los textos nacionales e internacionales dotan de contenido, cómo se analizan al final de este trabajo, desprendiéndose una tesis conclusiva que más allá de suplirse se complementan, y dada la progresividad de este derecho en nuestro país, es innecesario considerar el contenido de los tratados o instrumentos internacionales que formen parte del orden jurídico nacional, si al analizar los derechos humanos que se estiman violados, es suficiente la previsión que al respecto contenga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, por tanto, basta el estudio que se realice del precepto de la Norma Suprema que los prevea, para determinar la constitucionalidad o no del acto reclamado.⁵⁰⁷

Hoy en día en México, la justicia constitucional es una realidad institucional. La Constitución, promulgada en 1917, es percibida como una norma jurídica y los ciudadanos la invocan ante los tribunales para exigir el cumplimiento de sus contenidos. Ante ello, los Tribunales están obligados a aplicar la Constitución como cualquier otra norma jurídica y, conforme a ella cotidianamente revisan la validez de las leyes o, en su caso, determinan si la autoridad se ha ajustado a preceptos –no solo los de amparo sino de cualquier autoridad judicial. Por tanto, no es viable a estas alturas del debate la posición que defienda que algunos preceptos de ese texto solo sean políticos y por tanto sus sentidos normativos en relación a determinadas controversias no sean justiciables.⁵⁰⁸

El centro del debate contemporáneo está en cómo articular y construir mejores formas de protección y garantía de los mismos, que muchas veces se propicia con las resoluciones emitidas por los Tribunales, de los cuales se

⁵⁰⁶ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la LGS y de la Ley de los Institutos Nacionales de Salud, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de noviembre de 2019.

⁵⁰⁷ DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. SU TUTELA SE ENCUENTRA PLENAMENTE SATISFECHA POR LOS ARTÍCULOS 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL; 2o., 23, 24, FRACCIÓN I, 27, FRACCIONES III, IV, VIII Y X, 28, 29, 32 Y 33 DE LA LEY GENERAL DE SALUD, POR LO QUE ES INNECESARIO CONSIDERAR EL CONTENIDO DE LOS TRATADOS O INSTRUMENTOS INTERNACIONALES AL RESPECTO. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Tesis: I.8o.A.6 CS (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 47, Octubre de 2017, Tomo IV, página 2431, Tipo: Aislada.

⁵⁰⁸ Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo. Óp. cit., nota 375.

desprende que se ha avanzado en la construcción de la protección del derecho a la salud y robustecido la exigibilidad y justiciabilidad de este derecho social.

Es revelador que sean las declaraciones no vinculantes las que han proporcionado indicaciones más detalladas sobre lo que debe incluir el derecho a la salud, y los tribunales tengan que acudir a las mismas para poder resolver las deficiencias normativas internas, dándole concreción.

A esto habrá de sumarse a los precedentes creados por los órganos de justicia, formando esta especie de corpus iuris de la salud, lo cual se analiza en el capítulo final de esta investigación, pero por lo pronto se ofrece un estudio de las cuestiones conceptuales de la salud y los derechos humanos, así como las relaciones que se dan entre ambos campos del conocimiento y la importancia en un enfoque a la salud basado en derechos humanos.

A partir de la inserción de precedentes judiciales que se analizan en el capítulo final, y la incorporación de los estándares del bloque de constitucionalidad, es posible derivar derechos nominados e innominados dentro de cada elemento esencial. Por ejemplo, a partir del elemento esencial "aceptabilidad" de la salud, el estado actual de la jurisprudencia mexicana e interamericana y el bloque específico en salud permiten derivar derechos tales como el derecho a la confidencialidad de los datos personales relativos a la salud, un tema por explorar y al que le dedicamos unas líneas en la parte que le falta por desarrollar a la SCJN, así como la seguridad nacional por motivos de emergencia, que también enunciamos y otros más como el derecho a la autonomía en el manejo de la propia salud y como paciente (necesidad del consentimiento informado en la relación médico-paciente), el derecho a una muerte digna, el derecho a la prevención de los problemas de salud mental, el derecho a la protección del cuerpo contra injerencias ajenas y el derecho a la autodeterminación reproductiva. En todo caso, esta tarea de delimitación es expansiva, así que implica siempre un punto de partida y no un estándar definitivo.

En muchos casos, estos derechos innominados son creados a partir de una interpretación sistemática de la Constitución y, en el caso que nos ocupa, de las fuentes normativas a partir de las cuales se construye el contenido esencial, se incluyen los precedentes judiciales, los cuales toman como referencia los fundamentos conceptuales que regulan esta actividad estatal de la salud.

A más de un cuarto de siglo en su actividad contenciosa, la Corte y los Tribunales Colegiados de Circuito han venido forjando, caso a caso, una sólida interpretación aplicable al derecho a la salud, que representa algunos de los casos

más relevantes resueltos a lo largo de su historia. Las principales líneas jurisprudenciales en esta materia se relacionan íntimamente con los derechos preciados para el ser humano, como el derecho al suministro de medicamentos, a contar con tratamiento oportuno, el derecho a reparar el daño derivado de casos de responsabilidad médica, de derechos a la protección contra riesgos sanitarios, así como algunos derechos conexos a la salud, como es la vivienda digna, el agua potable y un medio ambiente sano.

Es importante recordar que dichos precedentes, obligatorios o no, sirven de aporte para la labor de las autoridades en la protección de los derechos humanos de conformidad con los instrumentos internacionales, en tanto permite un estándar interpretativo que posibilita garantizar una efectividad mínima, pudiendo ampliarse en el ámbito internacional.

Siempre debe considerarse, que la verdadera protección de los derechos fundamentales se encuentra esencialmente en el ámbito legislativo, primordialmente en la norma suprema que es de donde deriva el ejercicio de la autoridad para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Lo que conlleva a que al ámbito administrativo este constreñido para satisfacer este deber constitucional a desarrollar acciones y programas que permitan el cumplimiento de los derechos humanos, y en caso de vulnerarlos por acción u omisión el poder judicial está facultado para velar por éstos con un enfoque pro persona.

Por espacio y tiempo, nos limitaremos a analizar casos paradigmáticos en la configuración de estas líneas jurisprudenciales de casi todas estas dimensiones a la salud de las que ya hemos hablado de manera profusa, siendo éstas la de atención médica como parte del derecho a la salud, el control sanitario como parte de la protección contra este tipo de eventos que afectan la salud y la vigilancia epidemiológica en conjunto con el tema de promoción, por ser de relevancia actual en estos tiempos que nos aquejan. Y desde luego la conexidad con otros derechos humanos como determinantes básicos de la salud.

A manera de introducción en nuestro trabajo de análisis de las líneas en las distintas vertientes que hemos hecho referencia, no hay que olvidar que en diversos asuntos también se han pronunciado sobre su naturaleza normativa⁵⁰⁹, sus

⁵⁰⁹ SCJN, Óp. cit., nota 23.

alcances⁵¹⁰, su ámbito de protección⁵¹¹ y en particular las dimensiones que comprenden este derecho y la conexidad con otros derechos humanos como condicionantes básicos.⁵¹²

Otro aspecto a considerar en el derecho a la salud, dada esta definición positiva del derecho a la salud, son las dimensiones que conlleva, tanto en el ámbito individual como el colectivo, a lo que la Corte ha determinado la jurisprudencia DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. DIMENSIONES INDIVIDUAL Y SOCIAL. Donde se destaca que este derecho tiene una proyección tanto individual o personal, como una pública o social, en función de que, respecto a la protección a la salud de las personas en lo individual, el derecho a la salud se traduce en la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva otro derecho fundamental, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica. Y en la faceta social o pública del derecho a la salud consiste en el deber del Estado de atender los problemas de salud que afectan a la sociedad en general, así como en establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud. Lo anterior comprende el deber de emprender las acciones necesarias para alcanzar ese fin, tales como el desarrollo de políticas públicas, controles de calidad de los servicios de salud, identificación de los principales problemas que afecten la salud pública del conglomerado social, entre otras.⁵¹³

Por ende, en el presente trabajo abordaremos los argumentos centrales de cada línea jurisprudencial en materia de salud. Nuestro análisis comienza con una introducción en la que se mencionan los rubros que se analizaron en diversos casos y posterior a ello, delimitaremos los hechos, los argumentos, así como los criterios derivados y a que sentencias nos referimos conforma a lo asentado en temas de

⁵¹⁰ “DERECHO A LA SALUD. NO SE LIMITA AL ASPECTO FÍSICO, SINO QUE SE TRADUCE EN LA OBTENCIÓN DE UN DETERMINADO BIENESTAR GENERAL” Instancia: Pleno, Novena Época, Materia(s): Constitucional, Tesis: P. LXVIII/2009, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, Diciembre de 2009, página 6, Tipo: Aislada

⁵¹¹ SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 4o., TERCER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL. Instancia: Pleno, Novena Época, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: P./J. 136/2008, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, página 61, Tipo: Jurisprudencia

⁵¹² Véase al respecto Antoniazzi, Mariela Morales, Clérico, Laura. *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020. Así como Antoniazzi, Mariela Morales, Ronconi, Liliana; Clérico, Laura. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH.

⁵¹³ Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 8/2019 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, página 486.

atención médica, de riesgos sanitarios, de salud pública (prevención, epidemiología y vectores) y finalmente lo relativo a la conexidad del derecho a la salud con otros derechos humanos.

Derivado de lo anterior, se consigna la dualidad que tiene el derecho a la salud, tanto en lo individual como en lo colectivo, la SCJN ha sido muy proactiva en lo que refiere a la atención médica, dándole mayor concreción a esta dimensión, que se ha visto traducido en una potestad de los individuos conforme a los principios enmarcados en nuestra Constitución y en los tratados internacionales de los que nuestro país forma parte.

Dentro de estas consideraciones hechas por la autoridad judicial, han de encontrarse elementos muy interesantes, a los que se refiere el presente trabajo, como la exigibilidad directa e indirecta del derecho a la salud. Un ejemplo de ello, es la siguiente tesis intitulada “DERECHO A LA SALUD. IMPONE AL ESTADO LAS OBLIGACIONES DE GARANTIZAR QUE SEA EJERCIDO SIN DISCRIMINACIÓN ALGUNA Y DE ADOPTAR MEDIDAS PARA SU PLENA REALIZACIÓN.” En la que se determina que es gracias a los instrumentos internacionales suscritos, que se puede esclarecer el contenido y alcance jurídico mínimo consensuado de este tipo de derechos y en particular del relativo a la protección de la salud, garantizando en éste pretensiones en términos de disponibilidad, accesibilidad, no discriminación, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud y refiere que los poderes públicos tienen obligaciones de respeto, protección y cumplimiento en relación con él, obligaciones que son tanto de cumplimiento inmediato como de acciones progresivas.⁵¹⁴

De lo anterior cabría preguntar si el acceso al tratamiento médico incluye la provisión de medicamentos y si esta prestación se concibe como un derecho humano y en el supuesto de un error o una negligencia como se ha determinado el sujeto responsable de dar cuenta de este derecho.

En esta mismo línea, el Poder Judicial ya se había pronunciado en cuanto a que la eficacia en el goce del nivel más alto de los mencionados derechos, conlleva obligaciones para el Estado, hasta el máximo de los recursos de que disponga; sin embargo, esa finalidad no sólo impone deberes a los poderes públicos, sino también a los particulares, pues la actuación unilateral del Estado resulta insuficiente cuando no se acompaña de conductas sociales dirigidas a la consecución de los valores que subyacen tras esos derechos, lo que implica que su protección sea una

⁵¹⁴ Instancia: Pleno, Novena Época, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: P. XVI/2011, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, página 29, Tipo: Aislada.

responsabilidad compartida entre autoridades y gobernados. Así, el medio ambiente sano, como elemento indispensable para la conservación de la especie humana y para el disfrute de otros derechos fundamentales, tiene carácter colectivo, porque constituye un bien público cuyo disfrute o daños no sólo afectan a una persona, sino a la población en general; por esa razón, el Estado debe implementar políticas públicas que permitan prevenir y mitigar la degradación ambiental, las cuales deben cumplir con estándares constitucionales y convencionales, además de contar con la participación solidaria de la comunidad, pues la salud se refiere a un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no únicamente a la ausencia de enfermedad o incapacidad de las personas.⁵¹⁵

En el tema de la justiciabilidad, nuestro poder judicial ha sido muy enfático al pronunciarse que se puede tutelar el DERECHO A LA SALUD A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO. Para determinar qué tipo de pretensiones pueden estudiarse en vía de amparo hay que constatar no sólo que se invoque la violación de un derecho fundamental que incorpora pretensiones jurídicas subjetivas, sino también que la invasión al derecho que se denuncia represente un tipo de vulneración remediable por dicha vía. Lo anterior es así, porque el juicio de amparo es un medio de control de la constitucionalidad de actos y normas con efectos únicamente para el caso concreto; sin embargo, ello no permite descartar que, en ciertas ocasiones, dar efectividad al amparo implique adoptar medidas que colateral y fácticamente tengan efectos para más personas que las que actuaron como partes en el caso concreto. Pero este tipo de efectos, que podrían denominarse *ultra partes*, deben ser colaterales y estar unidos por una relación de conexidad fáctica o funcional con los efectos *inter partes*, es decir, no pueden ser efectos central o preliminarmente colectivos.

A esto se suma la definición de intereses difusos o colectivos. cuya protección de da mediante el juicio de amparo indirecto. Definiendo a los intereses difusos y colectivos. Así, el primero no debe entenderse como la suma de intereses individuales, sino como su combinación, por ser indivisible, en tanto que debe satisfacer las necesidades colectivas. Por su parte, los intereses difusos se relacionan con aquellas situaciones jurídicas no referidas a un individuo, sino que pertenecen a una pluralidad de sujetos más o menos determinada o indeterminable, que están vinculados únicamente por circunstancias de hecho en una situación

⁵¹⁵ DERECHOS HUMANOS A LA SALUD Y A UN MEDIO AMBIENTE SANO. LA EFICACIA EN EL GOCE DE SU NIVEL MÁS ALTO, IMPLICA OBLIGACIONES PARA EL ESTADO Y DEBERES PARA TODOS LOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: I.7o.A. J/7 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 32, Julio de 2016, Tomo III, página 1802

específica que los hace unificarse para acceder a un derecho que les es común. Mientras que los colectivos corresponden a grupos limitados y circunscritos de personas relacionadas entre sí debido a una relación jurídica, con una conexión de bienes afectados debido a una necesidad común y a la existencia de elementos de identificación que permiten delimitar la identidad de la propia colectividad. Sin embargo, sea que se trate de intereses difusos o colectivos, lo trascendental es que, en ambos, ninguno es titular de un derecho al mismo tiempo, pues todos los miembros del grupo lo tienen.

Ahora, debido a la complejidad para tutelarlos mediante el amparo, dado que se advierte como principal contrariedad la legitimación *ad causam*, porque pudiera considerarse que rompe con el sistema de protección constitucional que se rige, entre otros, por los principios de agravio personal y directo y relatividad de las sentencias, el Constituyente Permanente, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de julio de 2010, adicionó un párrafo tercero al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y ordenó la creación de leyes y procedimientos para que los ciudadanos cuenten con nuevos mecanismos de tutela jurisdiccional para la defensa de sus intereses colectivos, sin que se haya expedido el ordenamiento que reglamente las acciones relativas. No obstante, la regulación formal no constituye una condición para determinar la legitimación procesal de los miembros de la colectividad cuando precisan defender al grupo al que pertenecen de un acto autoritario que estiman afecta algún interés supraindividual. Consecuentemente, todos los miembros de un grupo cuentan con interés legítimo para promover el juicio de amparo indirecto, en tanto que se hace valer un interés común y la decisión del conflicto se traducirá en un beneficio o, en su caso, en un perjuicio para todos y no sólo para quienes impugnaron el acto.

Así, el derecho a la salud es una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos, pues una persona que carece de salud, o a quien se le ha determinado algún tipo de incapacidad -con mayor razón si es total-, difícilmente podrá acceder a una fuente de trabajo y, por tanto, no puede generar ingresos para atender sus necesidades y las de su familia, lo que además implica una constante disminución de su patrimonio por los diversos tratamientos y medicamentos que requiere. Así, una persona afectada en su salud a raíz de un accidente tiene derecho a una indemnización que la compense del daño sufrido, y para que ésta sea justa, su determinación depende del daño ocasionado; en este sentido, el derecho moderno de daños mira a la naturaleza y extensión del daño, a las víctimas y no a los victimarios, por lo que las reparaciones no deben generar una ganancia a la víctima, sino otorgarle un resarcimiento adecuado. Ahora bien,

limitar la responsabilidad fijando un techo cuantitativo implica marginar las circunstancias concretas del caso, el valor real de la reparación o de la salud deteriorada, esto es, una indemnización es injusta cuando se limita con topes o tarifas, en lugar de ser el juez quien la cuantifique con base en criterios de razonabilidad, porque sólo él conoce las particularidades del caso y puede cuantificarla con justicia y equidad, no así el legislador quien, arbitrariamente, fijaría montos indemnizatorios, al margen del caso y de su realidad.

Por lo que refiere a la conexidad se colige a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en sus artículos 1o., 3o., 4o., 6o., 13, 25, 27, 31, fracción IV y 123 y de los derechos a la vida, a la integridad física, a la igualdad, a la salud, al trabajo y a la seguridad social, entre otros, a través del cual se garantizan los requerimientos básicos indispensables para asegurar una subsistencia digna del individuo y su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario, sino también en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, por lo que no puede entenderse como una protección económica únicamente, sino como una tutela vinculada con la dignidad de la persona, la integridad física, la vida y la protección de la familia

De igual manera, no se puede menoscabar que la agricultura, la nutrición, la educación, la vivienda, el transporte y el nivel económico general, entre otros factores, son importantes para el ejercicio de estos derechos, puesto que los mismos tienen relación con la salud.⁵¹⁶

Al respecto, una de las consideraciones de este derecho como garantía individual y social, lo desarrolla la ex ministra Sánchez Cordero, al mencionar que, en México, el derecho a la protección de la salud se circunscribe dentro de esta rama del ordenamiento jurídico y, por tanto, impone al Estado la obligación de realizar a favor del titular de este derecho una serie de prestaciones, las cuales están destinadas a satisfacer una necesidad de índole individual, pero colectivamente considerada.⁵¹⁷

De la explicación judicial en torno a las dimensiones del derecho a la salud, destaca la relevancia de las políticas públicas, ya que como se menciona el derecho a la protección de la salud se traduce en la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud, como lo son los enunciados en la Ley General de Salud.

⁵¹⁶ Cook, Rebecca J., Óp. cit., nota 132.

⁵¹⁷ Sánchez Cordero de García Villegas, Olga. Óp. cit., nota 322.

Si bien es cierto, se ha emitido en todas estas vertientes normatividad, lo cierto es que muchas de las veces no se ven instrumentadas de forma eficaz, ante lo cual, ciudadanos en lo particular o asociaciones de la sociedad civil acuden a los tribunales a satisfacer estas demandas incumplidas.

Aún y cuando, paulatinamente, se ha ido superando esta consideración de los derechos económicos, sociales y culturales, también es cierto que aún se está posicionando la exigibilidad de los mismos, tal como se corrobora en el presente trabajo, principalmente con el análisis de las diversas sentencias bajo estudio, que si bien es cierto materializan el cumplimiento de este derecho humano, no podemos negar que todavía hay mucho camino por recorrer y más aún en la construcción de criterios jurisprudenciales que dan pauta a las modificaciones legislativas y su posterior implementación en programas de gobierno, como es el caso en particular, de los Programas Sectoriales de Salud.

En materia de derecho a la salud, principalmente los criterios vinculantes han servido más para ir confirmando los alcances de este derecho a partir de los tratados internacionales, de las normas secundarias y de las convenciones adaptadas, que de construcciones de derechos de origen judicial a la salud, como el derecho a medicamentos, el derecho a un tratamiento digno y oportuno, considerando la cuestión paliativa⁵¹⁸ o el derecho a la salud mental al ser una condición de especial protección⁵¹⁹, así como de las particularidades en el caso del goce de este derecho a la salud de los menores, bajo el principio del interés superior de los mismos.⁵²⁰

Pero esta indagación podría ampliarse a otros pronunciamientos para incluir en ella las decisiones que se han ocupado de casos similares, igualmente considerados como eventuales factores de riesgo para la salud de las personas que

⁵¹⁸ DERECHO HUMANO A LA SALUD. PARA GARANTIZARLO EN PACIENTES CON ENFERMEDADES TERMINALES, EL ESTADO DEBE ADOPTAR LAS MEDIDAS NECESARIAS BAJO LA PREMISA DEL MÁXIMO GASTO POSIBLE, A TRAVÉS DE TRATAMIENTOS PALIATIVOS QUE ASEGUREN SU DIGNIDAD Y LES EVITEN DOLOR. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Undécima Época, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: XVII.1o.P.A.33 A (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 4, Agosto de 2021, Tomo V, página 4854, Tipo: Aislada

⁵¹⁹ DERECHO A LA SALUD. EN MATERIA DE SALUD MENTAL, EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS DEBE GARANTIZARSE SIN DISCRIMINACIÓN. Instancia: Segunda Sala, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: 2a. LVII/2019 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 70, Septiembre de 2019, Tomo I, página 420, Tipo: Aislada.

⁵²⁰ DERECHOS A LA SALUD Y VIDA DE LOS NIÑOS COMO LÍMITE A LOS DERECHOS A LA PRIVACIDAD FAMILIAR Y LIBERTAD RELIGIOSA. Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. IX/2019 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, página 720, Tipo: Aislada.

implican un componente de incertidumbre científica que hace procedente la aplicación del principio de progresividad e interdependencia.

4.1 LAS LINEAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE ATENCIÓN MÉDICA



Comenzamos el objeto de análisis con la dimensión que más comúnmente se vincula con el derecho a la salud, que es la prestación de servicios de atención médica y que sin duda es la dimensión que más criterios ha generado, ya sea a raíz de un adecuado tratamiento que incluya los medicamentos esenciales como parte de las acciones curativas que debe brindar el Estado por sí o por terceros a través del Sistema Nacional de Salud⁵²¹, al igual que la importancia que reviste el consentimiento informado en la relación médico-paciente, finalizando con los argumentos que se han dado en relación a la responsabilidad médica derivada de una mala praxis o un actuar negligente de los profesionales de la salud, todos ellos dentro de este conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud, ya sean de índole preventivas, curativas, de

⁵²¹ El artículo 5º de la Ley General de Salud, establece la configuración del Sistema Nacional de Salud, al señalar que el mismo está constituido por las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto federal como local, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado, que presten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones, y tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud.

rehabilitación o paliativas de conformidad con lo previsto en la Ley General de Salud y su reglamento de prestación de servicios de atención médica.

En el presente apartado, podemos observar 4 sentencias hito en la misma línea jurisprudencial, cada una de ellas relacionada con el subrubro de la prestación de servicios de prestación de servicios de atención médica, como dimensión del derecho a la salud, destacando para ello el amparo en revisión 226/2020 y 227/2020 de los que deriva una línea jurisprudencial muy interesante relacionada con el tratamiento oportuno, constante y permanente, incluyendo el suministro de medicamentos necesarios. Por lo que toca al consentimiento informado, el amparo en revisión 1049/2017 es la piedra de toque de esta obligación y derecho correlativos respecto a la aceptación e información sobre cualquier intervención quirúrgica necesaria como parte del tratamiento. Por último, tenemos al amparo en revisión 544/2018 que se relaciona con la responsabilidad médica, a partir de una supuesta negligencia médica derivada de una mala praxis.

En el análisis que se expone a continuación, existe una interrelación entre estos tres subrubros, en razón de que, como parte de las formalidades esenciales del tratamiento médico, se encuentra la obligación de recabarlos de manera permanente y constante, cuando las condiciones así lo permitan, lo cual deviene en un tratamiento consensuado por el paciente, aceptando las implicaciones inherentes. Sin embargo, en el supuesto de que esta prestación de acciones dentro de la atención médica no se realice conforme a la *lex artis ad hoc*⁵²² es susceptible de algún tipo de responsabilidad.

Asimismo, en el trazo de estas líneas, se observa un cúmulo de precedentes que se citan de manera reiterada al resolver las cuestiones relacionadas con cualquiera de estas tres subdimensiones (tratamiento oportuno y suministro de medicamentos, consentimiento informado y responsabilidad médica), tal y como son los amparos en revisión 378/2014, 117/2012, 315/2010, 173/2008, 2231/1997 así como la contradicción de tesis 93/2011.

⁵²² Son las reglas o procedimientos que el avance de la profesión pone al alcance de la práctica médica y exige determinado procedimiento, en el que es explícito contar con ciertos medios necesarios para el tratamiento benéfico. Una será la solución cuando el médico tenga a la mano los medios adecuados y, otra, cuando el médico carezca de ellos y no pueda obtenerlos oportunamente. Amparo directo en revisión 195/2017.

4.1.1 La línea jurisprudencial en materia de tratamiento oportuno y suministro de medicamentos

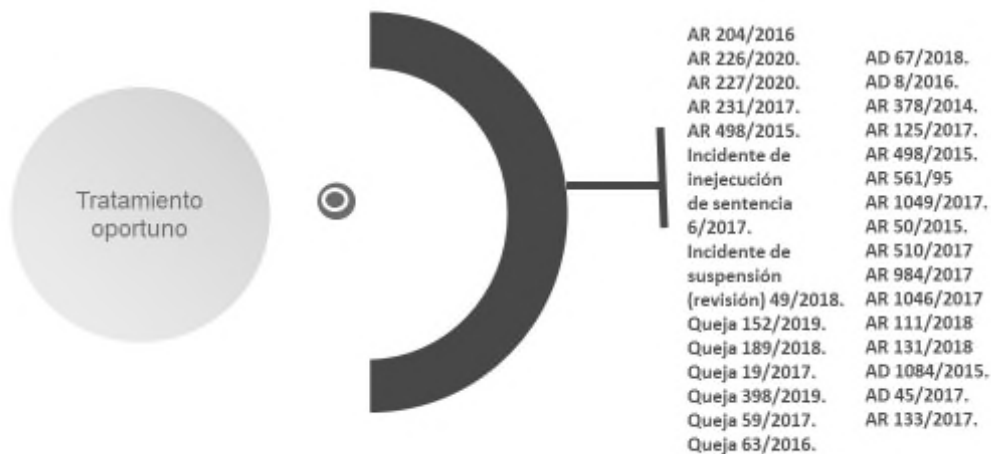
Una de las líneas jurisprudenciales que rodean al derecho a la salud, que más impacto ha tenido es la relacionada con el suministro de medicamentos con motivo del derecho a un tratamiento idóneo como parte de los servicios de atención médica, siendo estos argumentos a favor de la salud, los que dieron origen a la discusión del derecho a la salud en los tribunales de nuestro país. La discusión al respecto es muy amplia, pues abarca desde la parte clínica relacionada con el reclamo de medicamentos esenciales para un adecuado tratamiento, hasta el deber del Estado por garantizar la seguridad, calidad y eficacia de los mismos, tanto para actividades curativas como paliativas, incluidos aquellos que sean indispensables para el tratamiento de sus enfermedades, incluidas las de orden mental.

En este entendido, se exponen diversos precedentes que permitirán dilucidar los alcances de la obligación de las Instituciones de Seguridad Social respecto al suministro de medicamentos y las consideraciones que debe observar el juzgador en el otorgamiento de éstos.

Si bien parecería que existe una división de líneas jurisprudenciales en esta materia, lo cierto es que el suministro de medicamentos forma parte del tratamiento oportuno, pero tampoco el tratamiento se agota en esta prestación, por lo que se procede a hacer una distinción para un futuro objeto de estudio entre los precedentes que se vinculan con el tratamiento oportuno en su sentido amplio y aquellas decisiones que tuvieron como objeto de la Litis el acceso a medicamentos.

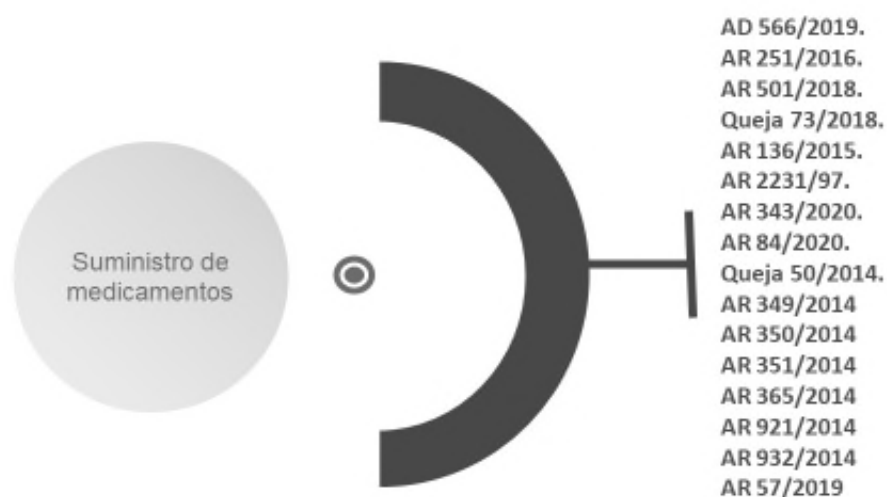
A continuación, se exponen algunos de los precedentes que han formado criterio en materia de tratamiento oportuno y de suministro de medicamentos.

1. El derecho a la salud y la atención médica



En aras de revisar esta línea que sin lugar a dudas es la más consolidada en conjunto con el tema de responsabilidad médica, procedemos a analizar algunos precedentes relevantes que sirvieron para configurar esta línea jurisprudencial, tal y como lo es caso del amparo en revisión 2231/1997 que es el precursor de la justiciabilidad del derecho a la salud como lo conocemos hoy en día, los recientes amparos en revisión 226/2020 y 227/2020, así como los amparos en revisión 342/20, 251/2016 y 136/2015, que tratan el mismo tema pero enfermedades y particularidades distintas, así como los amparos en revisión 349/2014, 350/2014, 351/2014, 365/2014, 921/2014, 932/2014 y 611/2015, que vienen a interrumpir la línea y se define la línea jurisprudencial con la contradicción de tesis 517/2019, en la que se determina el criterio acerca del procedimiento a seguir sobre el otorgamiento de medicamentos. Y finalmente se exponen algunas consideraciones del amparo en revisión 57/2019 considerado como un precedente relevante que, si bien no generó algún tipo de criterio jurídico, sí abundó sobre el tema de medicamentos, pero vinculado a la dimensión relacionada con la investigación en salud.

1. El derecho a la salud y la atención médica

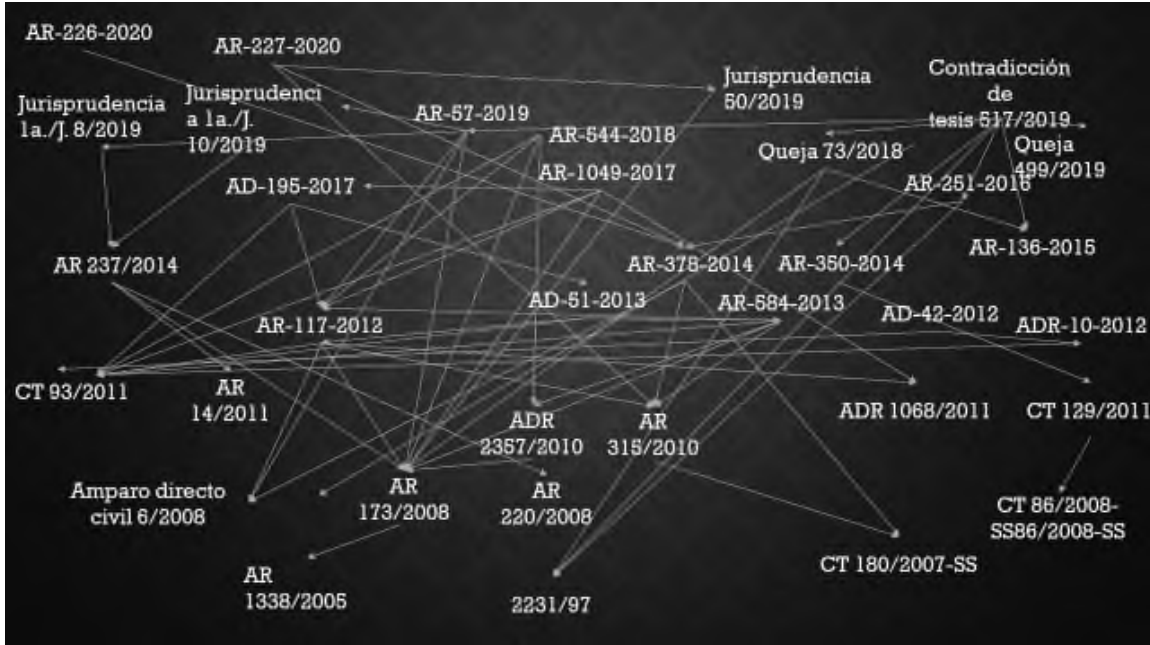


Dentro de esta bifurcación entre el derecho a un tratamiento oportuno y el derecho al suministro de medicamentos, se procede al estudio de las dos **Sentencias hito** en estos dos temas fundamentales para la prestación de servicios de atención médica, de la cual derivaron algunos criterios recientes, que resultan ser muy interesantes para nuestro objeto de estudio, debido al carácter progresivo de los fallos en cuanto a la protección del derecho a la salud, en particular lo relativo a la obligación que tiene el Estado para garantizar el derecho humano a la salud deben brindar asistencia médica y tratamiento a sus pacientes usuarios de forma oportuna, permanente y constante, incluidos los medicamentos necesarios para tales efectos.

En este entendido, se muestra a continuación la interacción de todas estas sentencias y se observa cómo se vinculan todos los temas que contempla el derecho a la salud, desde cuestiones de responsabilidad médica, consentimiento informado y de responsabilidad, que han devenido en criterios generales para la protección de la salud.⁵²³

⁵²³ DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. IMPONE DEBERES TANTO A LOS PODERES PÚBLICOS COMO A LOS PARTICULARES QUE SE DEDICAN AL ÁMBITO DE LA SALUD. DERECHO A LA SALUD. SU NATURALEZA NORMATIVA. DERECHO HUMANO A LA SALUD. EL ESTADO TIENE LA OBLIGACIÓN

La línea jurisprudencial en esta materia, tomando en consideración los precedentes más relevantes que se exponen, podremos graficarla de la siguiente manera:



La presente tabla refleja las interconexiones que se dan entre las sentencias hito y sus nichos citacionales y a su vez los nichos de éstas, precedentes todos ellos en los que el Poder Judicial ha abordado el problema de la satisfacción del derecho a la salud en su componente de atención médica y en particular los problemas relativos a un adecuado tratamiento y a la falta de medicamentos esenciales para su atención.

Procedemos entonces al análisis de las sentencias hito, las relevantes y las que han ido consolidando la línea y desde luego fundándola, tomando como referencia los hechos que dieron lugar al caso objeto de estudio, así como el criterio que se forjó al resolver el mismo y desde luego la justificación del Tribunal para adoptar su decisión.

- *Sentencias hito*

En los amparos en revisión 226/2020 y 227/2020 se promovieron juicio de amparo en contra del Hospital del Instituto Mexicano del Seguro Social, por la

DE ADOPTAR TODAS LAS MEDIDAS NECESARIAS HASTA EL MÁXIMO DE LOS RECURSOS DE QUE DISPONGA PARA LOGRAR PROGRESIVAMENTE SU PLENA EFECTIVIDAD. SERVICIOS DE SALUD. LAS OBLIGACIONES DEL PERSONAL MÉDICO DERIVADAS DE SU PRESTACIÓN EN LOS HOSPITALES PRIVADOS NO SE LIMITAN A LAS DISPOSICIONES DE DERECHO PRIVADO. SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO. DERECHO A LA SALUD. FORMA DE CUMPLIR CON LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚMERO 14 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS SOCIALES Y CULTURALES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, PARA GARANTIZAR SU DISFRUTE.

omisión de garantizar su derecho humano a la salud, en particular, de no entregarle al paciente oportunamente el medicamento que requiere para el control de la enfermedad que padece.

Criterio.- Las autoridades del Estado que se encuentren directamente obligadas a garantizar el derecho humano a la salud, deben brindar asistencia médica y tratamiento a sus pacientes usuarios de forma oportuna, permanente y constante; dicho diagnóstico y atención además, debe ser en consideración de su estado de salud, así como sus requerimientos médicos y clínicos, tomando particular importancia cuando se trata de padecimientos en los que el éxito del tratamiento dependa, principalmente, del óptimo cumplimiento en la toma de medicamentos, es decir, en aquellos casos en los que la adherencia deficiente al tratamiento sea determinante para la progresión de la enfermedad.

Justificación. – Como parte de los argumentos de la Sala, se señaló que el derecho a la protección de la salud comprende como servicio básico, la atención médica, y resaltó que, en su actividad curativa, este derecho significa proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye la aplicación de los estudios médicos necesarios y de los medicamentos correspondientes.

Para lograr este acometido, enfatiza la Corte que el Estado mexicano debe de crear condiciones que aseguren a todos asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad, para lo cual se deben de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, su plena efectividad. Y para ello cuando se trata de brindar asistencia médica y tratamiento a los pacientes con alguna enfermedad, ese servicio ha de garantizarse mediante la valoración de los criterios siguientes:

1) Subjetivo, procurando que el tratamiento terapéutico y farmacéutico del paciente sea para lograr su reversibilidad o curación o de ser diagnosticado con una enfermedad crónico y/o degenerativa, procurar un tratamiento necesario para el control de su sintomatología, así como el control del deterioro de su integridad física y psíquica, esto es, se deberá de tomar en cuenta el estado de salud del paciente, así como sus requerimientos clínicos y médicos.

2) Objetivo, garantizando que el tratamiento sea adecuado, de modo que, si el paciente requiere algún medicamento, éste sea efectivo.

3) Temporal, garantizando que el tratamiento que necesite el paciente se garantice de forma oportuna, permanente y constante.

4) Institucional, estableciendo que el tratamiento lo hagan de acuerdo con los estándares más altos de tecnología y especialización médica.

Estos criterios deben ser observables con independencia de que sea una institución de salud pública o privada la que se encargue de brindar el tratamiento al paciente, siempre y cuando integren el Sistema Nacional de Salud.

Por mi parte, soy de la idea de que el Estado debe brindar asistencia médica y tratamiento con estos parámetros no sólo a los pacientes con VIH/SIDA, puesto que a mi consideración pasa lo mismo con las enfermedades crónico degenerativas como el cáncer,⁵²⁴ siendo las autoridades responsables quienes deben satisfacer este derecho de forma oportuna, permanente y constante, es decir, el Estado se encuentra obligado al suministro del tratamiento antirretroviral de forma oportuna, permanente y constante; y, además, debe ser entregado tomando en cuenta el estado de salud del paciente, así como con sus requerimientos médicos y clínicos, en todos los casos.

La Corte afirmó que el derecho a la salud representa para el Estado la obligación de garantizar a todas las personas el disfrute de servicios de salud a través de la atención médica, cuya finalidad es proteger, promover y respetar la salud, de manera preventiva, curativa, de rehabilitación o paliativa y para cumplir con esta obligación de rango constitucional, es decir, de máximo orden, realza que se constituyó el Sistema Nacional de Salud, integrado por dependencias y entidades de la Administración Pública federal y local, entre las que se encuentran las instituciones públicas de seguridad social, las que igualmente participan de esta obligación.

Así, cuando se trata de brindar asistencia médica y tratamiento a los pacientes, las autoridades responsables deben satisfacerlo de forma oportuna, permanente y constante. Además, debe tomarse en cuenta el estado de salud del paciente, así como con sus requerimientos médicos y clínicos.

⁵²⁴ En el amparo en revisión 1049/2017 que se vincula con las líneas jurisprudenciales en materia de responsabilidad de consentimiento informado, el juzgador se centró en delimitar el interés superior del menor en cuanto a la toma de decisiones médicas, pero dejó pasar el análisis de fondo en cuanto a la salud de la menor, refiriendo únicamente que existía un impedimento para que los médicos pudieran aplicar el procedimiento médico oportuno cuando sea necesario, puesto que la menor, señaló tiene derecho a que su tratamiento en curso cuente con las medidas que mayores probabilidades tengan de derrotar a la leucemia y mitigar los riesgos que conlleva para su vida. Y que ante una urgencia médica no se puede limitar la posibilidad de que se aplique el tratamiento médico oportuno y eficaz. Empero no se habló de que dicho tratamiento debía de ser constante y permanente como en el amparo que nos ocupa.

Apoyando su decisión en la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-2010, “Para la prevención y el control de la infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana”⁵²⁵ que prevé la obligación de prestar servicios de atención integral de calidad y en relación con el suministro de medicamento antirretroviral para los pacientes infectados, la Norma Oficial destaca que una de las principales obligaciones en esta materia es la de las instituciones públicas, sociales y privadas, que forman parte del Sistema Nacional de Salud es la de garantizar la provisión sin interrupciones de los fármacos para el tratamiento antirretroviral; lo cual encuentra su fundamento, a su vez, en la correlativa obligación de evitar la aparición de resistencias y el riesgo de que el tratamiento pierda su efectividad. La protección al derecho a la salud implica que los servicios se presten desde su etapa inicial hasta, en su caso, la cura o la rehabilitación.

- *Sentencia consolidadora de línea*

En el amparo en revisión 251/2016 el Tribunal determinó que la salud debe de protegerse de manera integral, y ello incluye, cuando menos, el suministro de medicamentos básicos para su tratamiento. Por lo que concierne a este precedente, si bien implica uno más de los reclamos sobre el suministro de dichos insumos, la particularidad es que se trata de cuestiones relacionadas con la salud mental, siendo una de las dimensiones que configuran el derecho a la salud.

Hechos. - Un paciente solicitó el suministro de medicamentos que, para su enfermedad mental, y que se le negaron por ser un paciente ambulatorio.

Criterio. - El Estado mexicano se encuentra obligado a crear las condiciones que aseguren a todas las personas la asistencia médica y servicios médicos en casos de enfermedad. Asimismo, se advierte que una cuestión fundamental e inherente a la debida protección del derecho a la salud es que los servicios se presten de manera integral, lo que implica que se debe proporcionar un tratamiento adecuado y completo, incluyendo el suministro de medicamentos básicos, incluido el tema de enfermedades mentales.

Justificación. - Es deber de los Estados suministrar medicamentos sin discriminación, siendo una obligación básica y de realización inmediata para todas las personas en general, y en particular a los grupos vulnerables.

En nuestro país, la legislación reconoce el derecho a recibir los medicamentos que se encuentren previstos en el “Cuadro Básico”, por lo que el

⁵²⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintitrés de noviembre de dos mil diez.

Estado mexicano no puede negar de manera regresiva medicamentos a quien los requiera, ni mucho menos, otorgarlos de forma discriminatoria, es decir, todo instituto nacional deberá prestar los servicios de atención médica, preferentemente a la población que no esté en algún régimen de seguridad social.

La Sala argumentó que el derecho a la salud y en específico el derecho al suministro de medicamentos para atender la deficiencia mental de las personas con discapacidad psicosocial necesita de una protección reforzada, dada su condición de vulnerabilidad. Puntualizando que la obligación de suministrar medicamentos en el caso de personas con discapacidad, a raíz que se han recetado en función precisamente de su deficiencia, se extiende a cualquier medicamento y no únicamente los de la lista de medicamentos básicos.

Razón por la cual cualquier persona que de manera genérica padezca una “enfermedad mental”, debe ser considerada como persona con discapacidad, señalando que goza de un marco jurídico particular de protección en razón de su condición de especial vulnerabilidad y desigualdad de facto frente a la sociedad y el ordenamiento jurídico. Ante ello, las autoridades que les prestan servicios deben proporcionar los ajustes razonables que necesiten para acceder a bienes y servicios en un plano de igualdad con quienes no presentan una discapacidad.

- *Precedente consolidador de línea jurisprudencial*

En el amparo 343/2020 se abordó el tema del suministro de medicamentos, pero no para una cuestión curativa como en los precedentes anteriores, sino para un tema de cuidados paliativos.

Hechos. - Una persona, en representación de sus hijos menores de edad, ante la omisión del Instituto Chihuahuense de la Salud de otorgarles los servicios de salud, promovió un amparo para que garantizaran de manera eficaz y oportuna el tratamiento prescrito por el médico especialista en genética, consistente en la ministración de un medicamento necesario para estabilizar y desacelerar la progresión de la enfermedad diagnosticada a su menor.

Criterio. - En pacientes con enfermedades terminales, el Estado debe adoptar las medidas necesarias bajo la premisa del máximo gasto posible de los recursos de que disponga para lograr progresivamente su plena efectividad, a través de tratamientos paliativos que aseguren su dignidad y les eviten dolor.

Las autoridades que se encuentran prestando un servicio público deben garantizar la protección a la salud que como institución pública les es obligatoria en base a las prestaciones médicas que tiene para con ellos, como es el caso de:

- Entregar servicios integrales de salud, con trató digno, respetuoso y de manera igualitaria, ya sea en el centro de salud, donde el personal médico podrá canalizar al paciente para su atención especializada, en caso necesario o en caso de urgencia en cualquiera de los hospitales del Sistema.
- Entregar de acuerdo al diagnóstico, los medicamentos, estudios de laboratorio y de gabinete que correspondan.
- Contar con orientación sobre, las acciones médicas del instituto y los procedimientos para recibir atención médica, el suministro de los medicamentos e insumos necesarios para el restablecimiento de la salud y ubicación, funcionamiento y horarios de las unidades médicas, entregando información suficiente a los pacientes y/o familiares sobre el estado de salud y los padecimientos de manera veraz, oportuna y en un lenguaje comprensible.
- Tener derechos a una segunda opinión médica si es requerida, emitida por personal médico del sistema o subrogado, acerca del diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud de los pacientes.
- Decidir libremente al paciente y/o su familiar sobre su atención médica.
- Entregar la información suficiente para que el paciente y/o familiar emita su consentimiento informado debidamente razonado, a fin de aceptar o rechazar tratamientos o procedimientos médicos.
- Contar y generar un expediente clínico, en el que se especifiquen de manera clara y precisa las acciones y el nombre de los profesionales que atendieron al paciente en cada uno de los servicios médicos, garantizando el uso confidencial y restringido de su expediente.

A partir de ello, el Tribunal manifestó que la atención medica integral es un conjunto de acciones, que estaría incompleta si no se proporciona una de estas. Así, la optimización del derecho fundamental de acceso a la salud, comprende los servicios básicos consistentes en: a) la atención médica, que comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias, definiéndose a las actividades curativas como aquellas que tienen como

fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno; y, b) la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud.

En ese sentido, como el Estado tiene la obligación de proteger y restaurar la salud de las personas y con el fin de evitar al quejoso un mayor daño, es necesario que éste reciba una atención médica adecuada. Lo anterior, implica que como parte del derecho a la salud debe entenderse que un enfermo tiene el derecho a ser tratado con dignidad, pues de lo contrario no se lograría su rehabilitación, violando así el contenido básico del propio derecho.

Sobre esas consideraciones, el derecho fundamental de acceso a la salud, comprende efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno y contar con la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud. Cabe señalar, que, aunque se trate de una enfermedad terminal o incurable, aún en ese caso debe protegerse en derecho a la salud mediante tratamientos que pudieran considerarse paliativos.

- *Precedente consolidador de línea jurisprudencial*

Por lo que concierne al amparo en revisión 136/2015, también implica un reclamo sobre el suministro de medicamentos, pero la particularidad es que se trata de cuestiones relacionadas con cáncer.

Hechos. - Particulares se inconformaron con la disponibilidad de medicamentos y otros insumos necesarios para la salud, por constituir a su consideración un servicio básico de salud, pero al no incluirse en el cuadro básico los medicamentos necesarios para su salud, derivado de la necesidad que tiene la persona de que se le suministre el medicamento idóneo para preservarla.

Criterio. - Los servicios básicos de salud consisten, entre otros aspectos, en la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud, para cuyo efecto habrá un cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud. No obstante, no debe entenderse como un impedimento o una restricción para los beneficiarios de las dependencias y entidades que prestan el servicio de protección de la salud, el hecho de que algún medicamento no esté incluido en ese cuadro básico. Por tanto, las dependencias y entidades del sector salud deben suministrar a sus beneficiarios esos medicamentos, aun cuando no estén en ese cuadro básico, siempre que exista una prescripción médica que lo avale.

Justificación. - La norma constitucional que enmarca el derecho humano a la salud y su protección representa para el Estado la obligación de crear mecanismos, planes y programas de gobierno tendentes a conseguir ese objetivo.

Señaló que los actos negativos relacionados con la prestación de servicios básicos de salud, como lo es la atención médica respecto de padecimientos que por sus características se consideren raros y que requieran de medicamentos huérfanos para su tratamiento, inciden directamente en el derecho fundamental de protección a la salud y, desde luego, en la esfera jurídica de los derechohabientes, apoyándose en los tratados internacionales y las normas nacionales que establecen la obligación de las dependencias y entidades del sector salud de ministrar esos medicamentos, aun cuando no estén en ese cuadro básico, pues así debe entenderse que bien pueden ministrarse medicamentos novedosos, los cuales, por lógica, no están comprendidos en el cuadro básico.

Consideró que la suministración de fármacos del cuadro básico, no necesariamente se refiere al catálogo de insumos del sector salud elaborada en una época determinada, puesto que no es obstáculo para la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad no estén en el mismo, toda vez que los medicamentos puede ser recientemente descubiertos y son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de su enfermedad.

Lo novedoso de esta determinación descansa en el proceso de validación por así llamar a la autorización sanitaria de medicamentos, en el cual se deben tenerse en cuenta los principios básicos sobre la prescripción médica de fármacos, como un aspecto importante previo al suministro de medicamentos. Lo anterior bajo los parámetros de la Organización Mundial de la Salud que recomienda que, en el proceso de producción de un medicamento, etapa previa al suministro, se sigan dichos principios de eficacia, seguridad, conveniencia y coste.

Sostuvo el Tribunal que la eficacia de un fármaco constituye la capacidad para modificar favorablemente un síntoma, el pronóstico o el curso de una enfermedad. La seguridad se refiere a la necesidad de considerar los posibles efectos adversos y toxicidad, es decir, los efectos indeseados frecuentes y los márgenes de seguridad. La conveniencia implica tener en consideración las contraindicaciones que tendría el medicamento con la patología particular de cada paciente, como la presencia de otras enfermedades asociadas, que imposibilitarían el empleo del medicamento, que en otro paciente sería efectivo y seguro; es decir, una modificación de la fisiología del paciente puede influir sobre la farmacodinamia

o la farmacocinética, que imposibilite alcanzar los niveles plasmáticos necesarios para que se produzcan efectos adversos tóxicos a concentraciones plasmáticas normales. Finalmente, el coste del tratamiento representa un criterio importante, debido a que se refiere al tema presupuestario

Para tales efectos, el juzgador tomó en cuenta que el Consejo de Salubridad General, tiene la función de elaborar el Cuadro Básico de Insumos del Sector Salud, mediante el empleo de insumos que han probado su seguridad, eficacia terapéutica y eficiencia. La finalidad de este sistema es garantizar una adecuada evaluación de la evidencia, la cual tiene como objetivo principal disminuir la probabilidad de cometer sesgos y precisar la interpretación de la revisión de los resultados, lo cual facilitará a los evaluadores emitir sus opiniones y recomendaciones

Destacó que las etapas del proceso de investigación y de fabricación, así como de evaluación por las autoridades sanitarias son de fundamental importancia, porque su objetivo de estudio está encaminado a evaluar la existencia de una relación causal entre un factor de estudio (tratamiento, exposición) y un resultado (mejoría, curación), para utilizar o no una prueba diagnóstica y/o para conocer el curso clínico de una enfermedad o para determinar su etiología; habitualmente se requiere la comparación entre dos o más grupos de pacientes o de población. Para lo cual hubo de describir el proceso para determinar la inclusión de un medicamento en el Cuadro Básico para comprobar su eficacia y seguridad advirtió que es complejo. Resumiendo, el Tribunal alude al hecho de que los expertos realizan una evaluación clínica del medicamento para determinar su eficacia y seguridad, a partir de la buena, moderada o insuficiente evidencia. También elaboraran una evaluación económica, cuantificable en unidades naturales, calidad de vida, o medidas intermedias de efectividad clínica y el Comité elaborara un dictamen en el que se precisaran los riesgos, beneficios y costos que representa el medicamento. Lo anterior indica que la eficiencia, seguridad y eficacia terapéutica de un medicamento, entendida ésta como conveniencia, constituyen regla primordial para determinar cuándo un fármaco puede ser benéfico para tratar un padecimiento en mayor proporción a las consecuencias negativas que produzca; y su demostración sólo puede derivar del proceso complejo que se ha explicado.

Por consiguiente, cuando el Estado decide la inclusión de un medicamento en el Cuadro Básico no sólo garantiza que el insumo correspondiente ha probado su eficiencia, seguridad y eficacia terapéutica, sino que cumple con una de las obligaciones que involucran el derecho a la salud, la de procurar la disponibilidad de medicamentos que curen y alivien las enfermedades que aquejan a las personas, o que mejoren su estado de salud y calidad de vida.

Otro punto a dilucidar en el citado juicio constitucional consistía en si el mencionado fármaco era el más eficiente, seguro y conveniente para el quejoso en relación con el tratamiento que le ha venido otorgando el Instituto Mexicano del Seguro Social, según consta en la nota médica.

Es interesante, este precedente porque viene a vincular lo relativo a la necesidad de una regulación sanitaria sólida con la prestación de servicios de atención médica, particularmente lo relacionado con un tratamiento óptimo, en el que se incluyan los medicamentos básicos y esenciales para tratar su padecimiento.

Hizo hincapié en que, si bien se rindieron dictámenes periciales médicos para acreditar la necesidad del medicamento, eso no puede sustituir ni suplantar todo el procedimiento complejo que lleva a cabo la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud (CICBCIS), a través del dictamen emitido por los expertos y, por ello, no puede ser conclusiva en cuanto a determinar la eficiencia, seguridad y eficacia terapéutica del medicamento. Lo anterior, en atención que el Cuadro Básico constituye un documento de relevancia en materia de salubridad general, porque con él el Estado garantiza que los medicamentos necesarios para atender las enfermedades de la población sean seguros, eficientes y eficaces.

De manera que si las máximas autoridades sanitarias del país no han comprobado la seguridad, eficacia terapéutica y eficiencia de un medicamento, a través del procedimiento relativo a la inclusión en el cuadro básico del sector salud, la opinión de uno o dos médicos especialistas no puede ser concluyente de que ese fármaco es seguro, eficaz y eficiente; por lo que los médicos no pueden sustituir la opinión de los expertos ni el trabajo que realiza el Comité Específico de Medicamentos de la CICBCIS, conforme a los lineamientos indicados en las normas jurídicas que lo rigen.

Resaltó que la negativa de otorgar el citado medicamento no contraviene el derecho a la salud que está protegido a nivel constitucional, porque si este derecho humano implica para el Estado garantizar la disponibilidad de medicamentos que resulten eficientes, seguros y eficaces; entonces, este derecho se protege de igual manera, en sentido negativo, cuando no se suministra un medicamento que no ha comprobado su eficacia, seguridad y eficiencia, porque de lo contrario se estaría poniendo en riesgo la salud de las personas y, de esa manera, violentado el derecho humano a la salud. Es decir, el derecho a la salud significa, entre otras, la obligación del Estado de determinar la lista de medicamentos esenciales para la salud, y garantizar su eficiencia, seguridad y eficacia, así como su existencia permanente y

disponibilidad a la población que los requiera, derivado de lo previsto en el artículo 4, párrafo cuarto, de la Constitución Federal, la *Ley General de Salud* y el Reglamento Interior de la CICBCIS, instrumentos que ordenan incluir los medicamentos que han probado su eficacia.

El derecho humano a la protección de la salud, no implica que una institución del sector salud esté obligada a suministrar cualquier medicamento que le sea solicitado por sus derechohabientes y beneficiarios, ya que la prestación de los servicios básicos de salud debe sujetarse al Cuadro Básico y, por tanto, sólo podrá prescribir y suministrar los que se encuentren incluidos en dicho cuadro, al haber sido previamente verificada su eficiencia, seguridad y eficacia

- *Precedente fundador de línea jurisprudencial*

En el amparo en revisión 2231/97, se reclamó la ausencia de proporcionar los medicamentos esenciales para un adecuado tratamiento del Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), dado que se encuentra infectada con el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH)".

Hechos.- Un quejoso que manifestó padecer hemofilia tipo A, clásica, factor VIII, y con motivo de los tratamientos recibidos en el Instituto Mexicano del Seguro Social, para el padecimiento de hemofilia, fue contagiado en las instalaciones del propio Instituto Mexicano del Seguro Social con el Virus de la Hepatitis C, así como con el Virus de la Inmunodeficiencia Adquirida (VIH), vía amparo solicito se le suministrarán medicamentos que están indicados para tal tipo de enfermedad, y que resultan esenciales para un adecuado tratamiento. Argumentando que recientemente habían sido descubiertos y comercializados diversos medicamentos que, dadas sus ventajas terapéuticas, resultan esenciales para el tratamiento médico de las personas enfermas de SIDA.

La institución adujo que no existe una norma de derecho que obligue a las autoridades responsables a suministrador al quejoso específicamente los medicamentos que pretende y si bien es cierto 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.

Criterio. - La *Ley General de Salud*, establece que el derecho a la protección de la salud tiene, entre otras finalidades, el disfrute de servicios de salud y de

asistencia social que satisfaga las necesidades de la población y entre estos, se encuentran los consistentes en la atención médica y la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud para cuyo efecto habrá un cuadro básico de insumos del sector salud.

Justificación. - El derecho a la salud no se satisface con el suministro de cualquier medicamento, o el otorgamiento de cualquier clase de atención médica, como el derecho de petición no se satisface con cualquier contestación al particular, o como la garantía de motivación tampoco se satisface con cualquier clase de motivación. para que pueda ser considerado que ha sido satisfecho el derecho a la protección a la salud necesariamente se debe proporcionar a los enfermos la mejor alternativa terapéutica, definida como aquella que otorga una mayor calidad y cantidad de vida, y ello acontece así como consecuencia de que el derecho a la protección a la salud presupone para su debido cumplimiento el otorgamiento de medicamentos esenciales para la salud, noción que deriva de la ley reglamentaria de la garantía individual que nos ocupa, en la que se determinan los alcances del derecho a la protección de la salud.

El carácter de medicamento esencial para la salud no queda supeditado al arbitrio de las autoridades responsables o de los particulares, ya que únicamente está determinado por la consecución de los objetivos previstos en la *Ley General de Salud*, consistentes en la mayor prolongación de la vida y en el mejoramiento de la calidad de vida de los enfermos. Esto es, el Tribunal estimó que, para cada clase de enfermo, es medicamento esencial para la salud aquel que tiene una mayor eficacia terapéutica que los restantes medicamentos que pueden ser suministrados al propio enfermo, ya que permite alcanzar la actualización de las dos finalidades del derecho a la protección a la salud.

Destacó que en el ordenamiento jurídico mexicano sí existe una norma de derecho que obliga a las autoridades responsables a suministrar a los enfermos los medicamentos que éstos pretendan, siempre y cuando tales medicamentos produzcan los mayores beneficios terapéuticos posibles para la enfermedad concreta de que se trate, por lo que los gobernados son titulares de un derecho subjetivo que los habilita para recibir en especial determinados medicamentos la mayor eficacia terapéutica, puntualizando que el derecho a la protección a la salud no otorga a los gobernados la prerrogativa de recibir los medicamentos que éstos pretendan de manera arbitraria, pero sí les otorga el derecho a recibir los medicamentos que produzcan los mejores beneficios terapéuticos posibles.

Basó su afirmación a partir de las acciones que encuadran dentro de las actividades de atención médica, principalmente la parte curativa, tiene como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno, y deriva de los preceptos transcritos que se encuentran estatutos como servicios básicos de salud, para efectos del derecho de protección a la salud, la atención médica (que comprende, entre otras, las actividades curativas, que tienen como fin el efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno), así como la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud.

Manifestó para ello que la *Ley General de Salud* establece la elaboración del Cuadro Básico como un instrumento para garantizar los servicios básicos de salud, dentro de los cuales se encuentra la atención médica considerada como el conjunto de recursos que intervienen sistemáticamente para la prevención y curación de las enfermedades que afectan a los individuos, así como de la rehabilitación de los mismos; de lo que deriva que la atención médica comprende la suministración de los medicamentos básicos que correspondan al tratamiento de las enfermedades.

En este entendido, el Tribunal arribó a la conclusión de que en la *Ley General de Salud*, reglamentaria del derecho a la protección de la salud, se encuentra reconocida la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos básicos correspondientes conforme al cuadro básico de insumos del sector salud, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte del sector salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que se encuentra consagrado como garantía individual, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos.

Adicionalmente, refirió por lo que hace al hecho de que no hayan sido incluidos los medicamentos referidos en el Cuadro Básico, que la inclusión o permanencia de medicamentos en el Cuadro Básico de mérito no es potestativo de las autoridades responsables, sino que se debe de seguir todo un procedimiento establecido por la ley para el efecto.

- *Precedentes disruptores de la línea jurisprudencial*

Al respecto, podemos encontrar sentencias disruptivas que conllevaron a un análisis más riguroso en el otorgamiento de medicamentos vía amparo. Ello lo podemos observar en los argumentos efectuados por la Corte al resolver diversos amparos en revisión 349/2014, 350/2014 , 351/2014 , 365/2014 , 921/2014, 932/2014 y 611/2015, en los que analizó la obligación del Instituto Mexicano del Seguro Social de prescribir y suministrar un medicamento huérfano que no estaba incluido en el Cuadro Básico, derivado de la negativa a de la institución a suministrar un medicamento que no se encontraba en el Cuadro Básico y que tenía el carácter de medicamento huérfano.

En dichos precedentes relevantes se concluyó que los quejosos no acreditaron de manera contundente que el medicamento contará con mayor seguridad, eficacia terapéutica y eficiencia y tampoco demostraron que el tratamiento que recibían de las autoridades no haya sido seguro, eficaz y eficiente. Por tanto, se determinó que la negativa de otorgar el citado medicamento no contravino el derecho a la salud, porque si este derecho humano implica para el Estado garantizar la disponibilidad de medicamentos que resulten eficientes, seguros y eficaces, entonces, este derecho se protege de igual manera, en sentido negativo, cuando no se suministra un medicamento que no ha comprobado su eficacia, seguridad y eficiencia, pues de lo contrario se estaría poniendo en riesgo la salud de las personas y, de esa manera, violentado el derecho humano a la salud.

La Segunda Sala determinó que el derecho a la protección de la salud no implica que el Instituto Mexicano de Seguridad Social esté obligado a suministrar cualquier medicamento que le sea solicitado por sus derechohabientes y beneficiarios, ya que la prestación de los servicios básicos de salud debe sujetarse al Cuadro Básico. A lo cual, sólo podrá prescribir y suministrar los que se encuentren incluidos en dicho Cuadro. En tal virtud, concedió el amparo para el efecto de que el Instituto solicitará a la CICBCIS, la posibilidad de incluir el fármaco en el Cuadro Básico una vez seguido el procedimiento correspondiente establecido en la ley, estará en aptitud de decidir sobre su seguridad, eficiencia y eficacia terapéutica.

- *Contradicción de tesis, precedente que define la línea*

A manera de colofón es de suma utilidad lo expuesto en la contradicción de tesis 517/2019 en donde se dilucidarán los alcances de la obligación de las Instituciones de Seguridad Social respecto al suministro de medicamentos que no están previstos en los catálogos oficiales de medicamentos e insumos, así como los

precedentes emitidos sobre ese tema, en los que se han emitido pronunciamientos de fondo en relación con el derecho a la protección de la salud, reconocido en el artículo 4o., cuarto párrafo, de la Constitución Federal, exponiendo diversos precedentes, de los cuales ya hemos dado cuenta, en los que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que el Estado se encuentra obligado a prestar el servicio básico de salud consistente en la atención médica integral, dentro de la cual se incluye la obligación de suministrar los medicamentos básicos para el tratamiento correspondiente y que la no inclusión de un medicamento en los cuadros o compendios oficiales de medicamentos no es un obstáculo insuperable, para que las instituciones públicas proporcionen los tratamientos adecuados en cada caso.

Es importante mencionar que, dentro de esta línea de tratamiento oportuno y acceso a medicamentos, existe una derivación muy particular respecto a las personas privadas de la libertad, que por motivos de espacio no podremos profundizar, dejando este punto para un análisis futuro de la forma en cómo se cumplen estas obligaciones.

Sin embargo, destaca el criterio respecto a que la protección que el Estado está obligado a garantizar en relación con el derecho humano a la salud, se maximiza cuando se trata de grupos vulnerables de la sociedad, como son aquellos integrados por personas reclusas en centros de readaptación social, en tanto que carecen de medios propios para acudir libremente a los servicios médicos públicos o particulares para atender sus padecimientos; de ahí que en ese aspecto, como en otros, dependen absolutamente de las autoridades penitenciarias, quienes deben contar con instalaciones médicas adecuadas y prestar el servicio en coordinación permanente y eficaz con el sistema de salud pública; además, contar con un dentista especializado.”⁵²⁶

- *Precedente relevante*

Finalmente, en esta amplia línea jurisprudencial, encontramos otro precedente relacionado con el suministro de medicamentos y el tratamiento oportuno, siendo el recurso de revisión 57/2019, que si bien no estableció criterios jurisprudenciales, la misma por su argumentación es sobresaliente en la protección del derecho a la salud, por lo que refiere a distintas consideraciones sobre la investigación en salud y los efectos en los que se emitió la resolución,

⁵²⁶ Amparo en revisión 133/2017 del cual derivó la tesis DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. FORMA DE OBTENER SU EJERCICIO PLENO, TRATÁNDOSE DE PERSONAS RECLUSAS EN LOS CENTROS DE REINSERCIÓN SOCIAL.

particularmente la obligación de emitir la reglamentación respectiva, aunado a su vasto nicho citacional. Por lo que se considera un *precedente relevante*.

En este sentido, podemos observar cómo se configura un vasto nicho citacional, mayormente en el Amparo en Revisión 57/2019, en donde se recogen los fallos más interesantes en estos 25 años, desde lo estatuido en 1997 hasta el referido amparo en revisión 378/2014, pasando por resoluciones que sentaron en su conjunto una gran cantidad de precedentes como son el Amparo directo civil 6/2008, el Amparo en revisión 173/2008, el Amparo en revisión 315/2010, el Amparo en revisión 117/2002 y las Jurisprudencias 1a./J. 10/2019 y Jurisprudencia 1a./J. 8/2019.

Hechos. - La resolución tuvo su origen en la demanda de amparo presentada por los padres de un menor de edad que reclamó la falta de cumplimiento por parte de la Secretaría de Salud al mandato legal de armonizar los reglamentos y normatividad en el uso terapéutico del tetrahidrocannabinol, por considerarla una omisión reglamentaria.

En ese caso, el menor de edad quejoso era derechohabiente del Instituto Mexicano del Seguro Social, donde se le proporcionó tratamiento a su padecimiento, y de manera alterna un neurólogo pediatra, ajeno a esa Institución, prescribió una preparación que tenía tetrahidrocannabinol.

Aunque el quejoso tenía atención médica en el Instituto de Seguridad Social, ese organismo no recetó el medicamento prescrito por el neurólogo pediatra que lo atendía de manera externa a ese Instituto, porque no se encontraba dentro del cuadro básico de esa institución, y aunque lo hubiera solicitado, derivado de la falta de normativa relacionada con el uso terapéutico de la cannabis y sus derivados, en ese momento el fármaco con esa sustancia no se podía comercializar o adquirir en el mercado nacional.

Criterio. - La posibilidad de disfrutar de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud, se puede lograr mediante un conjunto de mecanismos sociales, tales como: normas, instituciones y un entorno propicio. Dichas facilidades, bienes y servicios necesarios pueden consistir, por ejemplo: en la atención en salud, citas médicas, tratamientos, cirugías, procedimientos, medicamentos, exámenes, cuidados, servicios preventivos y terapias, mismas que deben prestarse con calidad, oportunidad, sensibilidad con el sufrimiento y de disponibilidad de información. De manera que el derecho a la salud debe ser entendido en sentido amplio, puesto que no sólo

comprende la posibilidad de contar con atención médica en caso de enfermedad, sino también otro tipo de condiciones.

Justificación. - La Segunda Sala analizó la obligación de suministrar medicamentos esenciales, y al respecto sostuvo que las personas tienen derecho a recibir medicamentos, sin importar que éstos sean de reciente descubrimiento, ya que la medicina que se debe poner a disposición del paciente es aquella que ofrezca un mejor resultado para su padecimiento o dolencia, es decir, la que tenga mayor eficacia para lograr el más alto nivel posible de salud.

En esta determinación hizo alusión a los amparos en revisión 220/2008 y 350/2014, a través de los cuales, la Corte estimó que este derecho, reconocido a nivel constitucional, se traduce en la obligación para el Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios médicos con el objeto de proteger, promover y respetar la salud, de manera preventiva, curativa, de rehabilitación o paliativa, a fin de conseguir su bienestar físico y mental, para así contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades y la prolongación y mejoramiento de la calidad de vida. Y sostuvo que en el amparo en revisión 378/2014⁵²⁷, se debía considerar al derecho a la protección de la salud como un derecho complejo que despliega una amplia serie de posiciones jurídicas fundamentales para los particulares y para el Estado, en el entendido de que la protección de la salud y el desarrollo de los correspondientes sistemas sanitarios asistenciales es una de las tareas fundamentales de los Estados democráticos contemporáneos y representa una de las claves del estado de bienestar.

Determinó que el Estado tiene la obligación de proveer los insumos y medicamentos necesarios esenciales (los que brinden los mayores beneficios) para la salud, no importa si los mismos son costosos, ya que el componente activo seleccionado para incluir un medicamento en el cuadro básico debe ser en cantidad y calidad comprobada para otorgar un mejor bienestar al paciente. Y, en suma, estableció que el Estado debe proporcionar a las personas que soliciten aquellos medicamentos que curen o alivien la enfermedad, incluyendo los de reciente descubrimiento, siempre y cuando su calidad y cantidad haya sido científicamente respaldada para otorgar un mejor bienestar al paciente y hayan sido prescritos por médicos calificados.

⁵²⁷ Es de resaltar en la construcción de la línea jurisprudencial en todas las materias de salud y los criterios en torno a este derecho fundamental, sin embargo, el estudio de la Suprema Corte fue sobre el desarrollo a la libre personalidad, por lo que no se toma como piedra angular de esta línea jurisprudencial y por ende no se entrará a su estudio.

Concluyendo que ante la inexistencia de una regulación específica y detallada en materia del uso de cannabis y sus derivados, se está limitando la posibilidad de que el quejoso tuviera acceso a medicamentos que, tras su investigación y aprobación científica, pudieran ofrecer una mayor eficacia y, por tanto, un mejor resultado para controlar sus padecimientos.

Por tal motivo, ante la ausencia de reglamentación, el Tribunal concluyó que la Secretaría de Salud, como órgano del Estado mexicano, al omitir dar cumplimiento al mandato de reglamentación, tampoco observó sus obligaciones en materia de derechos humanos al dejar de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la salud del quejoso.

Resaltó que, en el caso de un tratamiento antirretroviral, se debe suministrar el mismo a los quejosos de forma ininterrumpida.

Comentario.- Lo anterior nos muestra como los tribunales han sido muy proactivos en el desarrollo de esta vertiente de la salud, enfatizando en las potestades que tienen los sujetos en la prestación de servicios de atención médica, tal y como es el derecho a que se le suministren medicamentos esenciales para su tratamiento y que éste sea oportuno y constante, garantizando en todo momento la protección a la salud de las personas, ya sea a través de la regulación sanitaria de los servicios o de los insumos necesarios para dicha atención.

La cuestión recurrente que ha sido analizada es si la disponibilidad de medicamentos y otros insumos para la salud está limitada absolutamente por los compendios o catálogos antes referidos; si no es así, cuál es el alcance y los términos en que dichas Instituciones se encuentran obligadas a dar cumplimiento a la obligación de otorgar medicamentos esenciales para la salud.

Estos precedentes nos permiten dar cuenta que en el Poder Judicial se está haciendo todo lo posible por que las autoridades responsables cumplan con sus obligaciones, que se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población, en aras de un cierto grado de bienestar.

Es cierto que no podemos anticiparnos a que en todos los casos en que se reclame a una Institución de Seguridad Social la omisión de proporcionar un medicamento no incluido en el Cuadro Básico, se otorgará la protección constitucional para que se suministre el medicamento porque haya sido recetado o prescrito por un especialista de la salud ajeno a dichas instituciones. Sin embargo,

sí es incontrovertible que toda persona tiene derecho a recibir la atención médica integral, que incluye un tratamiento adecuado que incluye el suministro de medicamentos de calidad, y con pleno respeto a los derechos que le asisten como usuario de los servicios de salud, como es el derecho al consentimiento informado.

En cada caso, se deberá analizar con certeza si el medicamento solicitado en la demanda de amparo consiste en el tratamiento adecuado para el quejoso, sin olvidar que el juzgador no es perito en medicina para evaluar o modificar la prescripción del médico tratante, de manera que su determinación únicamente puede encauzar provisionalmente las medidas adecuadas y urgentes para la protección de la salud de los quejosos, sin que pueda sustituirse en el ámbito técnico de decisión que corresponde a los médicos tratantes y a la Institución responsable, puesto que aún y cuando medie la urgencia en el caso, no puede constituir ésta una razón para que el juzgador ordene, de manera inmediata y sin verificación técnica alguna, el suministro del medicamento solicitado, con lo cual también puede poner en riesgo la salud del paciente. Más bien, esta situación exige cautela y que se dicten las medidas apropiadas en interés de la salud del quejoso y para que se garantice el mejor medicamento para su padecimiento, con la debida supervisión médica.

De no satisfacerse la verificación de la existencia del registro sanitario exigido por la ley, así como la evaluación previa y confiable de los médicos de la Institución responsable, resulta claro que el Juez no puede sustituir la valoración médica y ordenar directamente en la suspensión provisional el suministro o aplicación del medicamento en cuestión. Por tanto, el Juzgador debe proveer que la autoridad responsable demuestre que ha adoptado todas las medidas adecuadas para garantizar la atención médica integral de los quejosos, en la que se garanticen los derechos que asisten al quejoso en su calidad de usuario de los servicios de salud.

Esta garantía debe entenderse de que, si el medicamento está previsto en el catálogo de insumos vigente, o por la normativa aplicable a la Institución de Seguridad Social, y resulta ser el adecuado para el tratamiento del quejoso, la autoridad deberá demostrar que el medicamento ya fue suministrado, o bien que ha adoptado todas las medidas necesarias para proporcionarlo.

En tal virtud, los médicos de la Institución responsable, de inmediato, deberán revisar la solicitud del quejoso y certifiquen si el medicamento es el de mayor eficacia terapéutica, seguridad y eficiencia para el padecimiento del quejoso, comparado con otras alternativas que sí están incluidas en el Cuadro Básico o

Compendio Nacional de Insumos para la Salud o en sus propios catálogos institucionales, y si la conclusión de ese análisis es que el medicamento solicitado es el mejor tratamiento para el paciente-quejoso, la Institución debe otorgarlo de inmediato, y para ello debe realizar los trámites correspondientes; de no ser así, comunicará su dictamen al paciente para que éste decida, de manera informada, sobre su tratamiento.

Estos precedentes muestran la diversidad de supuestos fácticos que pueden presentarse en torno a la no inclusión de un medicamento en el Cuadro Básico de Medicamentos e Insumos, los cuales han determinado las medidas de restitución que se han dictado en cada caso concreto. También se advierte que es posible que la negativa de la autoridad se refiera a un medicamento que sí este previsto en dichos catálogos. No obstante, a pesar de esa diversidad, en todos esos precedentes se ha sostenido que la no inclusión de un medicamento en los cuadros o compendios oficiales de medicamentos no es un obstáculo insuperable para que las Instituciones públicas lo proporcionen, pero esa uniformidad no lleva a concluir que siempre la reparación del derecho a la salud debe consistir en que se suministre el medicamento que se solicitó en la demanda de amparo.

Por otra parte, tampoco a decir de lo expresado por el Poder Judicial puede afirmarse que exista un derecho absoluto e incondicionado a recibir del Estado cualquier medicamento que se le solicite, con la sola justificación de la receta expedida por un médico especialista, toda vez que de acuerdo con las exigencias del derecho a la protección de la salud se advierte que el Estado se encuentra obligado a prestar servicios de salud que cumplan con los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, pero de ellos no se desprende que esos servicios de salud puedan desvincularse, de manera que el Estado se encuentre obligado a suministrar cualquier medicamento que le sea solicitado, al margen de la atención de salud que se encuentra obligado a proporcionar para garantizar ese derecho humano.

Ahora bien, destaca en esta línea jurisprudencial que la falta de inclusión de un medicamento en el Cuadro Básico no basta para justificar la negativa de la Institución de Seguridad Social para otorgar el medicamento solicitado como parte del tratamiento que está obligada a prestar, pero la sola prescripción del medicamento por un especialista, ajeno a las Instituciones públicas, tampoco es suficiente para vincular al Estado a suministrar un medicamento que no se encuentra incluido en ese catálogo.

Empero, tampoco no puede anticiparse que en todos los casos en que se reclame la omisión de proporcionar un medicamento no incluido en el Cuadro Básico se otorgará la protección constitucional para que se suministre el medicamento porque haya sido recetado o prescrito por un especialista de la salud ajeno a dichas instituciones. Sin embargo, sí es incontrovertible que toda persona tiene derecho a recibir la atención médica integral, que incluye un tratamiento adecuado que incluye el suministro de medicamentos de calidad, y con pleno respeto a los derechos que le asisten como usuario de los servicios de salud, como es el derecho al consentimiento informado.

Cabe precisar que si bien es cierto el juzgador de amparo goza de amplias facultades para valorar las documentales que le son exhibidas, en la determinación de la suspensión provisional no es posible determinar con certeza si el medicamento solicitado en la demanda de amparo consiste en el tratamiento adecuado para el quejoso, en tanto que aún no se han requerido los informes de las autoridades responsables. No obstante, no debe perderse de vista que el juzgador no es perito en medicina para evaluar o modificar la prescripción del médico tratante, de manera que su determinación únicamente puede encauzar provisionalmente las medidas adecuadas y urgentes para la protección de la salud de los pacientes, sin que pueda sustituirse en el ámbito técnico de decisión que corresponde a los médicos tratantes y a la Institución responsable. Por lo que, no podría ordenarse el otorgamiento de un medicamento respecto del cual no se ha demostrado que cuenta con el registro sanitario exigido por la *Ley General de Salud* y que corresponde otorgarlo a la COFEPRIS.

Aquí podemos observar la interrelación entre las líneas en materia de insumos para la salud, en particular este deber de la autoridad de garantizar medicamentos de calidad, al amparo de que se compruebe por la autoridad sanitaria competente la seguridad y eficacia de los mismos bajo estándares rigurosos basados en la evidencia científica que trae tras de sí una serie de investigaciones.

Se colige que esas medidas de garantía deben entenderse con la salvedad de que, si el medicamento está previsto en el catálogo de insumos vigente, resulta ser el adecuado para el tratamiento del quejoso, la autoridad deberá demostrar que el medicamento ya fue suministrado, o bien que ha adoptado todas las medidas necesarias para proporcionarlo. Y con el fin de dictar la suspensión provisional, el juzgador federal deberá verificar si en la demanda se justificó que el medicamento cuenta con el registro sanitario correspondiente. De no ser así, podrá ordenar que el secretario certifique si en los sitios oficiales de Internet de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios obra tal registro. De no existir

información confiable al respecto, tal verificación corresponderá realizarla a la autoridad responsable. Con la condición de que esté demostrado que el medicamento cuenta con el registro sanitario que exige la *Ley General de Salud*.

Lo anterior, tomando en cuenta la urgencia de la medida y que el quejoso tiene derecho a recibir los medicamentos de calidad que sean necesarios para su padecimiento, como parte de la atención médica integral que se encuentra obligada a otorgar la Institución de seguridad social, como efecto de la suspensión provisional se debe ordenar las medidas que se especifican en esta decisión, las cuales tienden a verificar la existencia del registro sanitario exigido por la ley, así como la evaluación previa y confiable de los médicos de la Institución responsable, ya que sin esos elementos determinantes el Juzgador no puede sustituirse en la valoración médica y ordenar directamente en la suspensión provisional el suministro o aplicación del medicamento en cuestión.

Comparto la conclusión del Tribunal en el amparo 57/2019, que cita “las personas tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de bienestar general; sin embargo, ese disfrute no es algo que se consiga como una derivación automática del desarrollo de la ciencia médica, sino que es necesario establecer una serie de dispositivos e instituciones para hacerlo realidad. De ahí la importancia de que las autoridades, entre otras cuestiones, emitan la regulación correspondiente.”

Se advierte que la falta de inclusión de un medicamento en el Cuadro Básico depende de múltiples razones técnicas, que sólo pudieron ser evaluadas debidamente al emitirse la sentencia definitiva del amparo. Por ejemplo, en algunos casos se abordó la necesidad de otorgar un medicamento que, en el momento en que se emitió el fallo, tenía el carácter de novedoso para el tratamiento del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida; en otro grupo de amparos en revisión se analizó la pertinencia de proporcionar un medicamento huérfano respecto del cual se alegaban probables riesgos para la salud de los pacientes; y en otro caso el registro sanitario del medicamento para garantizar su seguridad, calidad y eficacia y derivado de ello, garantizar la calidad de los insumos que el Estado debe observar.

Es a partir de las consideraciones anteriores que podemos concluir que la debida protección del derecho a la salud conlleva la prestación de los servicios necesarios para su protección integral y que, como parte de esta prestación integral, se incluye al suministro de medicamentos.

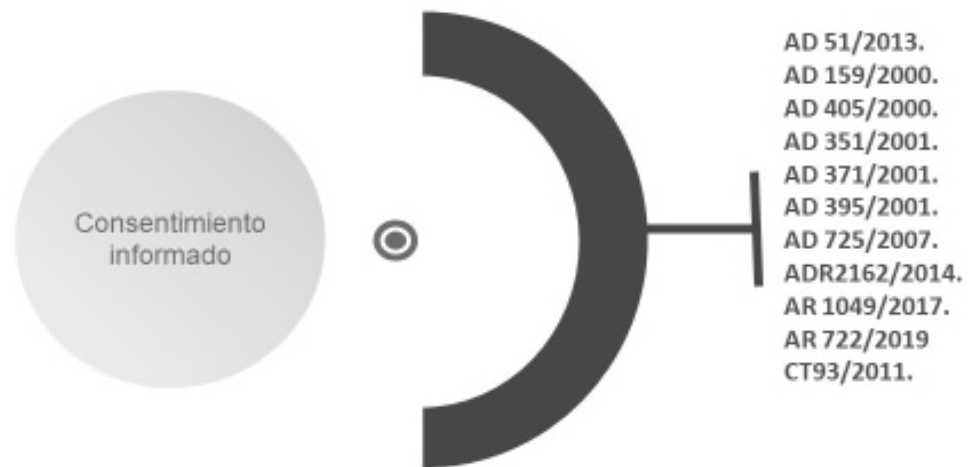
Si bien no lo expresa en su resolución el juez, es muy importante esta interrelación entre el derecho a medicamentos como parte de la prestación de

servicios de atención médica, pero bajo un estricto control y regulación sanitaria de estos insumos para la salud, por lo que más allá de resolver sobre la procedencia de suministrar o no un medicamento por ser esencial en el tratamiento, es imperioso corroborar la seguridad, calidad y eficacia que el mismo proporcione al paciente y sobre todo que esté basado en evidencia científica, lo cual no puede determinarse por el Tribunal, sino que el diagnóstico y tratamiento se encuentre avalado por un especialista de la salud.

Podemos afirmar entonces que las dimensiones de la salud, se entrelazan para lograr el más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, siempre con un enfoque de salvaguardar las dimensiones de este bien jurídico, tanto en lo individual como en lo colectivo.

4.1.2 La línea jurisprudencial en materia de consentimiento informado

1. El derecho a la salud y la atención médica



En lo que refiere a las líneas jurisprudenciales en materia de salud que ha venido construyendo el Poder Judicial, en la dimensión de atención médica, adicional al suministro de medicamentos y tratamiento oportuno al igual que la responsabilidad médico sanitaria que involucra, destaca la relacionada con el derecho que tienen los pacientes al consentimiento informado, como parte de la prestación de estos servicios, al determinar la *Ley General de Salud* que los usuarios tendrán derecho a recibir información suficiente, clara, oportuna, y veraz, así como la orientación que sea necesaria respecto de su salud y sobre los riesgos

y alternativas de los procedimientos, diagnósticos terapéuticos y quirúrgicos que se le indiquen o apliquen.

Dentro de las muchas aristas que rodean a este derecho humano, la *Ley General de Salud* prevé disposiciones que son de orden público e interés social para protegerlo en todas sus dimensiones; una de ellas es el consentimiento informado, hipótesis que será motivo de análisis en este asunto, por lo que resulta necesario concretar el contenido y alcance de esta figura.

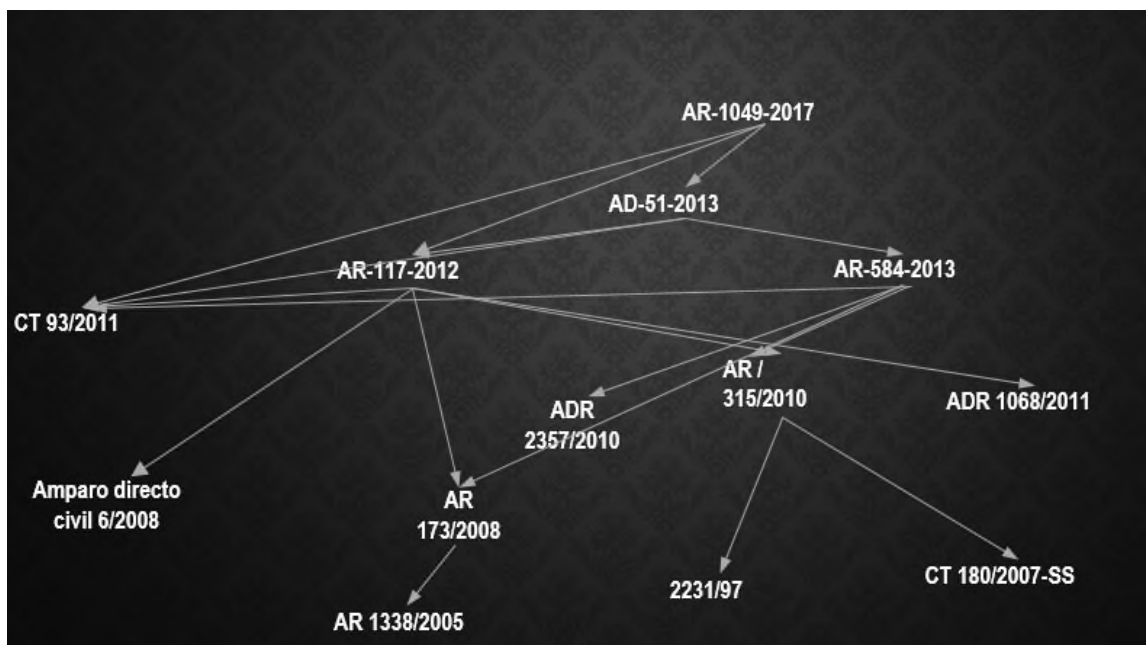
Las consideraciones que se exponen tienen una intrínseca relación con la interpretación del derecho a la salud, en específico, sobre la prestación de servicios de atención médica y el tema que comporta el consentimiento informado del enfermo, a partir de la satisfacción de los requisitos del mismo, en la relación entre un médico y su paciente.

El problema jurídico a dilucidar consiste en determinar ¿cuál es el papel que desempeña el consentimiento informado en el respeto, protección y ejercicio del derecho humano a la salud? y, en caso de no satisfacerse con todos sus componentes o requisitos, ¿cuáles son sus implicaciones?

La cuestión propiamente constitucional se encuentra acreditada mediante un criterio de interpretación positivo, en la medida de que en las sentencias expuestas el Poder Judicial realizó una interpretación del artículo 4° constitucional, referente al tema del consentimiento informado desde la perspectiva del derecho a la salud.

Con la finalidad de revisar esta línea jurisprudencial que está estrechamente relacionada con el tema de responsabilidad médica, procedemos a analizar algunos precedentes relevantes que son la referencia para construir dicha línea jurisprudencial, tal y como lo es caso del amparo en revisión 1049/2017 que es nuestro punto de referencia para este tema que es fundamental en la prestación de servicios de atención médica como una dimensión más del derecho a la salud y sobre todo por generar diversos criterios en relación al consentimiento informado, pero sobre todo en supuestos de excepción de urgencia en donde se vea comprometida la salud de menores de edad, a partir del interés superior, en tanto que el amparo directo 51/2013, si bien se trata del mismo tema del consentimiento informado, este precedente se contempla particularidades distintas, porque habrá de vincular esta figura con la responsabilidad médica, así como amparo en revisión 2162/2014, en el que se consolida la relación médico-paciente, sobre este doble deber. Y finalmente se exponen algunas consideraciones de la contradicción de tesis 93/2011, que, si bien no trataron de fondo la figura del consentimiento, si se

generaron precedentes importantes al respecto, al ahondar sobre el tema de la relación entre el consentimiento informado y la responsabilidad médica.



La presente tabla refleja las interconexiones que se dan entre la sentencia hito y su nicho citacional y a su vez los nichos de éstas, precedentes en los que el Poder Judicial ha abordado el problema de la satisfacción del derecho a la salud en su componente de atención médica y en particular los problemas relativos a la obtención del consentimiento informado y las formas para que se considere como válido, teniendo una doble función, la de informar al paciente sobre el propio diagnóstico, tratamiento y/o procedimiento, así como de las implicaciones, efectos o consecuencias que pudiera traer a su salud, integridad física o vida y a su vez éste de autorizar la intervención.

- *Sentencia hito*

Al respecto, habrá que considerar lo expuesto en la sentencia 1049/2017 que se constituye para la construcción de esta línea jurisprudencial en materia de consentimiento informado como la *sentencia hito* al contar con los elementos planteados por López Medina en cuanto a que la misma en este rubro es la que sea lo más reciente posible, y tiene el mismo patrón fáctico con relación a la obligación de recabar el consentimiento informado, aunado a que se encuadra en una de las dimensiones que configuran el derecho a la salud, siendo ésta la de la atención médica.

Hechos. - Una niña de seis años con leucemia ingresó a un hospital en condiciones de urgencia, ante tal condición, los médicos indicaron que la menor requería urgentemente de transfusiones sanguíneas; sin embargo, los padres de la menor se opusieron debido a sus creencias religiosas. La anterior negativa, derivó

en la intervención de la Subprocuraduría para efectuar un procedimiento de tutela y asumir la facultad provisional de autorizar transfusiones sanguíneas.

Ante tal injerencia, la madre de la menor reclamó que la Subprocuraduría desplazó de forma injustificada su derecho a decidir libremente sobre la salud de su hija, con base en sus creencias religiosas, cuestionando las decisiones que se han tomado sobre la salud de su hija.

Criterio. - Los padres gozan con un ámbito de autonomía muy amplio para tomar numerosas decisiones por sus hijos –a qué escuela van acudir, en dónde deciden vivir, qué valores inculcar y qué religión enseñarles–, y autonomía para sopesar diversas razones y elegir lo que estimen mejor para ellos sin intervenciones externas. En ese sentido, se presume que son los más aptos para decidir lo que resulte más favorable para las niñas y niños a su cargo. Sin embargo, el interés superior del menor es una consideración prevalente tratándose de decisiones que son críticas para el futuro o bienestar de un menor, como aquellas relacionadas con su derecho a la salud y a la vida. Así, el derecho de los padres a tomar esas decisiones sin interferencias, encuentra su límite en la salud y la vida del menor.

Asimismo, la Corte determinó que los progenitores de un menor de edad tienen derecho a conocer, comprender y postular un tratamiento alternativo al indicado en ejercicio de su derecho al consentimiento informado, mismo que deberá ser considerado cuidadosamente por los médicos con objeto de determinar si cuenta con una eficacia similar o comparable a la del tratamiento idóneo.

Así, considera la Sala –si la situación médica del menor lo permite–, los progenitores pueden solicitar que se les informe de las alternativas médicas disponibles, y el personal sanitario las debe exponer detalladamente, intentando que aquéllos comprendan cabalmente sus alcances. Es decir, los médicos deben proveer a los padres con suficiente información de un modo que les permita ponderar efectivamente las ventajas y los inconvenientes de diversos procedimientos, a efecto de elegir aquel que mejor convenga a los intereses del menor.

Empero, si no existe un procedimiento alternativo similar o de eficacia comparable al tratamiento indicado por la *lex artis* médica, y los padres insisten en su objeción, el Estado podrá asumir la tutela del niño con la finalidad de autorizar que el menor reciba aquel tratamiento que cuenta con una capacidad científicamente comprobada para salvar su vida.

Los médicos deben proveer a los padres con suficiente información de modo que les permita ponderar efectivamente las ventajas y los inconvenientes de diversos procedimientos, para elegir el que mejor convenga a los intereses del menor. Y en el supuesto de que los médicos adviertan un riesgo para la vida del menor, tienen la obligación de hacerlo del conocimiento de las autoridades de protección de menores, lo cual ocurre si los padres pretenden impedir que se aplique el tratamiento más apto para salvar su vida, y pugnan por un tratamiento que es inferior conforme a la *lex artis* médica. Sin perjuicio de lo anterior, en presencia de una situación urgente, puede ser indispensable que el médico tratante intervenga sin el consentimiento con la finalidad de preservar la vida del menor.

Adicionalmente, señala el Tribunal las entidades públicas deben respetar ciertos lineamientos al intervenir en la autonomía familiar y decidir si asumen la protección provisional del menor. Y la tutela que ejercen las entidades públicas es la medida provisional o transitoria para proteger los derechos e intereses de los menores cuando se coloquen en riesgo; así, a partir de la denuncia del personal médico, las autoridades de protección a la infancia deberán realizar las actuaciones que estimen necesarias para asegurarse de la existencia o no de la vulneración o restricción a sus derechos, pudiendo tomar la representación en suplencia de los menores involucrados y dictar las medidas provisionales necesarias basadas en el interés superior del menor para salvaguardar su salud, de forma provisional e inmediata.

Justificación. – Los padres no pueden objetar por razones religiosas un tratamiento médico necesario para salvaguardar la vida de su hijo menor de edad. Con todo, como se explicó, no puede presumirse que los padres desean colocar deliberadamente en riesgo a su hija o hijo, o que pretenden lesionar sus derechos. En este contexto, tanto el menor como la familia se encuentran en una situación de vulnerabilidad, por lo que, con el objetivo de procurar la unidad y estabilidad familiar, así como proteger los derechos de los padres y del niño, es preciso aproximarse a estos casos bajo el parámetro de que el interés superior del niño debe ser el centro de todas las decisiones que afecten su salud.

Así las cosas, el Tribunal manifestó que los padres tienen derecho a que se recabe su consentimiento para decidir qué tratamientos o intervenciones médicas se realizarán a sus hijos. Es importante que los padres sean adecuadamente informados sobre los beneficios y los riesgos del tratamiento médico.

Con todo, en situaciones de emergencia el médico puede actuar sin requerir el consentimiento informado de los padres, siempre actuando bajo el mayor grado

de diligencia. De esta forma, en casos de emergencia el médico siempre debe aplicar el mejor tratamiento disponible dadas las posibilidades materiales.

Ahora bien, tratándose de situaciones en las que no exista urgencia, si los padres objetan una intervención que los médicos consideran necesaria para recuperar la salud del menor de edad, las autoridades deberán intentar tener un diálogo incluyente y comprensivo con los progenitores. En ese sentido, es importante que las autoridades mantengan una mentalidad abierta y que los padres participen en el debate al tomar decisiones médicas para entender sus razones, argumentos, preocupaciones y deseos.

Cuando la situación médica del menor lo permita, los padres pueden ofrecer un tratamiento alternativo al indicado en ejercicio de su derecho al consentimiento informado, mismo que deberá ser considerado tomando en cuenta que debe contar con una eficacia similar o comparable a la del tratamiento tradicional. En esa medida, los padres deben mostrar con bases empíricas que el tratamiento alternativo tiene un nivel de eficacia similar o comparable al propuesto, o bien que los riesgos del tratamiento indicado son seriamente desproporcionales. Si no existe un tratamiento alternativo similar o comparable al tratamiento habitualmente indicado y los padres insisten en su objeción, el Estado podrá asumir la tutela del niño.

Para asumir la tutela el Estado debe constatar que existe suficiente información sobre el estado de salud del menor que acredite fehacientemente el padecimiento. Además, los médicos que indiquen el tratamiento propuesto deben ser expertos en el padecimiento, ya que en principio se asume que son quienes poseen mayores nociones sobre qué técnicas o medicamentos son los adecuados para tratar determinada afectación a la salud. Tutela que es limitada al fin, transitoria y proporcional.

El Estado debe garantizar que los padres estén debidamente informados en los tratamientos médicos que recibirán sus hijos, pues son ellos quienes deben otorgar el consentimiento de la realización de dichos procedimientos. Aunque en casos de urgencia en los cuales sí es posible recabar el consentimiento a pesar de que se presenta una situación crítica y que requiere de una decisión pronta. En estos casos, si los padres de un menor se niegan al tratamiento indicado para salvar la vida de una niña o niño, el Estado debe intervenir de manera precautoria y provisional para salvaguardar los derechos del menor.

- *Sentencia consolidadora de línea*

Por lo que refiere al amparo directo 51/2013 a partir del cual también se produjeron diversos criterios jurisprudenciales, dicha determinación se considera como una *sentencia consolidadora de línea y a su vez como una sentencia paradigmática* muy relevante para esta línea ya que retoma algunos precedentes importantes para la consolidación del consentimiento informado.⁵²⁸

Hechos. - Durante la prestación de servicios de atención médica, se informó a la familia del paciente de los sucesos ocurridos en el área de imagenología, de los procedimientos que se tuvieron que efectuar para salvarle la vida a su familiar ante la presencia de un neumotórax tardío y un paro cardiorrespiratorio, así como del estado de gravedad del paciente. Sin embargo, se adujo en amparo por los quejosos que no existió este ulterior consentimiento informado ni para practicar la intubación y cateterismo ni para las maniobras de tratamiento del neumotórax.

Criterio. - El consentimiento informado es un requisito que se desprende legalmente de la Ley General de Salud y consiste en el derecho del paciente de otorgar o no su consentimiento válidamente informado en la realización de tratamientos o procedimientos médicos como consecuencia necesaria o explicitación de los derechos a la vida, integridad física y libertad de conciencia.

El profesionista médico tiene una obligación de aportar al paciente todos los elementos necesarios para que éste tome una decisión libre e informada sobre su tratamiento o ausencia del mismo, lo cual tiene sustento directo en el respeto y protección de los derechos a la integridad corporal, salud, conciencia, intimidad y vida de todo paciente.

Ahora bien, el *Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica* prevé que cuando concorra un caso de urgencia o el paciente se encuentre en un estado de incapacidad transitoria o permanente y no sea posible obtener la autorización de su familiar más cercano, tutor o representante para los tratamientos o procedimientos médico-quirúrgicos necesarios, los médicos de que se trate, previa valoración del caso y con el acuerdo de dos de ellos, realizarán el tratamiento o procedimiento que se requiera, dejando constancia por escrito en el expediente clínico de dicho actuar.

⁵²⁸ En este amparo se retoman consideraciones de la contradicción de tesis 93/2011 y parte del análisis efectuado en el amparo en revisión 584/2013 y de manera general premisas sobre el derecho a la salud consignadas en el amparo en revisión 117/2012.

En ese sentido, aun cuando pudiera parecer que es un contrasentido que ese estado de urgencia sea una excepción a la concurrencia de un consentimiento informado expreso para efectuar un acto médico que entrañe un alto riesgo para el paciente, pues precisamente la respectiva autorización es la forma en que el sistema jurídico respeta la libertad de esa persona para decidir sobre su propio cuerpo, lo cierto es que el propio sistema jurídico realiza una ponderación entre la voluntad del paciente y las obligaciones que tiene todo personal médico-sanitario de emprender las acciones necesarias para respetar y proteger el derecho a la salud, la integridad y/o vida de una persona.

Así, el caso de urgencia que justifica el acto médico a pesar de la ausencia de consentimiento del paciente, es la forma en que el ordenamiento jurídico reconcilia ambos valores, preponderando la protección de la salud, pero sujetando consecuentemente al médico o diverso profesional médico-sanitario a un estándar más alto para acreditar su debida diligencia médica: tendrá que demostrar que esa actuación era imperiosa para la protección de la integridad o vida del paciente y deberá hacerlo en acuerdo con otro profesional médico, asentando sus razones para acreditar el estado de urgencia y detallando toda información relevante en el expediente clínico, bajo su más estricta responsabilidad.

Por tanto, el acto médico que involucre un alto riesgo al paciente que fue realizado sin acreditarse un caso de urgencia o sin recabarse el debido consentimiento informado, se reputará como una negligencia médica por transgresión a la *lex artis ad hoc*, si se tiene por satisfecho el resto de los elementos de la acción: la existencia de un daño y que tal acto negligente originó o fue un factor determinante en su producción.

Justificación. - El Tribunal argumentó que, si bien en el expediente médico no constaba el consentimiento informado del paciente o de sus familiares, supuesto que la parte quejosa alega como ilegal; sin embargo, tal situación no provoca una conducta culposa en la atención médica, pues cae dentro de los supuestos de excepción que prevé la normatividad aplicable.

El Tribunal estimó que el consentimiento informado cumple una doble finalidad: por un lado, es la autorización de una persona para someterse a procedimientos o tratamientos médicos que pueden incidir en su integridad física, salud, vida o libertad de conciencia y, por otro lado, es una forma de cumplimiento por parte de los médicos del deber de informar al paciente sobre el propio diagnóstico, tratamiento y/o procedimiento, así como de las implicaciones, efectos o consecuencias que pudiera traer a su salud, integridad física o vida.

La Ley General de Salud y el *Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica*, señalan que deberá recabarse al ingreso de una persona a un hospital su autorización para practicar los procedimientos médico-quirúrgicos para su debida atención como usuario de ese servicio de salud. No obstante, no es absoluto, dado que tal consentimiento informado inicial no conlleva a una autorización generalizada de cualquier procedimiento o tratamiento médico; por el contrario, se deberá recabar a su vez una autorización previa a cada procedimiento que entrañe un alto riesgo para el paciente.⁵²⁹

La Sala advirtió que su ámbito de aplicación requiere, en primer lugar, que cuando el paciente se encuentre en un estado de incapacidad y las circunstancias fácticas lo permitan, se deberá de recabar de manera forzosa la autorización para el respectivo tratamiento o procedimiento por parte de su familiar más cercano, tutor o representante; no obstante, cuando tales personas no se encuentren en el hospital y/o el tratamiento o procedimiento del padecimiento del paciente sea de un carácter urgente (estado de necesidad) que si se aguarda la aludida autorización conllevaría a una afectación grave o irreversible a la integridad física, salud o vida del paciente, entonces dicho tratamiento o procedimiento podrá ser efectuado bajo el acuerdo de dos médicos (en el caso de que físicamente existan en ese lugar, pues hay servicios de salud en el país donde no están asignados dos médicos) y ante su más estricta responsabilidad, con el condicionamiento de que se asiente la valoración del caso y toda la información pertinente en el expediente clínico.

Así, el caso de urgencia que justifica el acto médico a pesar de la ausencia de consentimiento del paciente, es la forma que el ordenamiento jurídico reconcilia ambos valores, preponderando la protección de la salud, pero sujetando consecuentemente al médico o diverso profesional médico-sanitario a un estándar más alto para acreditar su debida diligencia médica: tendrá que demostrar que tal actuación era imperiosa para la protección de la integridad o vida del paciente y deberá hacerlo en acuerdo con otro profesional médico (salvo la aludida excepción), asentando sus razones para acreditar el estado de urgencia y detallando toda información relevante en el expediente clínico, bajo su más estricta responsabilidad. Esta determinación no prejuzga sobre los supuestos de negativa de consentimiento por objeción de conciencia o libertad religiosa.

⁵²⁹ Dicha situación estaba prevista también en la NOM-168-SSA1-1998, aplicable en su momento (ya que fue abrogada por la NOM-004-SSA3-2012), en los que se detallaban los requisitos de tal consentimiento y los supuestos en que deben ser recabados por los médicos.

En ese tenor, cuando no concurra tal estado de urgencia y tampoco se haya allegado el médico o profesional del consentimiento del paciente, familiares, tutores o representantes, se actualizará una negligencia médica en clara transgresión a la *lex artis ad hoc* que podría conducir a una responsabilidad civil si se tienen por satisfechos el resto de los elementos de la acción: el daño y la relación causal. Es decir, el acto médico que involucre un alto riesgo al paciente que fue realizado sin acreditarse un caso de urgencia o sin recabarse el debido consentimiento informado, se reputará como una conducta negligente; sin embargo, tal situación no actualiza en automático una responsabilidad civil, ya que se tiene que demostrar la existencia de un daño y que tal acto negligente originó o fue un factor determinante en la producción del daño.

El deber de informar radica entonces en un derecho de todo usuario de la atención médica y una obligación del respectivo profesionalista médico-sanitario de otorgar los elementos informativos necesarios, a fin de que tales usuarios tomen una determinación adecuada a sus intereses en relación con su propio cuerpo. Ante la insuficiencia de regulación, la Corte se pronunció acerca de que el otorgamiento de tal información consiste, como mínimo y dependiendo de cada caso concreto, en el estado de salud del paciente, el diagnóstico de su padecimiento, el tratamiento o intervenciones necesarias para tratar el mismo y sus alternativas, así como los riesgos inherentes y los efectos que puedan tener tales tratamientos o intervenciones. El contenido que debe satisfacer este derecho no es inmutable, sino que se actualiza supuesto a supuesto.

Por su parte, el sujeto de tal deber es, por regla general, el médico responsable del paciente y, en particular, aquéllos profesionistas médicos que ejecuten un acto médico concreto (proceso asistencial, técnica o procedimiento invasivo, interconsulta, etcétera) que pueda incidir en la esfera de derechos del paciente. El destinatario de esta información debe ser el propio paciente o las personas unidas al mismo por vínculos familiares, de hecho, o legales que jurídicamente puedan tomar una decisión sobre su atención médica.

A saber, el que un médico tratante niegue que no cumplió con el deber de informar sobre los efectos secundarios de un tratamiento envuelve la afirmación expresa de un hecho (que se otorgó la información necesaria y de manera adecuada). En ese tenor, la parte demandada podrá hacer valer todos los medios probatorios a su alcance para poder acreditar tales hechos, los cuales detenta más fácilmente por sus propias características como perito en la materia; a saber, testimonios de otros médicos, documentales privadas como el expediente clínico en

donde se asienta la comunicación con el paciente o con sus familiares, tutores o representantes, etcétera.

En el supuesto en que se tenga por demostrado que el o los profesionistas médicos correspondientes no cumplieron con este deber de informar (tras un análisis holístico en el que se debe de valorar todo el contexto fáctico y en el que la simple omisión de informar un dato concreto al paciente no conlleva necesariamente al incumplimiento de tal deber al haberse podido convalidar posteriormente por los médicos), se actualiza un acto negligente en clara contravención a la *lex artis* que satisface uno de los elementos de la acción de responsabilidad civil extracontractual. No obstante, tal como se detalló en párrafos precedentes en relación con el consentimiento informado, el que exista una negligencia médica por falta al deber de informar no conduce en automático una responsabilidad civil, ya que se tiene que demostrar a su vez la existencia de un daño y que tal acto negligente originó o fue un factor determinante en la producción de ese daño.

La Corte ha considerado que el paciente o la familia necesita autorizar de manera particular los procedimientos invasivos que impliquen un algo riesgo para la integridad física, salud y/o vida.

- *Precedente relevante*

En el amparo en revisión 2162/2014, también se ventiló lo relacionado con el consentimiento informado, consolidándose esta figura en la relación médico-paciente.

Hechos. - Un menor en compañía de sus padres recibió atención médica, pues presentaba un padecimiento que le impedía hacer sus actividades de manera normal, derivado de ello se le diagnosticó que presentaba un problema de salud y era necesario realizarle una intervención quirúrgica de urgencia remitiendo con el especialista.

No obstante, al considerar los padres que el menor no presentaba mejoría, se optó por pedir la opinión de un tercero y éste comentó que era necesario realizar un nuevo procedimiento, con lo que se eliminaría el problema. A pesar de ello, la salud del menor no mejoró por lo que los padres acudieron con otro médico, quien después de revisarlo les manifestó que del estudio resultó que tenía ciertas complicaciones y lo diagnosticó, refiriendo que dicha enfermedad en niños es excepcional y cuando se presenta la indicación quirúrgica debe hacerse de manera inmediata.

Justificación. -. El Tribunal Colegiado consideró que el consentimiento informado se encuentra inmersa en el derecho a la salud y a partir de ello, tomando como base algunos preceptos de la Ley General de Salud y su Reglamento (interpretación sistemática), desglosó diversos elementos que le ayudaron a resolver la hipótesis fáctica sometida a su jurisdicción, recurriendo incluso a la interpretación que sobre ello han realizado diversos organismos internacionales, pero siempre desde el ángulo normativo del artículo 4º constitucional.

El consentimiento informado deberá cumplir con los requisitos de la *Ley General de Salud* y el *Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica*, los cuales señalan que deberá recabarse al ingreso de una persona a un hospital su autorización para practicar los procedimientos médico-quirúrgicos para su debida atención como usuario de ese servicio de salud.

A pesar de ello, el propio numeral 80 del Reglamento prevé que tal consentimiento informado inicial no conlleva a una autorización generalizada de cualquier procedimiento o tratamiento médico; por el contrario, se deberá recabar a su vez una autorización previa a cada procedimiento que entrañe un alto riesgo para el paciente.

Respecto a la forma que debe ser expresado el consentimiento, el *Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica*, establece que, al ingresar a un hospital, siempre que el estado del usuario lo permita, se debe recabar autorización escrita y firmada por parte del paciente a fin de practicarle, con fines de diagnóstico y terapéuticos, los procedimientos médico quirúrgicos necesarios.

Se reconoce, asimismo, que existen situaciones de urgencia en que pueden actualizarse excepciones a la exigencia de recabar el consentimiento informado, cuando el paciente se encuentre en estado de incapacidad transitoria o permanente, la autorización para proceder será otorgada por el familiar que lo acompañe o su representante legal; en caso de no ser posible lo anterior, el médico podrá intervenir al paciente dejando constancia en el expediente clínico.

Es importante destacar que el objeto del consentimiento informado lo constituye el tratamiento médico quirúrgico ajustado a la *lex artis ad hoc* y con los riesgos que le son inherentes, pero no comprende el resultado que es aleatorio, dada la incidencia en el mismo de múltiples factores endógenos y exógenos, ajenos al actuar del facultativo interviniente y que pueden truncar el fin perseguido, dada la

obligación de medios o actividad que preside su actuación, aunque la diligencia exigible sea la propia de las obligaciones del mayor esfuerzo, ante la trascendencia vital que, en muchas ocasiones, reviste para el paciente el proceder médico.

El Tribunal dejó entrever que en el momento de la intervención quirúrgica el menor involucrado no contaba con la madurez necesaria para poder emitir una opinión sobre el tratamiento a recibir, por lo que fue su padre quien firmó el consentimiento informado, lo cual es correcto, según los argumentos desarrollados en párrafos que anteceden.

Refirió que, aunque un consentimiento informado deficiente es de por sí una mala praxis médica, ésta no puede por sí misma dar lugar al daño moral, si del acto médico en su conjunto no se acreditó daño alguno al paciente. Si bien el acto médico es una actuación compleja que debe ser examinada en su conjunto y que conceptualmente se conforma por distintas etapas (diagnóstica, terapéutica y recuperatoria), debe resaltarse que aun cuando el consentimiento informado integra parte de ese acto médico y se encuentra estrechamente vinculada con el resto de las actuaciones en la atención del paciente, el simple incumplimiento de cualquiera de los requisitos que lo conforman, no produce de manera forzosa que la conducta del médico tratante se vuelva dolosa o negligente, pues dependerá del contenido de esa norma y la regulación del acto médico como parte integrante de la *lex artis ad hoc*.

Dicho de otro modo, los vicios en el consentimiento informado no implican en automático la responsabilidad del personal médico-sanitario, dado que en este tipo de acciones se tienen que acreditar todos los elementos de la responsabilidad civil, incluyendo la comprobación de la culpa y su relación con el daño.

En ese sentido, el Tribunal enfatizó que cuando se advierta un vicio en el consentimiento informado, deberán analizarse los supuestos incumplidos y verificar si su indebido cumplimiento es el acto o parte del acto o la omisión que produjo el daño, o si a partir de tal circunstancia se produjo una ausencia de información que conllevó a la pérdida de la oportunidad de haber corregido el daño o impedido que éste ocurriera.

Por tal motivo, la falta de consentimiento informado únicamente da lugar a una responsabilidad patrimonial y a una indemnización, cuando se ha causado un daño por haberle privado de la posibilidad de elección a someterse a la intervención, bien por la inexistencia de información previa o del consentimiento en sí, por omitir

los riesgos y contraindicaciones de la intervención, al no informar las secuelas de la intervención, o por omitir la existencia de alternativas terapéuticas acreditadas.

Cabe destacar que a pesar de que cualquier vicio del que adolezca el consentimiento informado es una transgresión a la *lex artis ad hoc*, como se adelantó, el que se diga que no produce en automático una responsabilidad civil, no conlleva a una responsabilidad.

En algunos casos, la actuación diligente por parte del personal médico-sanitario se puede efectuar independientemente de lo correcto o incorrecto del contenido del consentimiento informado, por lo que no existe una relación necesaria entre el cumplimiento de los requisitos legales para el consentimiento informado y la posible negligencia de un médico. Así, podrá haber casos en que el consentimiento informado cumpla con todos los requisitos normativos requeridos, pero a pesar de ello se actualice una conducta negligente en la atención médica de una persona, o viceversa.

Concluir lo contrario de manera genérica implicaría trastocar el derecho humano a la legalidad y seguridad jurídica de los profesionistas médico-sanitarios, pues precisamente los elementos de la acción civil extracontractual por daños y perjuicios (daño, culpa y nexo causal) están dirigidos a proteger y asegurar que una persona responda civilmente únicamente por sus propios actos ilícitos o por los hechos ajenos dada su especial situación jurídica frente a la persona responsable, mas no que se le sancione simplemente por la falta de acatamiento de una normatividad secundaria en la elaboración del consentimiento informado como si se tratara de una especie de responsabilidad objetiva.

Incluso, la Corte ha establecido de manera puntual y muy acertada que el médico no garantiza la curación del enfermo, pero sí el empleo de las técnicas adecuadas conforme al estado actual de la ciencia médica y de las circunstancias concurrentes en cada caso; en consecuencia, el médico cumple con su obligación cuando desarrolla o despliega el conjunto de curas y atenciones en la fase diagnóstica, terapéutica y recuperatoria, que son exigibles a un profesional o especialista normal, lo que, a consideración del órgano colegiado, en el caso quedó acreditado.⁵³⁰

⁵³⁰ Apoya esta conclusión la tesis 1a. XXV/2013 (10a.), que dice: "ACTO MÉDICO. MEJOR DECISIÓN POSIBLE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVI, enero de 2013, Tomo 1, Materia Civil, página 621, registro digital 2002441.

Desde tal perspectiva, se afirmó que a través del consentimiento informado el paciente asume los riesgos y consecuencias, pero no excluye la responsabilidad médica cuando exista una actuación negligente de los médicos o instituciones de salud involucrados. Agregando que dentro de la ciencia médica existen riesgos aceptados que pueden presentarse aun cuando las intervenciones en el paciente se realicen bajo los más altos estándares que exija la profesión. Se refirió que incluso en algunos casos, puede estimarse el tipo de daños que se pueden generar, así como la probabilidad de su ocurrencia.

- *Precedente relevante*

No hay que perder de vista los argumentos que se ventilaron en la Contradicción de tesis 93/2011, que, si bien no trataron de fondo la figura del consentimiento informado, si se generaron precedentes importantes al respecto en esta figura.

Hechos. - Tribunales Colegiados de Circuito analizaron en diversos amparos directos sometidos a su consideración, un punto jurídico idéntico consistente en determinar qué tipo de responsabilidad generan los daños ocasionados por el uso de la sustancia denominada anestesia.

Al respecto, el Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito, al resolver el amparo directo consideró que, independientemente de que dicha sustancia pudiera representar un riesgo, no se justifica la aplicación de la teoría del riesgo creado, pues su utilización es consecuencia de un acuerdo de voluntades en donde el paciente conoce y acepta los riesgos del uso de dicho bien.

Por lo que el daño generado por su utilización origina una responsabilidad contractual y civil. Y por su parte, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver consideró que la sustancia denominada anestesia, por los efectos que produce (depresora intensa del sistema nervioso central), es peligrosa por el riesgo que origina su funcionamiento. Determinando que el daño derivado de su aplicación genera una responsabilidad de naturaleza objetiva.

En virtud de lo anterior, la Corte estimó que sí existía una contradicción de tesis denunciada, la cual consiste en determinar el tipo de responsabilidad civil que generan los daños ocasionados por el uso negligente de la anestesia.

Criterio. - El consentimiento informado es consecuencia necesaria o explicitación de derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, el cual consiste en el derecho del paciente de otorgar o no su consentimiento

válidamente informado en la realización de tratamientos o procedimientos médicos. En tal sentido, para que se pueda intervenir al paciente, es necesario que se le den a conocer las características del procedimiento médico, así como los riesgos que implica tal intervención.

Justificación. - Derivado del deber que impone la norma oficial mexicana NOM-170-SSA1-1998, para la práctica de anestesiología, se cumple la función de autorizar al médico a intervenir los derechos de salud e integridad física del paciente. Así, el paciente tiene derecho a decidir libremente sobre la aplicación de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos ofrecidos, ya que, de otro modo, se vulnerarían sus derechos fundamentales de libertad personal y a la auto-disposición sobre el propio cuerpo.

La exigencia de tal consentimiento también está establecida en la *Ley General Salud*, la cual señala que es un derecho del paciente el otorgar o no su consentimiento válidamente informado en la realización de tratamientos o procedimientos médicos. En tal sentido, para que se pueda intervenir al paciente, es necesario que se le den a conocer las características del procedimiento médico, así como los riesgos que implica tal intervención.

El Tribunal hizo referencia respecto al consentimiento en un sentido genérico, que a través de éste es posible autorizar o consentir situaciones en las que el ordenamiento jurídico deja los bienes o derechos lesionados a la libre disponibilidad del titular. Sin embargo, el consentimiento no puede prestarse para la intromisión o lesión de derechos que hayan quedado fuera de la disponibilidad del sujeto, concluyendo que el consentimiento de la víctima no excluye la antijuricidad del acto cuando éste sea contrario a una prohibición legal o a las buenas costumbres.

Así, aun y cuando el paciente acepte el uso de la anestesia, pero se determina que existió un suministro negligente de dicha sustancia o bien, de cuidados post-operatorios inadecuados, se actualiza una responsabilidad extracontractual, ya que dichos daños no pueden ser aceptados mediante un contrato de prestación de servicios entre el médico y el paciente, al tratarse de bienes jurídicos indisponibles, como la salud, integridad física o la vida misma.

Comentario. – Como parte de los derechos que tiene todo usuario de los servicios de salud, con independencia del régimen de seguridad social que le asista, se encuentra el derecho al consentimiento informado de la persona o su representante, en relación al tratamiento a recibir.

Se aprecia como el poder Judicial ha sido constante sobre este binomio de derechos del usuario de los servicios de salud, consistentes en recibir información y otorgar un consentimiento informado para la realización de la atención médica, esta Primera Sala cuenta ya con varios precedentes en los que, en diversos contextos, los ha examinado para efectos de acciones de responsabilidad civil por daños materiales y morales atribuidos a actos médicos; aunque en todos ellos, sus pronunciamientos se han referido al derecho a la información y a emitir un consentimiento informado.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha comenzado a fijar su criterio en torno al consentimiento informado de los pacientes como un derecho fundamental relativo a tomar decisiones relativas a su salud, a partir de recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz, así como la orientación que sea necesaria respecto de su salud, sobre los riesgos y alternativas de los procedimientos, diagnósticos terapéuticos y quirúrgicos que se le indiquen o apliquen; pero sobre todo, a decidir libremente sobre la aplicación de dichos procedimientos.

Nuestros jueces del ámbito federal reafirman con sus fallos la necesidad de que el personal de salud en una de las acciones fundamentales en la atención médica, cumplan con esta obligación, para lo cual con estos precedentes se ha podido dar concreción al derecho que le asiste a los usuarios de los servicios de salud de atención médica, posicionando como un derecho humano a la salud la potestad que tienen para recibir información suficiente, clara, oportuna, y veraz, así como la orientación que sea necesaria respecto de su salud y sobre los riesgos y alternativas de los procedimientos, diagnósticos terapéuticos y quirúrgicos que se le indiquen o apliquen. Y a decidir libremente sobre la aplicación de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos ofrecidos.

El consentimiento informado es consecuencia necesaria o explicitación de derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, el cual consiste en el derecho del paciente de otorgar o no su consentimiento válidamente informado en la realización de tratamientos o procedimientos médicos.

La obligación de informar al paciente sobre el acto médico tiene trascendencia jurídica y ética; médico y paciente se deben corresponsabilizar en la toma de decisiones; pero si falta el consentimiento informado, es claro que la decisión la tomó el médico en contravención a los principios de autonomía, información, y no instrumentalización que rigen en el actuar del profesional de la salud y que incluso tienen una base normativa reconocida a favor del paciente.

De los precedentes en análisis se puede observar como el Tribunal en esta materia ha señalado los requisitos mínimos y los eventos mínimos en que dicha carta o documento es exigible.

Ahora bien, cuando se recabe un consentimiento informado inicial para la realización de tratamientos médicos y/o quirúrgicos, si en la estancia hospitalaria el paciente presenta diversas complicaciones que requieran intervenciones médicas de riesgo, respecto de las cuales se necesite recabar un consentimiento informado en específico, el médico debe cada vez que sea necesario obtenerlo.

En el caso del incumplimiento del deber de informar y de recabar un consentimiento informado como hechos ilícitos en la prestación de la atención médica (que configura negligencia médica), éste sólo puede configurar la responsabilidad civil y dar lugar a reparación, cuando se alegue y se acredite fehacientemente un daño cierto (material o moral), directamente derivado de ese hecho en el contexto del acto médico; pues como lo ha advertido la Suprema Corte, la acción de responsabilidad civil por negligencia médica, no puede tener por objeto simplemente sancionar al médico por la falta de acatamiento de la normatividad que le obliga a proporcionar información y a recabar un consentimiento informado como parte de la atención médica, sin que exista un daño o afectación real (material o moral) que directamente derive de ese hecho y que sea susceptible de ser reparado mediante indemnización.

Las consideraciones de los precedentes antes mencionados, permiten sostener que el criterio prevaleciente en torno al derecho de los pacientes a recibir información y la correlativa obligación de los médicos de otorgarla, tiene como presupuesto el reconocimiento de la dignidad humana del paciente, la cual exige que en la atención médica, la relación médico-paciente esté basada en el reconocimiento de la autonomía y libertad personal de éste como persona humana (sujeto de derechos), y no como objeto de la intervención del profesional de la salud, pues la dignidad humana impone que la procuración del bienestar del paciente como finalidad de los actos médicos, no se centre más en el paternalismo del médico bajo el cobijo de la autoridad moral y científica de que goza en dicha relación, sino que la toma de decisiones médicas comprenda también la participación consciente y voluntaria del paciente en el logro de dicha finalidad respecto de su propia persona, pues es su integridad física y psíquica o inclusive su vida, según el caso, la razón fundamental de la atención médica; de ahí la relevancia del derecho a la información y su cumplimiento.

El consentimiento informado promueve la autonomía, la libre determinación, la integridad física y el bienestar del paciente y que, por tanto, lejos de ser una mera aceptación de una intervención médica, es una decisión voluntaria y suficiente que protege el derecho del paciente a participar en la adopción de las decisiones médicas y atribuye a los proveedores de la salud deberes y obligaciones conexos.

Lo que motiva estos requisitos radica, precisamente, en la observancia de la referida doble finalidad del consentimiento informado: que la persona en concreto permita procedimientos o tratamientos que pueden o podrían incidir en el pleno goce de sus derechos humanos a la vida, integridad física, salud, libertad de conciencia y, segundo, que el médico cumpla con su deber de informar al paciente o a las personas responsables de este último de su estado de salud y de las implicaciones del tratamiento o procedimiento médico peligroso, a fin de que se tome una decisión bien informada y con todos los elementos posibles.

Pero ante la generalidad de dichas fórmulas legislativas, si bien la información, como mínimo, ha de versar sobre los aspectos esenciales relativos al estado de salud del paciente, el diagnóstico del padecimiento, el tratamiento o intervenciones necesarias, los riesgos inherentes a ellas y las alternativas médicas existentes; también es cierto que el contenido de la información que el médico debe brindar al paciente se actualiza supuesto a supuesto, según las circunstancias de cada caso, pues el derecho-deber de información, como proceso de diálogo continuo entre el médico y el paciente, no se agota en una etapa del acto médico en específico ni sigue pautas o formas determinadas, se realiza conforme resulte viable, en forma oral o escrita, aunque sí necesariamente en forma previa al tratamiento o intervención, asimismo, el grado o especificidad y la temporalidad de la información, también ha de ser acorde a las circunstancias y/o contexto, considerando la capacidad de comprensión del paciente, su deseo de ser informado o no, los niveles de riesgo que el acto médico implique, etcétera.

La Sala advirtió que el derecho del paciente a recibir información y el deber del médico de proporcionarla, en relación con el diagnóstico y consecuente tratamiento que se sugiere al paciente, particularmente, por cuanto hace a la prescripción de medicamento, debe comprender, como mínimo: la dosis, la vía de administración, la periodicidad del consumo, el tiempo de consumo, las indicaciones y contraindicaciones terapéuticas inherentes al consumo del medicamento y a la circunstancia del paciente, así como los riesgos típicos o frecuentes que se asocian al medicamento y que pudieren presentarse conforme a la prescripción hecha por el médico.

El consentimiento informado es un derecho fundamental de todo paciente, de manera que todo tratamiento médico, inclusive la prescripción de un medicamento en la atención médica ambulatoria, propuesto por el médico conforme a su libertad prescriptiva, mismo que requiere ser aceptado y/o consentido válidamente por el paciente en un acto decisorio libre y voluntario, a partir de la información que sobre el mismo recibe por parte del médico, sobre la base de que el paciente sea una persona con capacidad jurídica y de facto para comprender las implicaciones, riesgos y beneficios que conlleve el tratamiento, es decir, que se trate de una persona mayor de edad, sin alguna discapacidad de tipo intelectual, mental o psicosocial, que implique la necesidad de que para consentir el tratamiento en ejercicio pleno de su capacidad jurídica, requiera contar con un sistema de apoyo; o bien, que tratándose de menores de edad, aun cuando puedan tener determinada capacidad de comprensión y decisión conforme a su autonomía progresiva, requieran la intervención de su representación legal para consentir el tratamiento.

Es parte de la obligación para los profesionales de la salud consistente en que deben dársele a conocer las características del procedimiento médico, así como los riesgos que implica tal intervención. Y por lo mismo, el alcance que tiene ese derecho humano es que el paciente puede asumir todos los riesgos y consecuencias inherentes o asociados a la intervención autorizada, pero que ello no excluye la responsabilidad médica cuando exista una actuación negligente de los médicos o instituciones de salud involucrados.

La omisión de contar con este instrumento puede derivar en responsabilidad médica de diversa índole tal y como se observa en la línea jurisprudencial respectiva, puesto que esta figura se consolida como un medio de control a las intervenciones, que debe consentir el paciente, sabedor de los riesgos y las implicaciones.

Los Tribunales con sus fallos han ido delimitando el contenido y la forma en cómo debe procederse en cuanto a la obtención del consentimiento informado, en aras de no incurrir en una mala praxis que devenga en una posible responsabilidad. Así se tiene que toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica, sólo se puede efectuar previo consentimiento libre, informado, expreso y revocable del paciente; la información del médico debe ser oportuna y veraz, con la orientación necesaria respecto de la salud, los riesgos, alternativas de procedimientos, diagnósticos y tratamientos; el consentimiento debe ser expreso, impreso y firmado por el paciente, y debe constar en el expediente clínico.

Ahora bien, es de suma importancia resaltar lo expuesto por los tribunales en cuanto a que de manera automática el consentimiento no justifica cualquier intervención, sino que éste debe ser con la debida diligencia, so pena de incurrir de igual manera en responsabilidad, el consentimiento ampara los riesgos inherentes a una posible complicación, pero no la negligencia en que pueda incurrir el profesional de la salud.

El profesionalista médico tiene una obligación de aportar al paciente todos los elementos necesarios para que éste tome una decisión libre e informada sobre su tratamiento o ausencia del mismo, lo cual tiene sustento directo en el respeto y protección de los derechos a la integridad corporal, salud, conciencia, intimidad y vida de todo paciente; es decir, toda vez que estos derechos no pueden ser afectados o incididos más que por voluntad expresa de una persona, en el ordenamiento jurídico se reconoce el deber de informar, que radica en un derecho de todo usuario de la atención médica y una obligación del respectivo profesionalista médico-sanitario de otorgar los elementos informativos necesarios a fin de que tales usuarios tomen una determinación adecuada a sus intereses en relación con su propio cuerpo.

Por estos motivos, se estima que la inserción legislativa sobre este deber de información y el correlativo derecho del paciente, fue muy acertada para respetar la autonomía del paciente pero sobre todo para que esté consciente de los riesgos que representa una intervención, y generando una especie de limitante a los profesionales de la salud, en aras de verificar si es el tratamiento más oportuno o no, a consideración del paciente, ya sea otorgando la autorización de una persona para someterse a procedimientos o tratamientos médicos que pueden incidir en su integridad física, salud, vida o libertad de conciencia y, por otro lado, es una forma de cumplimiento por parte de los médicos del deber de informar al paciente sobre el propio diagnóstico, tratamiento y/o procedimiento, así como de las implicaciones, efectos o consecuencias que pudiera traer a su salud, integridad física o vida.

El paciente tiene derecho a ser informado sobre los riesgos que implica un tratamiento sobre su cuerpo e integridad, en la medida en que es obligación del profesional de la salud informarle. El propio Cuarto Tribunal Colegiado estableció esto en su tesis de rubro: "TRATAMIENTOS MÉDICOS. NECESIDAD DE INFORMACIÓN PREVIA AL PACIENTE O SUS FAMILIARES, DE LOS RIESGOS Y BENEFICIOS ESPERADOS".⁵³¹

⁵³¹ Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Materia(s): Civil, Tesis: I.4o.C.31 K, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, página 2458, Tipo: Aislada.

Finalmente, dentro de la línea jurisprudencial de atención médica, destacan los criterios construidos en torno a la responsabilidad médica, que pueden ser de tipo civil, administrativa, penal o política, mismas que tienen una naturaleza diversa a la responsabilidad patrimonial que tiene el estado, atendiendo las circunstancias en las que se preste el servicio de atención médica y sus involucrados.

4.1.3 Líneas jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica



En este subrubro se procede a analizar al menos cada una de las modalidades de responsabilidad, por lo que pueden darse más de una sentencia hito dentro de la presente línea jurisprudencial.

Por lo que refiere a las decisiones tomadas en torno a la prestación de servicios de salud de atención médica, en particular lo relacionado con la responsabilidad médica que acompaña el actuar de los profesionales de la salud, los tribunales han sido muy activos al respecto, definiendo de entrada que la responsabilidad médico-sanitaria puede tener un origen contractual expreso o tácito, el cual consiste en la prestación de servicios del médico, o bien, puede derivar de la prestación del Estado de un derecho social, como es, los servicios de salud públicos.

Cabe señalar que esta categoría de análisis es la que más ha sido abordada por los tribunales, lo cual se presume se debe a que la falta de atención médica o

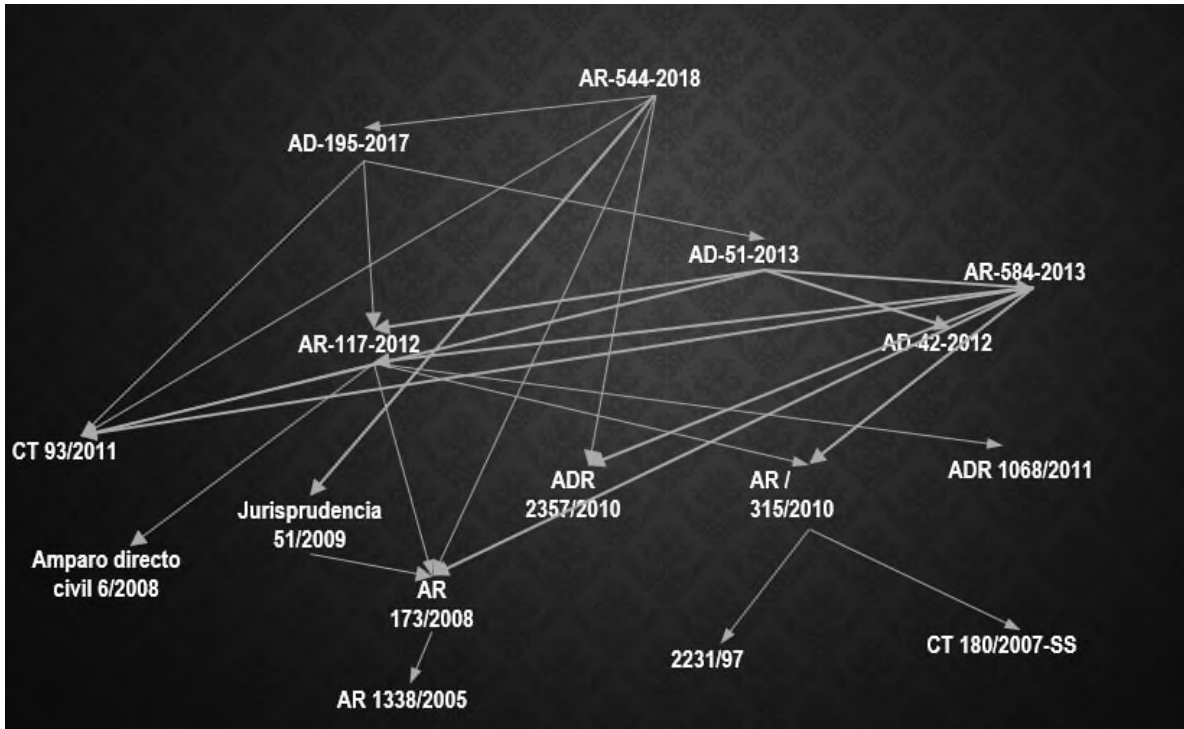
en caso, la mala calidad o la prestación inadecuada de la misma compromete gravemente la salud, la integridad personal, la dignidad e incluso la propia vida.

De entrada, el Tribunal ha establecido ya un régimen de responsabilidades de los Servidores Públicos, a partir de lo consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su apartado “De las Responsabilidades de los Servidores Públicos, Particulares Vinculados con Faltas administrativas Graves o Hechos de Corrupción y Patrimonial del Estado”, en el caso de que servidores públicos incurran en actos u omisiones contrarias al orden jurídico, de las que pueden desprenderse sanciones de índole civil, administrativa, penal o política, mismas que tienen una naturaleza diversa a la responsabilidad patrimonial que tiene el estado, con motivo de una actuación administrativa irregular.

Esta línea deriva de lo construido en materia de responsabilidad médica, puesto que forma parte del deber que tienen los profesionales de la salud en su actuar y que como requisito es indispensable que se cumpla con el mismo.

Para ello, se analizaron distintos precedentes en los que se aborda a grandes rasgos el régimen de responsabilidad a que se encuentran sujetos los servidores públicos –concretamente aquellos que prestan sus servicios en instituciones públicas de salud– y lo relativo al alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado tratándose de negligencias médicas.

Acto seguido, procedemos a analizar algunos precedentes relevantes que son la referencia para construir dicha línea jurisprudencial en materia civil, tal y como lo es caso del amparo en revisión 544/2018, Amparo Directo 195/2017, amparo directo 584/2013, Amparo en revisión 117/2012, amparo en revisión 1068/2011, amparo directo en revisión 2357/2010. Y finalmente se exponen algunas consideraciones de la contradicción de tesis 93/2011 que vincula el tema de la línea jurisprudencial que nos antecede, del consentimiento informado, con la responsabilidad. Mientras que en lo que refiere a la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado destaca en amparo en revisión 343/2019, así como el incidente de inejecución de sentencia 10/2016. Y finalmente en la línea jurisprudencial de responsabilidad médica administrativa y penal, e incluso también administrativa destaca el amparo directo en revisión 10/2012.



La presente tabla refleja las interconexiones que se dan entre la sentencia hito y su nicho citacional y a su vez los nichos de éstas, precedentes en los que el Poder Judicial ha abordado el problema de la satisfacción del derecho a la salud en su componente de atención médica y en particular los problemas relativos a la práctica médica, en donde se genere un daño, ya sea por error o negligencia, enfatizando la importancia de cumplir con la *lex artis ad hoc* y las posibles consecuencias en que puede incurrir el profesional de la salud en el ejercicio de su profesión.

- *Sentencia hito*

Hechos. - En el amparo en revisión 544/2018, se cuestionó por un cirujano la acción de responsabilidad civil objetiva extracontractual por negligencia médica” ejercida, en la que se condenó a los demandados a pagar a la accionante de manera solidaria, derivado de una prestación de atención médica deficiente a una menor,

Criterio.- El solo hecho de ser el jefe del equipo médico no basta para determinar la responsabilidad en caso de que uno de los miembros del mismo incurra en una negligencia, se considera responsable al jefe del equipo médico cuando es éste quien introduce a otro para cumplir con sus obligaciones médicas; de ahí que considerar responsable al jefe del equipo médico, cuando fue éste quien introdujo al acto quirúrgico a cualquiera de los otros miembros del equipo, independientemente de que su especialidad sea de autonomía científica a la suya, como la anestesiología. También será responsable a pesar de no haber seleccionado al miembro del equipo, cuando haya tenido oportunidad, dentro del

campo de su especialidad, de evitar el acto negligente. Es responsabilidad de quien introduce a otro a un equipo médico elegir a los especialistas que sean más eficaces en su especialidad y, por esa misma razón, de incurrir en una mala praxis, esa incorrecta selección del personal por parte de quien introdujo al negligente no puede quedar impune, en detrimento de la víctima, con mayor razón, cuando ésta era una menor de edad.

Justificación.- El Tribunal adujo que una forma de garantizar el derecho a la salud, es establecer regulaciones o controles destinados a que los prestadores de servicios de salud satisfagan las condiciones necesarias de capacitación, educación, experiencia y tecnología, en establecimientos con condiciones sanitarias adecuadas y en donde se utilicen medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, e incluso, a través de reglas normativas que constituyan la cristalización escrita de criterios de prudencia que permiten habitualmente definir lo que se considera, en un estado de la ciencia, práctica médica adecuada y prudente ante una situación concreta (práctica de la anestesiología), fijando por escrito la conducta diagnóstica y terapéutica obligatoria ante determinadas eventualidades clínicas.

Ello significa que la práctica de la medicina no puede permanecer ajena a una regulación o control por parte del Estado, ya que el ejercicio de esta profesión necesariamente implica la probabilidad de afectación de derechos de terceros y, en esa medida, la regulación que puede considerarse como una restricción al derecho al trabajo para el ejercicio profesional de los médicos, se encuentra justificada y es necesaria para garantizar el derecho a la salud. Así, la restricción a la libertad de trabajo de los médicos con el fin de garantizar una parte del derecho a la salud, no sólo es útil para este último, sino que es necesaria porque es imprescindible para establecer un mínimo de calidad para la prestación de los servicios de salud, en la especie, de la práctica de la anestesiología.

Es responsabilidad de quien introduce a otro a un equipo médico elegir a los especialistas que sean más eficaces en su especialidad y, por esa misma razón, de incurrir en una mala praxis, esa incorrecta selección del personal por parte de quien introdujo al negligente, en atención a que es deber del jefe del equipo médico de seleccionar a los mejores especialistas que pueda para participar en los procesos médicos que lleve a cabo, estando obligado a responder por los profesionales que elija en caso de mala praxis, al haberlos seleccionado.

Cabe indicar que el jefe del equipo médico o seleccionador no puede liberarse de la responsabilidad descrita, con el solo hecho de integrar al equipo a un

especialista con cédula profesional para desempeñar sus actividades, pues ello lo eximiría de su obligación sustantiva de debida diligencia con el solo cumplimiento de una mera formalidad que prácticamente se cumpliría en todos los casos (dado que la cédula de especialista en anestesiología es un presupuesto para su práctica) y, por ende, tornaría en nugatorio ese deber de cuidado del jefe en la conformación de su equipo.

Esta responsabilidad extracontractual médico-sanitaria requiere necesariamente se acredite: i) la culpa o el actuar negligente del profesionista; ii) del daño, y iii) de la relación causal, de conformidad con las pautas que marca el Código Civil aplicable para la Ciudad de México, en el entendido de que a los profesionales de la materia les corresponde acreditar que su actuar fue diligente.

La culpa puede derivar de dos fuentes distintas: (i) que el responsable haya incumplido con un deber genérico de cuidado que exige la prestación del servicio (*lex artis*); o (ii) que la responsable haya estado obligada a actuar de acuerdo a alguna norma (normas oficiales mexicanas en materia de salud) y que ésta haya incumplido con esa obligación legal.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con la mala práctica médica por un diagnóstico erróneo determinó que para exigir responsabilidad en contra de un médico por un diagnóstico equivocado, ha de partirse de si dicho profesional ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendiendo al estado de la ciencia médica, para emitir el diagnóstico, pues la actividad diagnóstica comporta riesgos de error que pueden mantenerse en ciertos casos dentro de los límites de lo tolerable, pero que existe responsabilidad si para la emisión del diagnóstico el médico no se sirvió, en el momento oportuno, de todos los medios que suelen ser utilizados en la práctica de la medicina. De lo anterior, concluye que el hecho de realizar un diagnóstico sin la diligencia debida por parte del personal médico, constituye un riesgo innecesario para el derecho a la vida y a la salud de los pacientes, riesgo que no encuentra justificación dentro del riesgo implícito que conlleva el ejercicio de la medicina.

- *Sentencia consolidadora de línea*

Hechos.- Un particular reclamo los daños que recibió por una mala atención médica, es particular la negligente aplicación de la inyección epidural le provocó un derrame por toda la columna vertebral, el cerebro, terminaciones nerviosas y provocó la parálisis de la pierna derecha, disminución de sensibilidad en la zona pélvica y el abdomen, disfuncionamiento de la vejiga, dolores de cabeza, problemas

de visión, vaso espasmos, entre otras cosas, según consta en los documentos que aportó al procedimiento.

Criterio.- El profesionalista que hubiere participado en un acto quirúrgico, y que posee autonomía científica, como lo es el anestesiólogo, puede incurrir en responsabilidad directa de carácter civil, pero cuando varios médicos atienden conjuntamente a un paciente, sin formar un equipo, y no puede individualizarse al causante del daño, habrá responsabilidad solidaria; sin perjuicio de que cada uno de ellos pueda eximirse de responsabilidad probando que su actuación no guarda relación con el evento dañoso.

Cuando en un acto médico intervienen además del jefe de un equipo médico, diversos profesionistas que forman parte de éste, se actualiza la responsabilidad del primero por actos cometidos por sus ayudantes como lo son los médicos auxiliares, ya que el paciente contrató los servicios del profesionalista experto en la materia y éste es el que incorporó bajo su estricta responsabilidad a los miembros que conforman su equipo, sin que ello implique que en todos los casos no deban responder también éstos, pues ello dependerá de que se pueda individualizar quién o quiénes fueron los causantes del daño, caso en el que los auxiliares también deberán responder en forma solidaria; pero cuando no pueda ser determinado entre todos ellos quién fue el agente que causó el daño, responderá exclusivamente el jefe del equipo médico.

Justificación. – El Tribunal expresó que para el ejercicio de la profesión médica no solo basta un adecuado conocimiento científico y una amplia experiencia técnica, sino que el rendir cuenta de los actos, obliga a los médicos también a conocer y a aplicar los aspectos éticos, jurídicos y de derechos humanos inherentes a la práctica médica. Esto es indispensable para que el médico cumpla con su deber de cuidado hacia el paciente con el más alto estándar de calidad, una adecuada y aceptable conducta ética y con el respeto a la dignidad y a los derechos humanos.

Para hablar de responsabilidad profesional del médico, especifica el juzgador, es necesario hablar del deber de cuidado, el cual tiene por objeto evitar el resultado indeseable cuya posibilidad deberá prever el actor o autor. En donde el deber se definirá por la esfera concreta de deberes y por las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la situación. Asimismo, para la construcción de la exigencia o deber de cuidado, hay que tomar en cuenta un estándar objetivo de cuidado que incorpore los conocimientos y capacidades del profesional. Este estándar debe ser exigible de manera equivalente a quienes tengan la misma capacidad y actúen en un mismo contexto. Si son modificadas las circunstancias en las que el sujeto actúa,

es evidente que las medidas de cuidado también cambian. Es decir, no se le exige lo mismo a un médico que diagnostica y da tratamiento a una persona que presenta crisis convulsivas en circunstancias cotidianas dentro de un servicio médico, que a aquél que debe hacer lo mismo en la vía pública.

En el campo de la medicina, el deber de cuidado tiene un doble origen: los principios éticos y las exigencias científicas y técnicas; este deber de cuidado significa la obligación fundamental del médico, que es el vínculo por el que una persona constriñe a otra a una conducta consistente en dar, hacer (acción) o no hacer (omisión), en orden a la finalidad de la relación.

Asimismo, las obligaciones del médico son:

- Obligaciones de medios. El médico se compromete a otorgar atención médica con la intención de lograr el mayor beneficio posible al paciente. Para ello, es responsable de utilizar los procedimientos diagnósticos, terapéuticos y de rehabilitación; señalados por la ley vigente.
- Obligaciones de resultado. El médico en ocasiones se compromete a ofrecer resultados determinados como consecuencia del servicio. Sin embargo, no tendrá que responder si los resultados no son los esperados, porque pueden presentarse casos, fortuitos o de fuerza mayor, imposibles de prever.
- Obligaciones de seguridad. El médico, tratará de evitar un siniestro o minimizar los riesgos (p. ej. riesgo relativo al funcionamiento y al mantenimiento de la tecnología médica).

La finalidad de la relación jurídica entre el médico y el paciente está orientada a la prevención de la enfermedad, a la mejoría o la curación y a la rehabilitación del paciente; esa finalidad sirve como eje de análisis de la conducta del médico.

En materia médico-sanitaria, tal responsabilidad va más allá de los deberes derivados de la relación contractual, debido a que los médicos están obligados a actuar de acuerdo a los estándares de su profesión, lo cual incluye el cumplimiento a disposiciones reglamentarias y el apego a los protocolos o guías de práctica clínicas emitidas por la Secretaría de Salud.

Los protocolos deben servir para reducir la variación innecesaria en las pautas de atención sanitaria, con lo que se facilita la toma de decisiones. La mayoría de los protocolos elaborados por sociedades científicas son mínimos, en tal forma

que sirven para la actuación diaria del médico en cualquier ámbito o medio, con dotación suficiente, aunque sea básica, de medios personales y materiales.

- *Sentencia consolidadora de línea (AR 584/2013)*

Hechos. – A partir de dificultades respiratorias que un recién nacido presentaba fue trasladado a un hospital donde fue diagnosticado con dificultad respiratoria derivada de una cardiopatía congénita cianógena, llamada “conexión venosa anómala de venas pulmonares”. Y dado que el paciente no respondía a los tratamientos utilizados en un primer término, fue sometido a una intervención quirúrgica. No obstante, ante la falta de mejoras, el bebé fue trasladado al hospital “La Raza” del Instituto Mexicano del Seguro Social, en donde falleció.

Derivado de ello, los padres del menor, presentaron una queja ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en la que pretendían que se les cubrieran los gastos hospitalarios. Posteriormente, se condenó de manera solidaria a los prestadores de servicios médicos al reembolso de honorarios médicos y a la condonación de la deuda por servicios hospitalarios, a favor de los padres del menor fallecido. Laudo que fue controvertido vía amparo.

Criterio. - a Ley General de Salud no distingue en cuanto a si el prestador de los servicios de salud es una dependencia o entidad pública o privada, si es una persona moral o física, ni el tipo de servicio que, en específico, cada uno pueda prestar, en razón de que la atención médica es el conjunto de servicios que proporcionan esos prestadores de forma conjunta para proteger, promover o restaurar la salud de las personas; por ende, las obligaciones vinculadas con los servicios de salud no excluyen a los particulares en su participación.

Los establecimientos, sin distinción deben contar con un médico responsable que, entre otros supuestos, establezca y vigile el desarrollo de procedimientos para asegurar que la prestación de servicios que el establecimiento ofrezca sea oportuna y eficiente, así como para que se cumpla cabalmente la ley, por lo que, suponer que éstos actúan de forma independiente, es decir, que no son empleados o dependientes, sería incongruente, pues no podrían cumplir con sus funciones. De ahí que la existencia de un médico responsable que vigile el desarrollo de los procedimientos que se lleven a cabo al interior del establecimiento, hace evidente que los hospitales trabajan de manera coordinada con sus médicos empleados o dependientes.

La responsabilidad civil de los hospitales privados puede actualizarse por actos cometidos por su personal o por terceros que prestan servicios en sus

instalaciones, por lo que es posible actualizar la responsabilidad civil de hospitales o centros médicos privados por actos cometidos por terceros que de manera aparente realizan sus actividades para éstos.

La actuación de los hospitales privados y de su personal médico tiene repercusiones en la protección de la salud de los pacientes, lo cual reviste un interés de carácter público, por lo que excede el mero interés de los particulares, al ser una meta inherente del Estado Mexicano, de manera que los profesionales de la salud pueden tener un deber concreto, derivado del contrato de prestación de servicios, pero también uno que va más allá de lo pactado o convenido por las partes, consistente en observar los estándares correspondientes a su profesión; de ahí que las obligaciones derivadas de la prestación de servicios de salud en los hospitales privados no se limitan a las disposiciones de derecho privado.

Justificación. - El Tribunal determinó que para responsabilizar al personal médico-sanitario por los daños ocasionados en los procedimientos a su cargo en los que alega falta de consentimiento informado debe probarse un actuar negligente.

Para ello es imprescindible allegarse de todos los elementos científicos, técnicos y médicos a su alcance, pronunciarse sobre la atención médica que sea apta para el tratamiento del menor quejoso atendiendo a su condición actual de salud, incluyendo la posibilidad de subrogar los servicios médicos necesarios en el extranjero.

En este mismo contexto, el Tribunal dota de contenido a esta actividad, en específico a partir de la definición de la *lex artis ad hoc* entendida como el conjunto de reglas y conocimientos generados para el ejercicio de una especialidad médica, contenidos en distintos medios de almacenamiento, conservación y consulta acerca de técnicas y procedimientos que han sido universalmente aceptados y que se basan en los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica.

El acto médico involucra la prevención, toda clase de examen, intervención, tratamiento, investigación con fines de protección a la salud, terapéutica, precisión, recomendación terapéutica, encaminado al padecimiento de una persona en respuesta a restaurar su salud al nivel más alto posible, por ello, se le considera como el acto intelectual, el acto de evaluación.

Sumado a lo anterior el acto médico puede ser directo (es el trato del paciente y el procedimiento a realizar), documental (que es el realizar los expedientes, resúmenes o sentencias médicas), epidemiológico (que es tratar de establecer una medida de seguridad), medico-pericial (hacer dictámenes) o sanitario. Así el mismo

autor menciona que: Cabe la posibilidad de evaluar todos los puntos anteriores respecto del actuar médico, más debe priorizarse la finalidad de su análisis.

El profesional de la medicina ejerce una práctica acorde con la *lex artis ad hoc* y la deontología médica, respetando en todo momento el marco ético, normativo y legal. Es por ello que la relación médico-paciente se ubica como una relación jurídica y, por lo tanto, coexisten en ella derechos, obligaciones y cargas recíprocas.

- *Precedente fundador de línea*

Hechos. - Como se señaló previamente en la contradicción de tesis 93/2011, los Tribunales Colegiados de Circuito analizaron diversos criterios para determinar qué tipo de responsabilidad generan los daños ocasionados por el uso de la sustancia denominada anestesia.

Criterio. - La responsabilidad médico-sanitaria puede tener un origen contractual expreso o tácito, el cual consiste en la prestación de servicios del médico, o bien, puede derivar de la prestación del Estado de un derecho social, como son los servicios de salud públicos. En el primer supuesto, las actividades comprendidas en la responsabilidad médica contractual, son aquellas que se suscribieron en específico entre el médico y el paciente. En contraposición, en la prestación de los servicios de seguridad social no existe un contrato entre particulares, sino que se origina una responsabilidad de índole administrativo, al ser el Estado responsable de los daños causados por el "actuar irregular" de sus agentes, médicos e instituciones del sector público. No obstante, la responsabilidad de los profesionales médico-sanitarios va más allá de los deberes contenidos o derivados de la relación contractual, ya que están obligados a actuar de acuerdo con los estándares de su profesión, los cuales pueden derivar tanto de disposiciones reglamentarias, como de los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica.

Los daños generados por la administración negligente de la misma actualizan una responsabilidad de índole extracontractual, al estar en juego valores indisponibles para el paciente como el derecho a la salud y el derecho a la vida. Ahora bien, tal responsabilidad extracontractual es de carácter subjetivo, por lo que para exigir la reparación de los daños generados por el uso de anestesia debe probarse el elemento subjetivo de la conducta. No obstante, existe la presunción de que los daños ocasionados por la anestesia fueron originados por un actuar negligente, por lo que le corresponderá desvirtuar dicha presunción al personal médico que participó en las etapas que abarca el cuidado anestésico.

Justificación. - De acuerdo con la teoría de la responsabilidad civil, el que causa un daño a otro está obligado a repararlo. Este daño puede ser originado por el incumplimiento de un contrato o por la violación del deber genérico de toda persona de no dañar a otra. Así, mientras en la responsabilidad contractual las partes están vinculadas con anterioridad al hecho productor de la responsabilidad, en la extracontractual el vínculo nace por la realización de los hechos dañosos.

De ahí que la responsabilidad contractual emana de un acuerdo de voluntades que ha sido transgredido por alguna de las partes, en tanto que la responsabilidad extracontractual deriva del incumplimiento del deber genérico de no afectar a terceros. Por otro lado, para que exista responsabilidad contractual basta con que se incumpla con la obligación pactada, mientras que la extracontractual puede tratarse de responsabilidad objetiva o subjetiva. La responsabilidad de índole subjetiva se funda en un elemento de carácter psicológico, ya sea porque existe la intención de dañar o porque se incurre en descuido o negligencia. En cambio, en la responsabilidad objetiva se encuentra ausente el elemento subjetivo, esto es, la culpa o negligencia.

Dicha responsabilidad subjetiva médico-sanitaria, se arriba una vez que se han determinado los daños generados por el actuar negligente de los profesionales médico-sanitarios generan una responsabilidad de carácter extracontractual, corresponde determinar si la misma es de naturaleza subjetiva. Es decir, si debe probarse la culpa o negligencia del que causó el daño. En este orden de ideas, en parte de estos precedentes, se ha razonado que la obligación de los profesionales médicos es de medios no de resultados, argumentando que la obligación del médico no es obtener, en todo caso, la recuperación del enfermo (curarlo) sino hacer todo lo que esté a su alcance para la consecución de dicho objetivo según las exigencias de la *lex artis*.

Ello obedece a que el ejercicio de la ciencia médica trae aparejados ciertos riesgos que no siempre pueden evitarse, por lo que para responsabilizar al personal médico-sanitario por los daños ocasionados en los procedimientos a su cargo debe probarse un actuar negligente. En tal sentido, su responsabilidad es de índole subjetivo, cuyos elementos son: el daño, la culpa y el nexo causal entre dicho daño y culpa. Y, por ende, se justifica, asimismo, la exigencia del elemento subjetivo (culpa), ya que en la práctica de la medicina confluyen demasiados elementos aleatorios como para que en su ámbito pueda llegar a fundamentarse una responsabilidad objetiva, que, en último término, supondría una carga tan grande para los médicos y el resto del personal sanitario que les llevaría a ejercer un tipo de medicina defensiva que terminaría perjudicando al paciente en último término.

En consecuencia, para responsabilizar a los profesionales médicos o a las instituciones que participan en el proceso anestésico, debe quedar acreditado que la administración de la anestesia fue realizada con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para los mismos –*lex artis ad hoc*-. Ya que, si bien el uso de la anestesia debe realizarse bajo los más altos estándares de la profesión médica, ya que su uso involucra diversos riesgos, no puede llegarse al extremo de determinar que cualquier daño que genere su administración deba ser resarcido por el médico especialista que la administre, ya que también debe ponderarse la actuación del personal médico.

En tal sentido, cuando en la prestación de un servicio público se causa un daño a los bienes y derechos de los particulares, por haberse actuado irregularmente, se configura la responsabilidad del Estado de resarcir el daño y, por otro lado, se genera el derecho de los afectados a que sus daños sean reparados. Así, debe entenderse que la actividad administrativa irregular del Estado, comprende también la prestación de un servicio público deficiente. En el caso de la prestación deficiente de los servicios de salud, la responsabilidad patrimonial del Estado se actualiza cuando el personal médico que labora en las instituciones de salud públicas actúa negligentemente, ya sea por acción u omisión, y ocasiona un daño a los bienes o derechos de los pacientes.

En el caso de la prestación deficiente de los servicios de salud, la responsabilidad patrimonial del Estado se actualiza cuando el personal médico que labora en las instituciones de salud públicas actúa negligentemente, ya sea por acción u omisión, y ocasiona un daño a los bienes o derechos de los pacientes.

Es inconcuso entonces que la vía idónea para demandar del Estado la reparación de los daños derivados de la atención médica negligente prestada por institutos de seguridad social del Estado Federal, es la administrativa, por lo que aún y cuando en tal caso sea necesario demostrar la irregularidad de la actuación del Estado consistente en la prestación de un servicio de salud deficiente, debe tenerse presente que el sujeto demandado no es el médico en lo personal, sino el Estado como ente responsable de la prestación adecuada de los servicios públicos a su cargo, y en consecuencia, deben trasladarse los requisitos propios de la responsabilidad médico-sanitaria al esquema de responsabilidad patrimonial del Estado, sin ser necesario probar la culpa de un agente del Estado en particular, sino la actuación irregular de la dependencia demandada.

- *Sentencia paradigmática (AR 2357/2010)*

Hechos. - Derivado de procedimiento quirúrgico en el que se adujo por el paciente que no se agotaron los estudios médicos exigidos y sin consentimiento informado, por obrar con negligencia médica, en contravención a lo establecido por la Norma Oficial Mexicana para el tratamiento de la obesidad, condenándosele al pago de los daños causados. Y a partir del cual se interpuso recurso de apelación y posterior amparo para determinar la responsabilidad.

Justificación. - En esos términos, el paciente tiene derecho a la protección de la salud, a calidad en la atención y a los medios terapéuticos; asimismo, existe en el principio de autonomía o permiso la garantía jurídica de manifestar su aceptación o desaprobación ante los medios, técnicas y procedimientos propuestos. Por su parte, el médico tiene el derecho de libertad prescriptiva, como se analizó dentro del amparo directo en revisión 2357/2010, en el que se pronunció por primera vez respecto al derecho a la libertad prescriptiva, como parte integrante del derecho al trabajo de los médicos. En dicha sentencia, 2357/2010, se definió la libertad prescriptiva como un principio científico y ético, que tiene como finalidad orientar la práctica de la profesión médica, otorgando a los profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud discrecionalidad en su actuar, siempre y cuando éste actuar sea en beneficio del paciente y tomando en consideración las circunstancias especiales de cada caso.

Asimismo, el Tribunal sostuvo que la libertad prescriptiva del médico se encuentra incorporada al orden jurídico mexicano en diversas disposiciones⁵³² Bajo estas consideraciones ha vinculado la responsabilidad con el derecho fundamental al diagnóstico y atención médica oportuna.

⁵³² El artículo 9 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica dispone que: "La atención médica deberá llevarse a efecto de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica." En el mismo sentido, la fracción I del artículo 100 de la Ley General de Salud dispone que "la investigación en seres humanos se desarrollará adaptándose a los principios científicos y éticos que justifican la investigación médica, especialmente en lo que se refiere a su posible contribución a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos de la ciencia médica". En un sentido similar la Corte determinó que los médicos están obligados a actuar de acuerdo con los estándares de su profesión, los cuales pueden derivar tanto de disposiciones reglamentarias, como de los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica. Al respecto véase la tesis aislada 1a. CXLI/2012 (10a.) de rubro "**RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA. REBASA LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**", publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro XI, tomo 1, agosto de 2012, página 495.

- *Sentencia fundadora de línea*

Hechos.- En el amparo en revisión 117/2012 derivado de un laudo arbitral emitido por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en el que se determinó condenar a dos médicos a pagar a una señora los gastos que no fueron cubiertos por la aseguradora, relativos a las intervenciones practicadas por los médicos condenados y subsecuentes intervenciones y ante el cual los médicos demandados promovieron juicio de amparo, el juzgador en la revisión señaló que en el expediente quedó establecida la existencia de una multiplicidad de diagnósticos. Probándose que los médicos no fueron consistentes en la etapa diagnóstica del acto médico y que, a pesar de ello, sugirieron a la paciente que el tratamiento indicado para aliviar sus dolencias consistía en practicarle una cirugía. En seguida y sin justificar la intervención quirúrgica y poniendo en riesgo la integridad de la paciente, los médicos libremente le practicaron la cirugía.

Criterio. - Para exigir responsabilidad en contra de un médico por un diagnóstico equivocado, ha de partirse de si dicho profesional ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendiendo al estado de la ciencia médica, para emitir el diagnóstico. La actividad diagnóstica comporta riesgos de error que pueden mantenerse en ciertos casos dentro de los límites de lo tolerable, sin embargo, existe responsabilidad si para la emisión del diagnóstico el médico no se sirvió, en el momento oportuno, de todos los medios que suelen ser utilizados en la práctica de la medicina. De lo anterior se colige que el hecho de realizar un diagnóstico sin la diligencia debida por parte del personal médico, constituye un riesgo innecesario para el derecho a la vida y a la salud de los pacientes, riesgo que no encuentra justificación dentro del riesgo implícito que conlleva el ejercicio de la medicina.

En este sentido, el Tribunal fijó como criterio que la historia clínica constituye el relato patográfico o biografía patológica del paciente, esto es, la transcripción de la relación médico-paciente, por lo que ostenta un valor fundamental, no sólo desde el punto de vista clínico, sino también a la hora de juzgar la actuación de un profesional sanitario. Así, la ausencia o deficiencia de la historia clínica, genera una presunción en contra de los médicos que trataron al paciente, respecto a la existencia de una posible mala práctica médica, pues tal ausencia o deficiencia no puede sino perjudicar a quienes tienen el deber de confeccionarla y asentar en ella todos los pormenores necesarios según la ciencia médica y no al paciente, en atención a que son precisamente los médicos quienes se encuentran obligados a documentar detalladamente el curso del acto médico. Por lo que documentar un historial clínico de forma incompleta o deficiente por parte del personal médico,

constituye un riesgo innecesario para el derecho a la vida y a la salud de los pacientes, riesgo que no encuentra justificación dentro del riesgo implícito que conlleva el ejercicio de la medicina.

Finalmente, el Tribunal sostuvo que el acto médico se divide en distintas etapas o fases. La fase diagnóstica, la fase terapéutica y la fase recuperatoria. Sin embargo, cada una de estas fases constituye la totalidad del acto médico. Por tanto, para determinar la existencia de mala práctica médica, el acto médico no debe ser analizado de manera separada, sino que debe hacerse de manera conjunta, pues cada una de las fases que lo componen se encuentra estrechamente vinculadas. Así las cosas, segmentar el acto médico sin tomar en consideración todas las etapas que forman el acto médico, como un conjunto inseparable para la determinación en un caso concreto sobre la existencia de mala práctica médica, sería incongruente e ilógico, pues las fases siguen una secuencia en el tiempo.

Lo cual se acompaña del derecho a la libertad prescriptiva de los médicos y del personal sanitario, entendida como un principio científico y ético que tiene la finalidad de orientar la práctica de la profesión médica, otorgando a los profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud discrecionalidad en su actuar. Por tanto, la libertad prescriptiva del médico forma parte del derecho al trabajo establecido en el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ahora bien, la libertad prescriptiva debe ejercerse en aras de obtener el beneficio del paciente y bajo ninguna circunstancia debe equipararse con la arbitrariedad, pues el actuar del personal médico debe fundamentarse en el estado actual de la ciencia médica y encaminarse en todo momento al beneficio del paciente, tomando en consideración las circunstancias de cada caso concreto.

Justificación. - Por lo que, a su apreciación para la exigencia de responsabilidad por un diagnóstico equivocado, ha de partirse de si el médico ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendiendo al estado de la ciencia médica, para emitir el diagnóstico. La actividad diagnóstica comporta riesgos de error que pueden mantenerse en ciertos casos dentro de los límites de lo tolerable, sin embargo, existe responsabilidad si para la emisión del diagnóstico el médico no se sirvió, en el momento oportuno, de todos los medios que suelen ser utilizados en la práctica de la medicina. Como se desprende de los antecedentes, en el caso concreto los quejosos no realizaron los estudios necesarios para determinar un diagnóstico de manera diligente y acorde con la *lex artis ad hoc*, por tanto, su actitud fue negligente y constituyó mal praxis médica.

Este precedente es muy importante en la construcción jurisprudencial de este derecho, puesto que a partir de lo resuelto en el mismo se reconoce la libertad prescriptiva, pero también se analizan los márgenes de la misma no caer en la discrecionalidad en su actuar, sin embargo, pues el actuar del personal médico debe encaminarse en todo momento al beneficio del paciente, tomando en consideración las circunstancias de cada caso concreto.

En este orden de ideas, la libertad prescriptiva del médico, como criterio orientador de la práctica de la profesión médica, constituye una parte esencial de la libertad de trabajo. Por ello, el juez constitucional al analizar las restricciones impuestas a la libertad de trabajo y a la libertad prescriptiva, para determinar si éstas son constitucionalmente válidas, debe comprobar que éstas satisfagan los tres requisitos: a) que sean admisibles constitucionalmente, b) que sean necesarias, c) que sean proporcionales. Consecuentemente, si alguno de estos requisitos no se cumple, cualquier limitación a la libertad de trabajo no será constitucionalmente válida⁵³³

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

Por otra parte, los requisitos legales para el ejercicio de la profesión médica son de suyo demasiado estrictos, ya que la medicina es de suma importancia para salvaguardar el derecho a la salud de la población. Por el alto grado de preparación y especialización que requiere el ejercicio de la medicina, se presupone que toda persona autorizada para ejercerla cuenta con la preparación técnico profesional necesaria, y que además cuenta con el criterio médico y responsabilidad suficiente para actuar en una determinada situación.

Así las cosas, y partiendo del supuesto de que todo médico autorizado cuenta con el criterio médico y responsabilidades suficientes, de los cuales echará mano en ejercicio de su libertad prescriptiva y de su derecho al trabajo, para solucionar un determinado problema médico, la Corte consideró que las reglas que conforman la

⁵³³ "RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE TRABAJO. EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD PREVÉ UNA RESTRICCIÓN VÁLIDA A LA LIBERTAD DE TRABAJO DE LOS MÉDICOS", Instancia: Primera Sala, Novena Época, Materia(s): Constitucional, Laboral, Tesis: 1a./J. 51/2009, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIX, Abril de 2009, página 507, Tipo: Jurisprudencia.

litis constitucional no son necesarias para salvaguardar la salud de la población ni para evitar el riesgo médico.

Finalmente, la Primera Sala consideró que las normas que forman la litis constitucional no son proporcionales. El hecho de limitar la libertad prescriptiva del médico, principio toral en la práctica de la ciencia médica, eventualmente puede significar más riesgos que beneficios, pues la norma generaliza de manera peligrosa la solución para un determinado caso médico, lo cual no solamente desconoce que la ciencia médica no es una ciencia exacta, sino que tampoco reconoce que cada caso médico representa características propias y que no puede existir una solución uniforme a todo problema médico.

Finalmente, en cuanto a la medicina basada en evidencias, la define como el uso consciente, explícito y juicioso de la mejor evidencia posible en la toma de decisiones sobre el cuidado de un paciente individual. Su práctica significa integrar la experiencia clínica con la mejor evidencia externa buscada sistemáticamente. La Medicina Basada en Evidencias surge como una necesidad de información del médico al encontrarse con “problemas o dudas” en su práctica clínica habitual. Dicha necesidad se veía enfrentada a la realidad de tener “demasiada información”. Esa paradoja empieza a gestarse en la década de los 60, con el gran desarrollo de las publicaciones científicas, que antes de esa fecha era muy limitado. Es a partir de esa década, cuando se produce un desarrollo logarítmico de la producción de artículos de investigación. Actualmente podemos constatar que se publican más de 8 millones de artículos científicos al año.

- *Sentencia consolidadora*

En el amparo directo 51/2013 se ventiló el tema de la responsabilidad civil, surgiendo una gran cantidad de criterios, teniendo un considerable nicho citacional en esta misma línea jurisprudencial que comparte con nuestra sentencia hito.

Hechos. - Como se apreció en la línea jurisprudencial de consentimiento informado, este precedente derivó de que, durante la prestación de servicios de atención médica, se informó a la familia del paciente de los sucesos ocurridos en el área de imagenología, de los procedimientos que se tuvieron que efectuar para salvarle la vida a su familiar ante la presencia de un neumotórax tardío y un paro cardiorrespiratorio, así como del estado de gravedad del paciente. Sin embargo, se adujo en amparo por los quejosos que no existió este ulterior consentimiento informado ni para practicar la intubación y cateterismo ni para las maniobras de tratamiento del neumotórax, lo cual era responsabilidad atribuida a los médicos.

Criterio. - La responsabilidad extracontractual médico-sanitaria actualiza una obligación de medios, pues a lo que están sujetas las personas que brindan servicios médico-sanitarios es a realizar todas las conductas necesarias para la consecución de su objetivo según las experiencias de la *lex artis*. Así, se considera que la apreciación de lo que debe valorarse como *lex artis ad hoc* no puede determinarse con meras apreciaciones subjetivas de las partes, sino que deben existir elementos objetivos que permitan al juzgador llegar a una plena convicción sobre cuáles son las conductas específicas que, sin lugar a dudas, debe cumplir el personal médico.

Justificación. - El Tribunal al estudiar este precedente afirma que la atención médica es un acto médico complejo se debe ajustar en la medicina basada en evidencia con el objeto de evitar dudas razonables en el ejercicio de la libertad prescriptiva como fue analizado dentro del Amparo Directo 51/2013 en el cual se demostró numerosas incongruencias con las disposiciones de la NOM-168-SSA1-1998, situación que cobra, a su entender, especial trascendencia.

Destacó que las decisiones clínicas basadas en evidencia dentro de la asistencia sanitaria, se convierten de extrema importancia, pero suponen al mismo tiempo un reto a la misma pues adaptar las evidencias científicas disponibles hoy en día con las variables del contexto (entorno administrativo, sanitario y poblacional en el que el médico desempeña su función) se convierte en un reto importante. Los médicos tratantes deben ajustarse a la evidencia científica disponible para brindar tratamiento en la fase diagnóstica, la fase terapéutica y la fase recuperatoria, entendiendo a estas como la totalidad del acto médico.

Ahora bien, los requisitos legales para el ejercicio de la profesión médica deben considerarse de apreciación estricta, situación que se encuentra justificada, ya que el ejercicio de la medicina es relevante para salvaguardar el derecho a la salud de la población.

En el caso de una demanda por responsabilidad civil extracontractual relacionada con negligencia médica, dado que la ausencia del cumplimiento del deber de informar es la manifestación de un hecho negativo (se alega que no se informó o se informó deficientemente), la carga de la prueba para demostrar que sí se ejecutó dicha obligación corresponde a los respectivos médicos demandados.

Por lo tanto, cuando un médico tratante niega haber incumplido con su deber de informar, en realidad está afirmando un hecho consistente en que otorgó la información necesaria y de forma adecuada; consecuentemente, a fin de comprobar

dicha afirmación, podrá aportar todos los medios probatorios a su alcance, los cuales posee más fácilmente por sus propias características como perito en la materia; a saber, testimonios de otros médicos o documentales privadas como el expediente clínico, en donde se asienta la comunicación con el paciente o con sus familiares, tutores o representantes, etcétera.

El hecho de que exista una negligencia médica por falta al deber de informar, no conduce en automático a una responsabilidad civil, ya que tiene que demostrarse, concomitantemente, la existencia de un daño y que ese acto negligente originó o fue un factor determinante en la producción del mismo.

En materia de responsabilidad civil extracontractual médico-sanitaria, la obligación de los profesionistas e instituciones médicas es de medios y no de resultados, ya que a lo que están sujetas las personas que brindan estos servicios es a realizar todas las conductas necesarias para la consecución de su objetivo según las experiencias de la *lex artis*.

El incumplimiento de las pautas establecidas en la NOM-004-SSA3-2012, en la que se regulan los elementos y condiciones que debe cumplir un expediente clínico, no conlleva de manera automática se acredite una conducta culposa ni implica forzosamente la responsabilidad del personal médico-sanitario, dado que en este tipo de acciones se tienen que acreditar todos los elementos de la responsa

La atribución de responsabilidad a un profesionista médico-sanitario que actúa en un acto médico complejo en el que intervinieron sucesivamente una serie de personas, dependerá enteramente de sus propios actos en dicha atención médica. Así, por ejemplo, si tras la participación de un médico, otro médico convalida la negligencia del que le precedió u omite cumplir con sus deberes de cuidado que lo llevarían a intentar corregirlo o a informarlo a los responsables para hacerlo, según la *lex artis* médica, tal conducta puede considerarse a su vez como culposa en sentido amplio y dar pie a una responsabilidad si se acredita que tal acto propició o incidió directamente en la producción del daño.

Ello aunado a que el progreso científico en el campo de la medicina, en gran parte, se debe a la libertad prescriptiva o terapéutica del médico, razón por la cual ignorar la libertad prescriptiva en el campo de la medicina conllevaría daños irreparables para el Estado mexicano y para la ciencia médica en general, ya que la medicina no contaría con la herramienta necesaria para continuar cuestionando y criticando sus teorías, a saber, la libertad terapéutica, por ende, sin que exista o se

limite la libertad prescriptiva o terapéutica, el progreso científico, como bien lo comenta el Tribunal, en el campo de la medicina sería difícil de alcanzar.

Adicional a este rubro, se hace alusión a la figura del consentimiento informado en relación a la responsabilidad que conlleva el no contar con él, al respecto este concepto se ha entendido como el acto de decisión libre y voluntaria realizado por una persona competente, por el cual acepta las acciones diagnósticas o terapéuticas sugeridas por sus médicos, fundado en la comprensión de la información revelada respecto de los riesgos y beneficios que le pueden ocasionar.

- *Precedente relevante para responsabilidad patrimonial administrativa*

Hechos. - Un particular demanda de la SEDENA la actividad irregular del estado consistente en la omisión de darle seguimiento y tratamiento médico a la diabetes mellitus tipo 2 detectada al actor, en específico de carácter oftalmológico, pues a consecuencia de ello tuvo desprendimiento de retina traccional total de ojo izquierdo, fuera de tratamiento quirúrgico, lo que derivó en la pérdida de la visión del ojo izquierdo y una incapacidad parcial permanente.

Criterio. - La Ley General de Salud prevé la obligación de los beneficiarios del sistema de salud de colaborar con los médicos, informándoles verazmente y con exactitud sobre sus antecedentes, necesidades y problemas de salud, así como hacer uso responsable de los servicios relativos. En estas condiciones, cuando un paciente es diagnosticado oportunamente con una enfermedad crónico degenerativa, pero los médicos de la institución de salud pública correspondiente no realizan las gestiones para que reciba el tratamiento médico y el control requeridos y años después sufre un daño en su salud como consecuencia de la complicación del padecimiento, así como de su omisión de solicitar la atención médica adecuada, no puede considerarse que se actualice una responsabilidad exclusiva del Estado, pues el daño reclamado derivó tanto de la omisión de canalizar al paciente para que tuviera el tratamiento correspondiente, como de la de éste, al no haber solicitado esa atención médica oportunamente y hacer uso responsable de los servicios de salud a los que tenía derecho. Por tanto, al ser ambas partes cocausantes del daño sufrido, son corresponsables en partes iguales.

Justificación.- Si bien, el Derecho a la Protección de la Salud debe ser garantizado por el Estado, cierto es que dicha garantía también entraña un compromiso adquirido por los gobernados, que implica la adopción de acciones de prevención, tratamiento y control de su parte, ante el conocimiento de padecer alguna enfermedad, ya que es responsabilidad personal de cada uno, en la medida

de sus posibilidades, cuidar de su propia salud, y colaborar con el equipo médico, informando verazmente y con exactitud sus necesidades y problemas relacionados con ella.

Se debe insistir en la responsabilidad personal de cada uno por su propia salud. Los médicos tienen la obligación de participar activamente en los esfuerzos educacionales. Al respecto, es de señalar que incluso respecto a las obligaciones del paciente médico, el Poder Judicial de la Federación, se ha pronunciado en el sentido de no sólo reconocerle derechos, sino también de atribuir obligaciones a los pacientes médicos, como son: 1. Obligación de lealtad de información, en el sentido que el paciente debe brindar al médico toda la información, datos y antecedentes necesarios para la formación de la historia clínica; 2. Cumplimiento del plan terapéutico, que implica que el paciente debe seguir en forma fiel y responsable el tratamiento prescrito; y, 3. Obligación de remunerar los servicios prestados. Apoyándose en la tesis "PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS. OBLIGACIONES DE LAS PARTES."⁵³⁴

A lo cual quedó evidenciada la omisión por parte de la autoridad demandada en haber proporcionado al actor una debida atención y tratamiento adecuados para la diabetes mellitus 2, que le fue diagnosticada, cierto es que no puede soslayarse el hecho que, tratándose de la salud personal, recae sobre cada individuo la responsabilidad de su cuidado.

Resalta la obligación de los beneficiarios del sistema de salud de colaborar con el equipo médico, informando verazmente y con exactitud sobre sus antecedentes, necesidades y problemas de salud, así como hacer uso responsable de los servicios de salud.

El Tribunal soportó su decisión con lo argumentado en la Revisión Fiscal 147/2013 en la cual se determinó que el *Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica* y el Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas y Gestión Pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, se advertía la *lex artis* médica o "estado del arte médico", como el conjunto de normas o criterios valorativos que el médico, en posesión de conocimientos, habilidades y destrezas, debe aplicar diligentemente en la situación concreta de un enfermo y que han sido universalmente aceptados por sus pares. Esto es, los profesionales de la salud han de decidir cuáles de esas normas, procedimientos y conocimientos adquiridos en el estudio y la práctica, son

⁵³⁴ Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Materia(s): Civil, Tesis: I.7o.C.72 C, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, Junio de 2006, página 1200, Tipo: Aislada.

aplicables al paciente cuya salud les ha sido encomendada, comprometiéndose únicamente a emplear todos los recursos que tengan a su disposición, sin garantizar un resultado final curativo.

- *Precedente fundador de línea*

Es muy interesante este subrubro de la atención médica, ya que en el Amparo directo en revisión 10/2012, el Tribunal va a delimitar el tipo de responsabilidad médica que puede devenir de una mala praxis, a lo cual el Tribunal hubo de dilucidar en el presente asunto consiste en determinar el contenido y alcance del artículo 113 constitucional, a saber: i) la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado; ii) si la responsabilidad patrimonial del Estado comprende el derecho de los afectados a que el Estado resarza los daños generados por el actuar negligente del personal médico que labora en las instituciones de salud públicas; iii) la caracterización de la indemnización a la víctima como un derecho fundamental; iv) la vía procesal a través de la cual puede exigirse la reparación de los daños y v) si en el presente caso la determinación de que la vía procedente es la administrativa impide que se ejerza el derecho a la salud y a una indemnización justa.

Hechos. – Un paciente demandó en la vía ordinaria civil, del Instituto Mexicano del Seguro Social el pago del daño moral y responsabilidad civil en razón de que a su consideración el Instituto tiene la obligación de pagar los gastos médicos, hospitalarios y viáticos que erogue el actor, para ser atendido en el país o en el extranjero y supla, en la medida de lo posible el daño irreversible que le fue ocasionado dada la negligencia e impericia por parte del demandado.

Criterio. - La responsabilidad objetiva del Estado no se origina por cualquier daño causado, sino que éste debe ser consecuencia de su actuar administrativo irregular, es decir, derivado del incumplimiento de los deberes legales de los servidores públicos, establecidos en leyes o reglamentos. Sin embargo, tratándose de la prestación de los servicios de salud pública, dicha responsabilidad también se origina por el incumplimiento de las prescripciones de la ciencia médica, al desempeñar sus actividades, esto es, por no sujetarse a las técnicas médicas o científicas exigibles para dichos servidores -lex artis ad hoc-, o al deber de actuar con la diligencia que exige la lex artis.

La actividad irregular del Estado a la que se refiere el artículo 113 de la Constitución General, se configura cuando la función administrativa se realiza de manera defectuosa, esto es, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros establecidos en la ley o en los reglamentos administrativos. En tal

sentido, cuando en la prestación de un servicio público se causa un daño a los bienes y derechos de los particulares, por haberse actuado irregularmente, se configura la responsabilidad del Estado de resarcir el daño y, por otro lado, se genera el derecho de los afectados a que sus daños sean reparados. Así, debe entenderse que la actividad administrativa irregular del Estado, comprende también la prestación de un servicio público deficiente. En el caso de la prestación deficiente de los servicios de salud, la responsabilidad patrimonial del Estado se actualiza cuando el personal médico que labora en las instituciones de salud públicas actúa negligentemente, ya sea por acción u omisión, y ocasiona un daño a los bienes o derechos de los pacientes.

Existen diversas alternativas para reclamar los daños causados derivados de actos de negligencia médica; de ahí que la idoneidad de la vía procesal dependerá del carácter del demandado y del tipo de responsabilidad que se pretenda demandar. Así, el procedimiento de responsabilidad administrativa de los servidores públicos tiene por objeto sancionar al médico de alguna entidad pública que haya violado los principios de derecho disciplinario; por lo tanto, mediante esta vía no se puede obtener ninguna indemnización por el daño causado en caso de negligencia médica. El proceso penal tiene por objeto imponer penas al personal médico que actúe delictuosamente. En cuanto al proceso civil, éste tiene por objeto que el médico en lo particular y/o una sociedad privada que preste servicios médicos indemnicen a la víctima del daño. No obstante, por esta vía no es posible pedir que la entidad pública o dependencia pública federal repare el daño. De esta manera, la vía administrativa es la única mediante la cual puede demandarse directamente del Estado la reparación del daño por su actuar irregular.

A pesar de que se ha determinado que, en el caso de la responsabilidad patrimonial del Estado, es necesario probar el actuar irregular del Estado, es posible señalar al tiempo, que en los casos en que esta responsabilidad emana de la prestación de un servicio de salud deficiente, la prueba de la debida diligencia recae en las instituciones médicas del Estado, en atención al derecho de indemnización de la víctima. En efecto, debido a la dificultad que representa para la víctima probar el actuar irregular de los centros de salud, se posibilita un desplazamiento de la carga de la prueba para que sea la institución del Estado la que demuestre que el procedimiento médico se realizó de acuerdo a los cuidados establecidos en la normatividad de la materia y al deber de diligencia que le exige la profesión médica.

Justificación. – El Tribunal analizó el paso del sistema de responsabilidad indirecta a un sistema de responsabilidad directa, a través del cual es posible demandar al Estado, cuando éste o sus funcionarios causen daños a los particulares

en sus bienes o derechos, sin tener que demostrar la ilicitud o el dolo de un servidor público en lo particular, sino únicamente que la actividad administrativa fue realizada irregularmente

El artículo 113 configuró un esquema a través del cual es posible demandar directamente al Estado, cuando ocasione daños a los particulares derivados de una actuación administrativa irregular. Superándose con ello, el esquema de responsabilidad civil subsidiaria a partir del cual para demandar al Estado era necesario demostrar que el funcionario era insolvente; así como el sistema de responsabilidad solidaria, en el que debía probarse que el daño fue ocasionado por un acto doloso del servidor público.

Aunado a ello, la creación del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, pretendió evitar la dispersión normativa y la inseguridad jurídica que existía en el tema, para con ello lograr que los afectados pudieran acceder a una reparación del daño efectiva. En tal sentido, cuando en la prestación de un servicio público se causa un daño a los bienes y derechos de los particulares, por haberse actuado irregularmente, se configura la responsabilidad del Estado de resarcir el daño y, por otro lado, se genera el derecho de los afectados a que sus daños sean reparados.

Así, debe entenderse que la actividad administrativa irregular del Estado, comprende también la prestación de un servicio público deficiente. En el caso de la prestación deficiente de los servicios de salud, la responsabilidad patrimonial del Estado se actualiza cuando el personal médico que labora en las instituciones de salud públicas actúa negligentemente, ya sea por acción u omisión, y ocasiona un daño a los bienes o derechos de los pacientes.

La responsabilidad del Estado se originará únicamente cuando exista un actuar irregular, entendido éste como aquellos actos de la administración realizados de manera ilegal o anormal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración. En tal sentido, la responsabilidad del Estado no se origina por cualquier daño que se cause a los particulares, sino que responde a los daños causados por la actuación administrativa irregular.

Por lo que debe interpretarse que el término de “responsabilidad objetiva” que prevé la Constitución, no puede ser entendido en el sentido que se le atribuye a la responsabilidad objetiva civil, sino que refiere a una responsabilidad derivada de un acto irregular del Estado.

Es importante precisar que la actuación irregular del Estado, no radica únicamente en el incumplimiento de los deberes legales de los funcionarios públicos, establecidos en leyes o reglamentos, sino que, en tratándose de la función médica a su cargo, se origina también por el incumplimiento de las prescripciones de la ciencia médica en el momento del desempeño de sus actividades, esto es, por no haberse sujetado a las técnicas médicas o científicas exigibles para los mismos –lex artis ad hoc-, o al deber de actuar con la diligencia que exige la lex artis.

Así las cosas, se exige a las instituciones hospitalarias el documentar el procedimiento médico, asimismo, dichas instituciones deben contar con el expediente médico del paciente. Por tanto, las pruebas relevantes se encuentran en muchas ocasiones en posesión de los propios médicos o de los centros hospitalarios, o bien, éstos profesionales pueden acceder con mayor facilidad a la misma.

Por ende, será la institución médica la que deberá demostrar que no actuó negligentemente, lo que no significa que tenga que probar la inexistencia de los demás elementos de la responsabilidad. Así, en opinión de esta Primera Sala, el personal médico o la institución hospitalaria únicamente deberán demostrar que el procedimiento médico fue realizado bajo los estándares legales y profesionales de diligencia que les son exigibles.

Por lo que refiere a la responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos, el Tribunal señaló que esta vía tiene por objeto fincar responsabilidad al médico de alguna entidad pública que haya violado los principios de derecho disciplinario, que rigen la actividad de los servidores públicos, contenidos en la Constitución.

Los casos de negligencia médica pueden dar lugar a la configuración de diversos delitos, dependiendo de las circunstancias del caso en concreto. Algunos de los tipos penales en los que pueden incurrir los médicos por actuar negligentemente son: responsabilidad profesional y homicidio. Su objeto es imponer alguna pena al personal médico que hubiera actuado delictuosamente.

Dicha responsabilidad tiene como base el daño producido a los pacientes, que podría dar pie a una responsabilidad de índole subjetiva. Para que la indemnización sea procedente, es necesario que se demuestre la culpa o negligencia del médico.

En esta vía no es posible demandar a las entidades públicas, no obstante, es posible reclamar en lo particular al médico que haya actuado negligentemente, aunque trabaje en una entidad pública.

Respecto a la vía procesalmente idónea para ejercer el derecho a reclamar la reparación de los daños causados por el Estado, el artículo 113 en comento, deja un amplio margen al legislador para diseñar el procedimiento a través del cual pueda hacerse efectivo el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que señala que: “los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”.

Los servidores públicos que laboran en las instituciones públicas de salud tienen la obligación de acatar los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones y, por ende, se encuentran sujetos a responder administrativamente cuando su actuación sea irregular, toda vez que la prestación de los servicios médicos es una de las ramas de la administración pública federal que mayor reglamentación tiene y cuya observancia por parte del personal médico, técnico y auxiliar, resulta ineludible, como es el caso de los artículos 32, 33, 166 Bis 15, fracciones VI y VIII, de la Ley General de Salud, que definen a la atención médica como el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud; establecen que las actividades de atención médica son preventivas, curativas (que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno), de rehabilitación y paliativas; e, imponen a los médicos especialistas en las instituciones de segundo y tercer nivel, entre otras, la obligación de garantizar que se brinden los cuidados básicos o tratamiento al paciente en todo momento, así como respetar y aplicar todas y cada una de las medidas y procedimientos para los casos que señala la propia ley.

Comentario. – De los precedentes en cita, podemos observar como los tribunales han analizado los diferentes regímenes de responsabilidades que consagra nuestro orden jurídico, pero partiendo de una visión de un deber de cuidado que todo profesional de la salud de tomar en cuenta en el ejercicio de su profesión, actuando conforme lo estatuye la práctica médica, tratando de evitar infligir daños al paciente, ya sea por un actuar negligente o por un error de impericia o imprudencia.⁵³⁵

⁵³⁵ Suele señalarse que la medicina no es una ciencia exacta, pues existen matices en el curso de una enfermedad o padecimiento que pueden inducir a diagnósticos y terapias equivocadas. Así, una interpretación errada de los hechos clínicos por parte del médico puede llevar a un diagnóstico erróneo que, aunque no

Es por ello que un denominador común en la prestación de servicios de atención médica, entendida como el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud, a partir del establecimiento de actividades de atención médica son preventivas, curativas (que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno), de rehabilitación y paliativas, en las que se imponen a los médicos especialistas en las instituciones de segundo y tercer nivel, entre otras, la obligación de garantizar que se brinden los cuidados básicos o tratamiento al paciente en todo momento, así como respetar y aplicar todas y cada una de las medidas y procedimientos para los casos que señala la propia ley, por lo cual los servidores públicos que laboran en las instituciones públicas de salud tienen la obligación de acatar los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones y, por ende, se encuentran sujetos a responder administrativamente cuando su actuación sea irregular.

Así, deben abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa relacionada con el servicio público, toda vez que la prestación de los servicios médicos es una de las ramas de la administración pública federal que mayor reglamentación tiene y cuya observancia por parte del personal médico, técnico y auxiliar, resulta ineludible.

Responsabilidad que abarca también a los hospitales privados, puesto que existe obligación solidaria entre médicos e instituciones hospitalarias privadas, en tanto que el objetivo último de los servicios de salud, es el cumplimiento al derecho humano de protección a la salud, el cual goza de rango constitucional en términos del artículo 4º, cuarto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de ahí que, al encontrarse médico y hospital atendiendo a un paciente,

exime de responsabilidad al médico que lo comete, no reviste la gravedad de la negligencia médica, por lo que se habla entonces de un error excusable, pues lo que se le pide al "buen médico" es aplicar sus conocimientos, habilidades y destrezas con diligencia, compartiendo con el paciente la información pertinente, haciéndole presente sus dudas y certezas, tomando en cuenta sus valores y creencias en la toma de decisiones y actuando con responsabilidad y prudencia. Por otro lado, el término malpraxis (mala práctica médica) se ha acuñado para señalar conductas impropias del profesional frente a un paciente y que no sigue las normas o pautas que señala la *lex artis* médica, pero no hay aquí un error de juicio, sino que, o la actuación del médico que está en posesión de conocimientos y habilidades no ha sido diligente, o éste ha actuado con impericia e imprudencia frente a una situación clínica para la cual no está capacitado; este tipo de conducta médica constituye un error médico inexcusable y el profesional debe responder por esta conducta inapropiada. Por tanto, la responsabilidad profesional está subordinada a la previa acreditación de una clara negligencia en la prestación de los servicios, independientemente del resultado. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.4o.A.64 A (10a.), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3, página 1890, Tipo: Aislada.

no puede uno u otro alegar un desconocimiento de la obligación de vigilar la salud física de la persona enferma o convaleciente, porque precisamente la Constitución General de la República, prescribe una obligación de carácter público, que ha llevado a México a suscribir diversos tratados internacionales en la materia.

Resaltando el hecho de que cuando existe negligencia por parte de los médicos que prestan sus servicios en un nosocomio éste es responsable junto con ellos del daño causado al paciente, como es el caso de la muerte; por lo tanto, si los pacientes reclaman la indemnización de los servicios hospitalarios se debe condenar al hospital, independientemente de los fundamentos de derecho privado, porque sobre éste se encuentra el orden público y el interés social, de ahí que en primer lugar esté el derecho a la salud entendido como un todo integral, y sobre el cual el estado tiene interés en que su población reciba los servicios de salud independientemente de si son públicos o privados en forma adecuada, pero especialmente equilibrando las disparidades de poder entre las partes (paciente vs. hospital/médicos), por lo que en caso de la firma de contratos adhesivos dispares o convenios celebrados entre particulares, prevalece el multicitado derecho a la salud.

Sin lugar a dudas, esta línea se vincula con aquellas determinaciones en materia de tratamiento oportuno que se han ventilado en nuestros tribunales, en razón de las derivaciones que puede importar éste en la prestación de estos servicios de atención médica, lo cual complementa y relaciona todos los factores que involucra el derecho a la salud, partiendo de la naturaleza del mismo y de su importancia en la asistencia sanitaria de los individuos bajo un principio de oportunidad, aceptabilidad, asequibilidad y de calidad satisfactoria, encargándose los Estados de crear las condiciones para ello, entre las que se encuentra la disponibilidad garantizada de servicios de salud.

Con independencia, de que la presente línea tenga por objeto establecer las consideraciones que ha adoptado el Tribunal para ir delimitando el tipo de responsabilidad médica en que pueden incurrir los trabajadores de la salud, en las mismas determinaciones han surgido temas de análisis muy interesantes a discutir como es el caso de la libertad prescriptiva, la definición de la *lex artis ad hoc*, los derechos de los pacientes y sobre todo que la medicina se debe basar en evidencia con el objeto de evitar dudas razonables.

Cabe hacer la distinción en cuanto a la responsabilidad contractual con la afiliación a los servicios de salud, argumenta el Tribunal, las actividades comprendidas en la responsabilidad médica contractual, son aquellas que se suscribieron en específico entre el médico y el paciente. Es decir, aquellos deberes

que por virtud de dicho contrato de prestación de servicios debían cumplir tanto el médico y el paciente (pago de los servicios, fecha del procedimiento, lugar de la intervención médica, entre otros). En contraposición, en la prestación de los servicios de seguridad social no existe un contrato entre particulares, sino que se origina una responsabilidad de índole administrativo, al ser el Estado responsable de los daños causados por el “actuar irregular” de sus agentes (médicos e instituciones del sector público), tal y como ha quedado asentado en la tesis RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO OBJETIVA Y DIRECTA. SU SIGNIFICADO EN TÉRMINOS DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 113 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.⁵³⁶

En estos precedentes, el Poder Judicial hace hincapié en que no se puede aceptar la concepción consistente en que los hospitales privados y su personal médico son regidos únicamente bajo figuras de derecho privado, en especial cuando estos sujetos obran en aras a la protección de la salud de las personas. En atención a la complejidad de los sistemas jurídicos y de la estrecha relación entre sus componentes normativos, es claro que existen numerosos ámbitos en los cuales no se puede hacer una división clara y tajante entre derecho público y privado.

Lo anterior se actualiza en el ámbito de los hospitales privados y su personal médico, ya que su actuar tiene repercusiones en la protección de la salud de los pacientes. Por otra parte, no puede negarse que el objetivo consistente en proteger el derecho a la salud de los pacientes es un fin público, pues excede el mero interés de los particulares al ser una meta inherente del Estado mexicano. Así, tomando en consideración que uno de los bienes jurídicos protegidos mediante la atención médica privada es el derecho a la salud, y en virtud de que el mismo constituye un valor tutelado tanto en la Constitución, así como en tratados internacionales, es que no se puede restringir al ámbito normativo del derecho privado.

Arribando a la conclusión que el derecho a la salud deber ser respetado por hospitales privados y su personal médico y que toda práctica en los centros de salud privados dirigida a privilegiar, directa o indirectamente, dolosa o imprudencialmente, el lucro empresarial o personal de los médicos mediante cirugías innecesarias e injustificadas es contraria a los derechos humanos a la integridad personal y a la salud de los pacientes, lo que actualiza mala praxis médica, así como la obligación de pago de daños y perjuicios.

⁵³⁶ Instancia: Pleno, Novena Época, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 42/2008, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, Junio de 2008, página 722, Tipo: Jurisprudencia.

CONCLUSIÓN

A consideración propia esta línea jurisprudencial con sus derivaciones es la que más impacta en los usuarios de servicios de salud, dado que se dan día a día, millones de mexicanos acuden a los hospitales en busca de encontrar una atención adecuada, no obstante, se desconocen las obligaciones que tiene el establecimiento para con ellos y los derechos correlativos, tales como es que dicho tratamiento, sea ambulatorio u hospitalario, sea constante, de calidad y oportuno, lo que incluye el suministro de medicamentos.

Y dentro de esta atención, es fundamental el consentimiento informado, por dos cuestiones, el respeto a la autonomía del paciente para elegir si se somete a un tratamiento considerando los riesgos inherentes al mismo, basado en el deber del médico de proporcionarle la información necesaria para que tome esta decisión, la cual debe ser de manera continua, puesto que de ninguna forma se puede garantizar un éxito, sino que éste depende de múltiples factores y en el caso de ulteriores intervenciones, se debe proceder de la misma forma.

Ambas cuestiones, de no llevarse conforme a los protocolos médicos puede conllevar a responsabilidad médica, la cual podrá ser civil, administrativa, patrimonial e inclusive penal, por lo que el proceder del médico siempre debe ser basado en evidencia de los elementos que obren en el expediente clínico.

No podemos negar que para poder fincar una responsabilidad debe justificarse de manera indubitable que el médico dentro de su libertad prescriptiva se alejó de las buenas prácticas establecidas para determinados procedimientos, ocasionando un daño al paciente que pudo ser previsible al no ser necesaria la intervención quirúrgica.

En efecto esta línea jurisprudencial permite observar la evolución de esta dimensión del derecho a la salud, como es la prestación de servicios de atención médica, desde la forma en cómo debe proporcionarse tratamiento por parte de todas las instancias del Sistema Nacional de Salud, así como el contenido de esta prestación, tanto curativa como paliativa en este caso, incluyendo los protocolos a seguir por parte del personal que ha de brindar el servicio, so pena de infringir estas disposiciones, que deriven en algún tipo de responsabilidad.

Asimismo, esta línea que a consideración del que suscribe es la más importante del derecho a la salud, puede configurarse como una herramienta con la que cuente la comunidad para exigir sus derechos de una forma más informada,

exigiendo a partir de ello servicios de salud accesibles, de calidad y sobre todo integrales.

Además, de que esta línea jurisprudencial podría servir de actualización jurídica en este campo tanto para la comunidad jurídica, académica, administrativa y en general a todo profesional de la salud, debido a que le permite conocer sobre la temática.

Y finalmente, destacan algunas propuestas legislativas y administrativas que permitan el mejoramiento del sistema.

De ahí que comprender el estado actual de la naturaleza jurídica del derecho a la salud en los Tribunales permitirá identificar ¿A que tiene derecho toda la población cuando se habla de derecho a la protección de la salud dentro del ámbito de la atención médica?

4.2 LINEAS JURISPRUDENCIALES SOBRE PROTECCIÓN CONTRA RIESGOS SANITARIOS

En cuanto a las líneas jurisprudenciales desarrolladas en el ámbito de la protección contra riesgos sanitarios, como parte del derecho a la salud, entendiendo por ésta a la regulación, control y fomento de procesos, productos, métodos, instalaciones, servicios o actividades relacionados con las materias de salubridad general como lo establece la Ley General de Salud, verificando que cumplan con las especificaciones o requisitos sanitarios que deben reunir cada uno de los insumos, establecimientos, actividades y servicios relacionados con la salud y la prestación de servicios relacionados con la misma, el Poder Judicial ha sido muy activo, analizando diversos rubros como el control sanitario de productos del tabaco, de bebidas alcohólicas y de insumos para la salud.

Cabe mencionar que, gracias a la regulación sanitaria de este tipo de productos, se han podido mitigar los efectos nocivos a la salud de los mismos, tal y como se observa en el desarrollo de las líneas jurisprudenciales en materia de tabaco, de bebidas alcohólicas y de insumos para la salud, dejando para un posterior debate la regularización de la marihuana para uso medicinal y recientemente para uso lúdico.

En estas líneas destaca la ponderación que hacen los tribunales de la salud pública sobre la libertad de comercio y del trabajo, siendo esta materia de interés general y de orden público, justificándose la limitación en razón de que las medidas sanitarias de diversa índole persiguen fines constitucionalmente válidos como es

proteger la salud de la población, estimándose idóneas, necesarias y proporcionales.



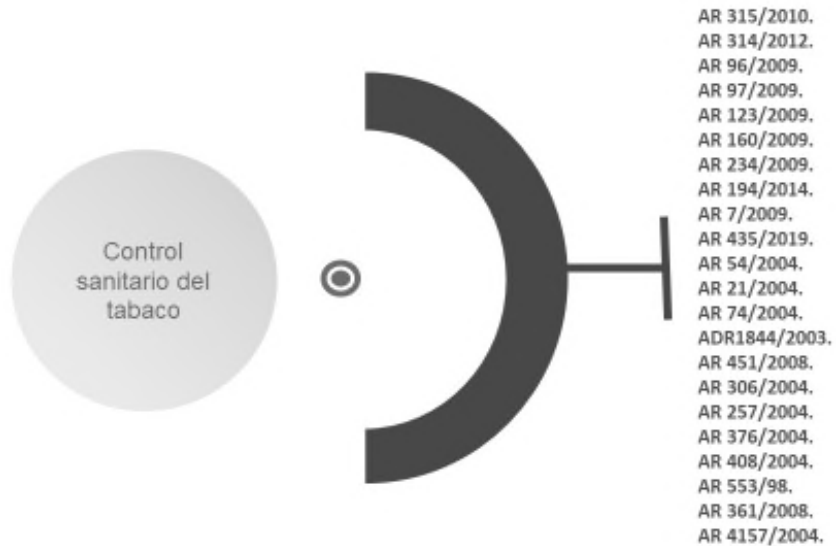
En el presente apartado, podemos observar 3 sentencias hito en la misma línea jurisprudencial, cada una de ellas relacionada con el subrubro de la protección contra riesgos sanitarios, como dimensión del derecho a la salud, destacando para ello el amparo⁵³⁷ en revisión 373/2017 relativo a la constitucionalidad de las medidas de seguridad sanitarias a bebidas alcohólicas, la contradicción de tesis 39/2021, sobre la prohibición en la comercialización, venta, distribución, exhibición, promoción o producción de cualquier objeto que no sea un producto del tabaco, que habrá de definir el criterio sobre la prohibición de éstos y finalmente destaca el amparo en revisión 243/2019 relacionado con el secreto industrial y que tienen una estrecha relación con la regulación sanitaria, en particular las cuestiones basadas en evidencia científica y el deber ineludible de la autoridad de cerciorarse que dichos insumos para la salud no ocasionen daños a la salud.

A continuación, se enuncian algunos precedentes que derivaron en tesis aisladas y en algunos casos en jurisprudencia.

⁵³⁷ Cabe mencionar que la figura jurídica del amparo se configura como un mecanismo de control constitucional ante la violación de derechos humanos ya sea por acción u omisión de los responsables de garantizar su cumplimiento.

4.2.1 Línea jurisprudencial en materia de tabaco

2. El derecho a la salud y la protección contra riesgos sanitarios



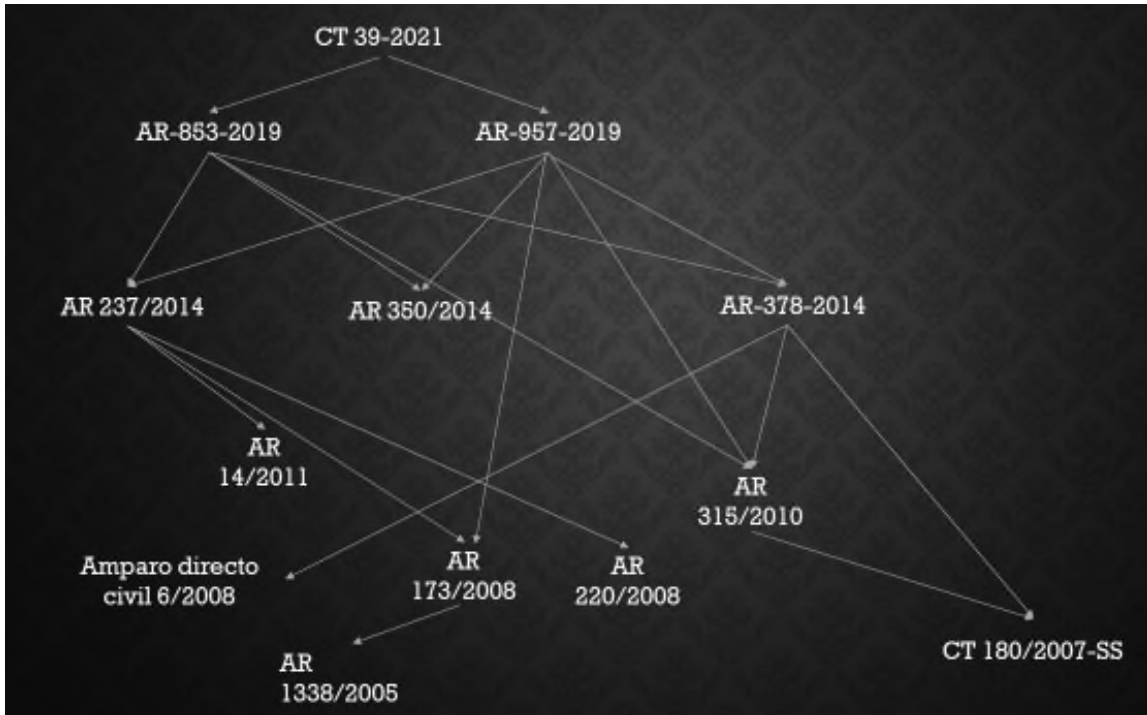
Para dar inicio a las líneas jurisprudenciales en este ámbito del derecho a la salud, se analiza lo relativo a la protección contra riesgos sanitarios ocasionados con motivo de la exposición al tabaco.

De entrada, se habrá de observar la forma en cómo nuestros tribunales han ponderado la salud pública respecto a la libertad de comercio, al resultar ésta de orden público y de interés social, lo cual se advierte de los razonamientos expuestos en la contradicción de tesis 39/2021, los Amparos en revisión 96/2009, 97/2009, 123/2009, 160/2009 y 234/2009, y que forjaron un criterio jurisprudencial por reiteración, así como los amparos en revisión 314/2012 y 7/2009, precedentes que sin lugar a dudas se relacionan con la protección a la salud y que son la columna vertebral de esta línea jurisprudencial. En específico, se analizan las razones de los Tribunales respecto a esta materia de análisis de casos vinculados a comercialización y regulación de productos del tabaco.

Estas consideraciones tienen un elemento común que radica en que los tribunales en su fallos han dado primacía al derecho a la salud a partir de una protección contra riesgos sanitarios a través de medidas sanitarias, entre las que destacan las alertas sanitarias o de las medidas necesarias para proteger a todas las personas de la exposición al humo de tabaco, así como para prevenir el inicio,

promover y apoyar el abandono y lograr una reducción del consumo de productos de tabaco, en cualquiera de sus formas.

Procedemos entonces a exponer los hechos que generaron el precedente a analizar y las razones que justificaron el mismo, asimismo se presenta un comentario al respecto de la línea jurisprudencial que nos ocupa.



La presente tabla refleja las interconexiones que se dan entre la sentencia hito y su nicho citacional y a su vez los nichos de éstas, precedentes en los que el Poder Judicial ha abordado el problema de la satisfacción del derecho a la salud en su componente de protección contra riesgos sanitarios y en particular los problemas relativos al consumo y exposición del tabaco, al ser su regulación un tema de salud pública dados los daños que representa a la colectividad en particular a menores de edad.

- *Sentencia hito*

Hechos. – Una empresa reclamó la constitucionalidad del artículo 16, fracción VI de la Ley General para el Control del Tabaco, en lo que refiere a la prohibición de comercializar cualquier objeto que, no siendo producto del tabaco, contenga algún elemento de la marca o cualquier tipo de diseño o señal auditiva que lo identifique con productos del tabaco

Criterio.- La Ley General para el Control del Tabaco, al regular el control sanitario de los productos del tabaco, no establece una prohibición absoluta para éstos, sino su control a partir de licencias o prohibiciones específicas, lo que no

ocurre en el caso de productos que no son del tabaco pero que contienen alguno de los elementos de la marca o cualquier tipo de diseño o señal auditiva que los identifique con productos del tabaco, a los que se impone una prohibición absoluta, a pesar de que ambos esquemas regulatorios, comparten la misma finalidad de combatir el tabaquismo y proteger la salud. Razón por la cual, crea indirectamente un tratamiento desigual, ya que los productos del tabaco que son los que, en estricto sentido, constituyen un riesgo directo a la salud, sí pueden ser objeto de comercialización a mayores de edad, en tanto que éstos no pueden tener acceso a productos que no son la causa directa de ese daño, que el tabaco sí produce; donde no se advierte que la prohibición absoluta prevista en el mencionado precepto se base en un daño directo que generen los productos que no son del tabaco, sino que la misma obedece el cumplimiento de la finalidad de la ley que, de forma estricta, está dirigida al control sanitario del tabaco y a la protección contra la exposición del humo que genera.

Justificación. - La Corte consideró que esta medida era racionalmente adecuada para la consecución de la finalidad buscada, ya que existe una relación objetiva y lógica entre ella y fin que la misma persigue, esto es, a través de la medida en estudio se restringen ciertos actos de comercio relacionados con productos que no son del tabaco a fin de proteger la salud de quienes pudieran habituarse o tener una primera aproximación con el tabaquismo, así como de quienes se encuentran cerca y reciben el humo de segunda mano.

No obstante, el modo para alcanzar la finalidad antes identificada es desproporcional, ya que si bien la prohibición aludida busca un fin constitucionalmente válido, como lo es proteger la salud a partir de la restricción de ciertos actos de comercio relacionados con productos que no son del tabaco, y lo hace a partir de una medida que, en términos generales, puede considerarse racionalmente adecuada para la consecución de dicha finalidad, lo cierto es que, de cualquier forma, ello se hace de un modo abiertamente desproporcional ya que no se prohíben solo determinados productos que no son del tabaco y que sí pudieran tener impacto directo y grave en la salud, o ser mayormente influyentes en el consumo del tabaco, sino que se prohíben de forma abierta todos ellos, sin excepción alguna, así como distintas facetas que impiden el acceso a los mismos por cualquier medio, dado que la prohibición se extiende a su comercialización, venta, distribución, exhibición, promoción o producción; por lo que, aunque no esté prohibida expresamente, por ejemplo, su importación, ello sin duda impacta la posibilidad de dicha actividad, puesto que de cualquier forma, no podría distribuirse el producto importado.

Así pues, el problema de la norma en estudio es que no se ubica ni siquiera en un abanico de tratamientos que pudieran considerarse, cuando menos, medianamente proporcionales, pues la prohibición absoluta referida —sin excepción alguna posible— también resulta indeterminada y sobre inclusiva, ya que igual se prohíben productos que no son del tabaco que directamente puedan tener mayor incidencia en su consumo o adicción, que productos que pudiesen tener menor incidencia.

Esta diferencia en el trato obedece a un tema de prevención por una parte, de que no hay evidencia científica de los daños que produce este tipo de productos y por otra parte, de un tema regulatorio en el cual se busca informar de los daños a la salud ya conocidos que puede causar el tabaco y éstos se enfocan en la autonomía del individuo de consumir bajo su propio riesgo este producto, con la información que se cuenta, lo que no acontece con los otros, de ahí que sí se estima que sea proporcional esta distinción normativa, basada en criterios determinados y no sobre una incertidumbre del consumidor respecto a su estado de salud.

Finalmente, el Pleno manifestó que su fallo no debe entenderse como un pronunciamiento dirigido a permitir abiertamente actividades relacionadas con el consumo de cigarros electrónicos para vapeo y sus accesorios por considerarse que es inconstitucional vedar el acceso a los mismos, sino únicamente como una sentencia que considera inconstitucional la prohibición absoluta y abiertamente desproporcional que contiene una norma general, la cual impide cualquier actividad relacionada con productos que, sin ser del tabaco, contienen alguno de los elementos de la marca, o cualquier tipo de diseño o señal auditiva que lo identifique con productos del tabaco.

- *Sentencia fundadora de línea*

Hechos. Se interpusieron diversos Amparos en Revisión⁵³⁸ contra actos de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y otras autoridades, consistentes en la emisión de la LPSNFDF, por considerar que violentaba la libertad de trabajo en su vertiente del libre comercio. De la cual derivaron diversos criterios jurisprudenciales, entre los que destacan se encuentran los siguientes:

Criterio. Las medidas legislativas contenidas en la Ley citada restringen las actividades que pueden desarrollarse en los establecimientos mercantiles abiertos al público en la ciudad para proteger el derecho a la salud tanto de los fumadores como de los no fumadores, mediante disposiciones

⁵³⁸ Amparos en revisión 96/2009, 97/2009, 123/2009, 160/2009 y 234/2009.

instrumentalmente aptas y necesarias para alcanzar el objetivo citado. Como es de general conocimiento, la práctica de fumar causa miles de muertes cada año, cáncer de pulmón, padecimientos cardiovasculares y una variedad de enfermedades crónicas que aquejan a muchas personas. Aunque en algunos casos las enfermedades y la muerte se asocian a su consumo personal y directo, en otros muchos derivan de los efectos del llamado "humo de segunda mano" o "humo de tabaco ambiental".

Ahora bien, el Tribunal alude que el legislador parte de la base de que la eventual alternativa de mantener la coexistencia entre fumadores y no fumadores puede darse mediante el establecimiento de zonas delimitadas y acondicionadas o la prohibición absoluta de fumar en lugares cerrados; los dos modelos no son equivalentes en cuanto a su potencialidad para alcanzar los resultados deseados.

Asimismo, la Corte estableció que las medidas legislativas contenidas en la Ley citada restringen las actividades que pueden desarrollarse en los establecimientos mercantiles abiertos al público en la ciudad, debe destacarse que para ello se adoptan medidas adecuadas y proporcionales cuya finalidad es garantizar el derecho a la salud tanto de los fumadores como de los no fumadores, de modo que no viola la garantía de libertad de comercio contenida en el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior es así, porque proteger la salud de las personas es un objetivo sobradamente importante para operar como justificador de la limitación a la libertad de comercio e industria instrumentada mediante una norma que impide fumar en los espacios cerrados de los establecimientos públicos.

Justificación. - En las consideraciones esgrimidas por el Poder Judicial, estimó que las prohibiciones contenidas en de la LPSNFDF persiguen una finalidad constitucionalmente legítima y admisible. Los objetivos o finalidades que el legislador pretende alcanzar son, entonces, claros. La medida legislativa restringe en alguna medida el ámbito de lo que puede suceder en los establecimientos mercantiles abiertos al público en el Distrito Federal en aras de proteger el derecho a la salud tanto de las personas fumadoras como de las no fumadoras y no le asiste, por tanto, la razón a los recurrentes cuando aduce que la ley lo priva sin motivo justificado del derecho al trabajo.

La protección de la salud, en definitiva, es una previsión constitucional sobradamente importante para operar como objetivo justificador de la limitación a la libertad de comercio e industria representada por una norma que impide fumar en los espacios cerrados de los establecimientos abiertos al público. Esta libertad,

como es sabido, está situada en casi cualquiera de los ámbitos de su ejercicio, en el centro de un entramado regulatorio muy intenso, destinado a garantizar ése y otros muchos contenidos constitucionalmente relevantes, cuya protección se vería puesta en peligro por un ejercicio de la misma indebidamente limitado desde la perspectiva de objetivos e intereses públicos como los que las previsiones legislativas impugnadas sitúan en el centro de sus propósitos.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la medida legislativa examinada era instrumentalmente apta y necesaria para alcanzar los objetivos anteriormente identificados. Por tanto, la prohibición de fumar en establecimientos de acceso al público es una medida instrumentalmente apta para alcanzar los objetivos de protección a la vida y a la salud que el legislador legítimamente busca proteger, por lo tanto, no se viola en su perjuicio el derecho a la libertad de trabajo o comercio.

Y además dichas medidas estaban justificadas por la necesidad de proteger la salud y la vida de las personas, como tantas otras que condicionan el desarrollo de las actividades profesionales privadas en el país, advirtiendo que la intención de la Ley es proteger la salud de la población de los efectos nocivos por inhalar involuntariamente el humo de tabaco, cuando además de esa protección. La protección a quienes inhalan voluntariamente el humo del tabaco, se deriva de la obligación de establecer mecanismos, acciones y políticas públicas tendientes a prevenir y disminuir las consecuencias derivadas de la exposición al humo de tabaco en cualquiera de sus formas.

En este contexto, la autoridad tiene el deber de la instrumentación de, entre otras cuestiones, políticas públicas para disminuir las consecuencias de la exposición al humo de tabaco, efectos nocivos que se presentan para: a) los fumadores de tabaco; b) quienes inhalan el humo del tabaco involuntariamente y; también para c) quienes lo inhalan voluntariamente.

De esta línea podemos concluir que el derecho a la salud es considerado por el juzgador un derecho de rango constitucional y a su vez ésta ha ponderado en sus determinaciones el interés social sobre el individual, particularmente por un tema de salud y principalmente por salud pública, al destacar que el tabaquismo es un problema de salud pública, debido a su magnitud y trascendencia. Y por ello, con la finalidad de fortalecer y apuntalar las acciones en materia de protección contra riesgos sanitarios se emitieron tanto la *Ley General para el Control del Tabaco* como las leyes locales en esta misma materia.

Como parte de las acciones que el Estado está obligado a implementar para proteger la salud de la población, en lo que refiere al establecimiento de controles sanitarios, se ha resaltado por la Corte la naturaleza de las medidas sanitarias tendientes a proteger el derecho a la salud.

- *Sentencia consolidadora de línea*

En cuanto al amparo en revisión 7/2009 a través del cual se analizó las medidas de comercialización de cigarrillos, la Corte estimó que con la prohibición de la venta directa de manera individual se desincentivaba su compra y consumo, lo cual redundaría en una disminución de los riesgos asociados a su extendido consumo.

Hechos. – Una empresa en vía de amparo reclamo la discusión, aprobación, expedición, promulgación, refrendo y publicación del “Decreto por el que se expide la Ley General para el Control del Tabaco por violentar su derecho al comercio, al disponer que los restaurantes y bares, entre otro tipo de establecimientos mercantiles, tienen estrictamente prohibida la venta de productos derivados del tabaco en el Distrito Federal, al ser el tabaquismo y los daños físicos y económicos que causa es considerado como uno de los principales problemas de salud pública a nivel mundial y nacional.

Criterio. - El objetivo de la norma es proteger el derecho a la salud de la población, el cual es constitucionalmente relevante y sobradamente importante para operar como base justificadora de la limitación a la libertad de comercio representada por una norma que impone condiciones respecto de la colocación de los cigarrillos en las tiendas. Además, la norma es instrumentalmente apta para avanzar hacia dicho objetivo, pues como es de general conocimiento, la práctica de fumar es responsable de miles de muertes cada año, así como del cáncer de pulmón, los padecimientos cardiovasculares y una variedad de enfermedades crónicas que aquejan a muchas personas.

Justificación. - La Corte como en los casos anteriores, concluyó que la medida es racional e idónea en tanto que en este caso existe claramente conexión instrumental entre el objetivo antes identificado y la opción de no permitir que se publiciten los productos tabacaleros en medios que estén al alcance de los menores.

Lo anterior se afirma como aconteció en el Amparo en Revisión 7/2009, al resolver que, en el ámbito del tabaco y la libertad de comercio, los poderes públicos deben poder ir diseñando y modificando las políticas públicas y las estrategias mediante las cuales se proponen avanzar hacia la consecución de determinados

objetivos, siempre y cuando respeten las condiciones básicas de racionalidad en que se centra nuestro examen.

Así las cosas, la estrategia anti-tabaco y pro-salud seleccionada por el legislador parte de dos premisas que parece importante explicitar. En primer lugar, el legislador mexicano, como tantos otros en el mundo, interpreta que la lucha legal contra los efectos del tabaco en la salud de las personas no debe traducirse en una prohibición absoluta de venta y consumo de los productos del tabaco, sino en la introducción de estrictas restricciones de tiempo, modo y lugar respecto de las condiciones en las que estos productos pueden ser promocionados, adquiridos y consumidos por las personas adultas.

La Corte se apoyó en los argumentos del legislador en los que en la exposición de motivos únicamente impone una condición específica de modo y lugar entre la infinidad de otras condiciones de modo y lugar que tienen que ser observadas en la publicidad de productos y servicios, sobre la base de la necesidad de proteger una infinidad de derechos e intereses públicos que esa actividad pone en juego; así pues, se traduce en la necesidad de respetar una norma con un impacto mínimo en la libertad de dedicarse a vender productos derivados del tabaco, cuya racionalidad y proporcionalidad ha sido, por lo demás, ya mostrada, no vulnera tampoco la libertad constitucional amparada por el artículo 5° de la Carta Magna; de ahí lo infundado del agravio en estudio.

El Pleno anticipó que una de las acciones prioritarias para prevenir esta adicción en los grupos considerados de alto riesgo (niños, jóvenes, embarazadas, etcétera), y entre la población en general, era la difusión de las medidas legislativas adoptadas para defender el derecho de toda persona a no ser afectada en forma involuntaria por el tabaquismo y se concluyó que debido a que el artículo 4° constitucional establece como garantía constitucional el derecho a un medio ambiente sano, lo que no se cumple al permitir que la población vulnerable al humo del tabaco esté expuesta a su inhalación involuntaria, el Estado debía remediar tal situación, a fin de hacer respetar esa garantía constitucional.

Justificó tal restricción en el interés superior de la sociedad, por una parte, de que se respete y se haga respetar el derecho a la protección de la salud de las personas, y más particularmente de contar con espacios públicos cerrados libres del humo de tabaco, para de este modo reducir las consecuencias de orden macro-social que derivan de la inhalación involuntaria de esa sustancia tóxica. Esto es así, máxime si ello representa el cumplimiento de los compromisos internacionales

adquiridos por México⁵³⁹ en el contexto del respeto de los derechos fundamentales, sobre todo si una de las prerrogativas que México se comprometió a respetar con mayor énfasis, es precisamente adoptar las medidas necesarias para proteger a todas las personas de la exposición al humo de tabaco, así como para prevenir el inicio, promover y apoyar el abandono y lograr una reducción del consumo de productos de tabaco, en cualquiera de sus formas.

La restricción a la libertad ocupacional impuesta en el precepto reclamado, dada la finalidad constitucionalmente válida que persigue, justifica la conveniencia de prohibir la venta de los productos derivados del tabaco en los establecimientos mercantiles cerrados, por lo que el precepto legal impugnado contiene la llamada razón legítima que justifica la restricción a la libertad ocupacional, sobre todo porque existe un imperativo de orden público, y de interés social, que debe prevalecer frente al derecho de los gobernados en lo individual a comercializar un producto que es nocivo para la salud.

Por tanto, dentro del marco de las prerrogativas constitucionales, es admisible que no sólo se prohíba el consumo de productos derivados del tabaco en ese tipo de lugares, sino que se prohíba su venta, para dar coherencia al sistema legal y con ello asegurar una mayor eficacia de la medida, puesto que de otro modo carecería de sentido que se prohibiera el consumo de productos derivados de tabaco en lugares cerrados, si a su vez se pone en riesgo la eficacia de la medida permitiendo su venta en el lugar en el que no pueden consumirse, lo que sería tanto como fomentar su consumo. Si bien una de las razones de la prohibición contenida en el precepto reclamado, se encaminan a disminuir el consumo del tabaco, su propósito no es lograr tal cometido en forma aislada, sino como parte de una política para que no se comercialicen, ni se consuman productos derivados del tabaco en lugares cerrados.

El tabaquismo no afecta solamente a quienes fuman, sino a personas no fumadoras expuestas involuntariamente al humo de los cigarrillos. Fumar ocasiona un gran número de enfermedades no sólo a los consumidores, sino también a aquellas personas que se ven obligadas a convivir con algún fumador. De permitir el daño a los no fumadores por el humo del tabaco, el Estado estaría incumpliendo

⁵³⁹ Como parte de los compromisos del Convenio Marco, destaca la implementación de medidas relacionadas con los precios e impuestos para reducir la demanda de tabaco, y medidas no relacionadas con los precios para reducir la demanda de tabaco, a saber: la protección contra la exposición al humo de tabaco; la reglamentación del contenido de los productos de tabaco; la reglamentación de la divulgación de información sobre los productos de tabaco; el empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco; la educación, comunicación, formación y concientización del público; f) publicidad, promoción y patrocinio del tabaco; y medidas de reducción de la demanda relativas a la dependencia y al abandono del tabaco.

con el mandato del artículo 4° de la Constitución Federal, que establece como garantías el derecho a la salud y a un medio ambiente sano. Existe prevalencia del derecho al aire limpio y a la salud como superior al derecho de fumar cuando se daña a terceros.

Asimismo, destacó el Tribunal que tanto en México como en el mundo la exposición al humo de tabaco es una epidemia de carácter grave que representa una de las principales causas de enfermedad, muerte y discapacidad evitables. Prosigue el señalar que el derecho a la vida, el derecho a la protección de la salud, el derecho a un medio ambiente digno, el Convenio Marco para el Control del Tabaco, y otros tratados internacionales y leyes mexicanas reconocen y justifican proteger la salud pública a través de la protección contra la exposición al humo de tabaco de segunda mano. Es por ello que la salud pública tiene una meta común en cualquier país o población "el máximo nivel de salud y calidad de vida posible".

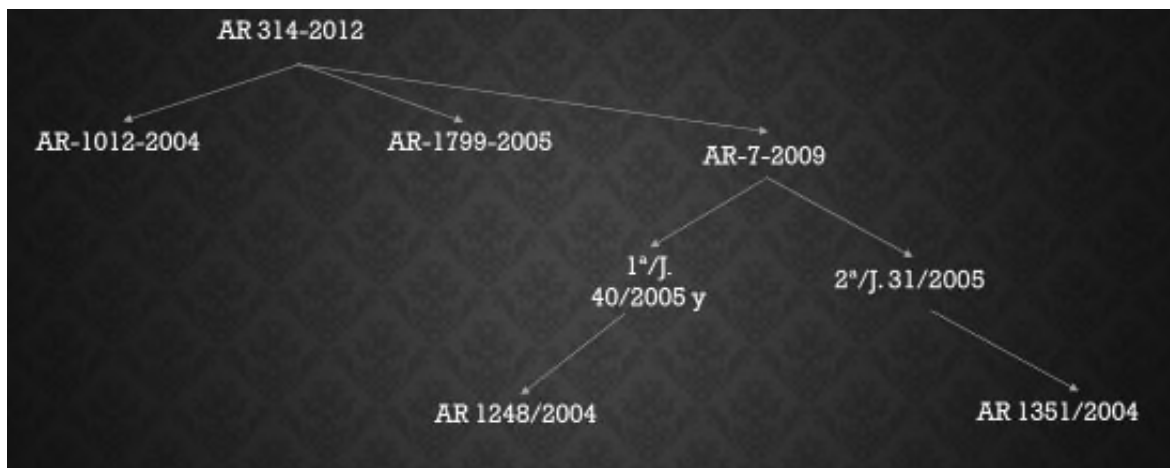
El Tribunal destacó que es prioritario prevenir dicha adicción mediante campañas en grupos considerados de alto riesgo, como niños, jóvenes y embarazadas. La sociedad –especialmente los jóvenes- requiere estar informada para no caer en el tabaquismo.

La *Ley para la Protección de la Salud de los No Fumadores*, pretende salvaguardar la salud de los no fumadores que pueden verse afectados por el consumo de alguien más, por lo cual es urgente actualizar las disposiciones legales para desincentivar de manera efectiva el consumo de tabaco. Se pretende con su emisión que los no consumidores de tabaco, se vean liberados de la molesta situación que provoca el inhalar involuntariamente el humo que despiden quienes sí lo consumen. Lo que se busca es proteger el derecho de los no fumadores a una vida libre de humo de tabaco, con lo cual se pretende exista una mayor cantidad de espacios para los no fumadores. Si una persona no quiere fumar y evita el consumo de cigarro -por las causas que quiera-, lo menos que puede hacer la sociedad es apoyar su legítimo derecho a no contaminarse con las sustancias químicas-tóxicas que despiden el humo del tabaco.

El Tribunal advirtió que persistió como justificación y prioridad, cuidar de la salud pública de los ciudadanos no fumadores, a través de legislar como obligatoria la división física de los espacios cerrados públicos en aquellos establecimientos mercantiles donde concurren fumadores y no fumadores. En cuanto a la comercialización y venta de productos derivados del tabaco, se destacó que los menores de edad y los jóvenes son grupos vulnerables de adicción al tabaco, por lo cual se propuso prohibir el acceso de los primeros a las áreas destinadas para

fumadores en los establecimientos mercantiles, así como prohibir la venta de tabaco a menores de edad.

Por otra parte, en los que refiere a las medidas de control, regulación y vigilancia sanitaria de estos productos, en el Amparo en revisión 314/2012 se abundó sobre la importancia de las medidas de seguridad sanitaria tendientes a proteger la salud de la población, por ser un tema de salud pública.



La presente tabla refleja las interconexiones que se dan entre la sentencia hito y su nicho citacional y a su vez los nichos de éstas, precedentes en los que el Poder Judicial ha abordado el problema de la satisfacción del derecho a la salud en su componente de protección contra riesgos sanitarios y en particular los problemas relativos al consumo y exposición del tabaco, al ser su regulación un tema de salud pública dados los daños que representa a la colectividad en particular a menores de edad.

- *Precedente relevante*

Hechos. - En el Amparo en revisión 314/2012, una empresa se amparó en contra de la orden de suspensión de un mensaje publicitario, se traduce en un medio por el cual el Estado impone al particular la prohibición definitiva e instantánea del derecho de publicitar sus productos, derivada de la Ley General para el Control del Tabaco.

Criterio. - Se consideran medidas de seguridad las disposiciones que, conforme a la propia ley y demás ordenamientos aplicables, dicte la autoridad sanitaria para proteger la salud de la población, entre otras, la suspensión de mensajes publicitarios en materia de salud.

El bien jurídico tutelado por las medidas de seguridad sanitarias es la salud de la población, como cuestión de orden público e interés social, pues según el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las

personas tienen derecho a su protección. En ese sentido, la medida sólo restringe de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger un bien jurídico de mayor entidad como el derecho a la salud, por ser una prioridad de orden público y de naturaleza urgente e inaplazable.

Justificación. - A decir del Tribunal la mejor manera de asegurar a los gobernados su derecho a la salud, es adoptando medidas de seguridad sanitarias que operen de manera inmediata y al tenor de la ponderación o un criterio de oportunidad que sólo la autoridad administrativa puede emplear en cada caso concreto, sin tener que someterse a rígidos esquemas que podrían impedir protección eficaz del derecho a la salud de la población. Lo anterior encuentra sentido en el entendido de que la protección a la salud de las personas no puede quedar sujeta a los resultados de un juicio o procedimiento administrativo en el que previamente se respete la garantía de audiencia del gobernado afectado con la medida cautelar, sino que es preciso que se garantice de manera inmediata el derecho que se estima puede resultar afectado y cuya protección, en el caso concreto, es de orden público y de interés social.

Así pues, a juicio de la Corte, es claro que debe persistir una restricción que contiene la norma impugnada, si tiene una finalidad legítima, pues busca proteger la salud de la población en general y de los menores de edad en particular; por lo que se trata de un objetivo constitucionalmente admisible, importante y relevante.

La restricción relativa a que la publicidad de productos del tabaco sólo sea dirigida a mayores de edad a través de revistas para adultos, comunicación personal por correo o dentro de establecimientos de acceso exclusivo para aquéllos no tiene como finalidad específica el inhibir la venta y consumo de tabaco, sino que su objetivo es el de proteger la salud, principalmente de los niños y jóvenes, en tanto que éstos no tienen la capacidad para determinar lo que es bueno o es malo para su persona, debido a que el grado de promoción de los productos de tabaco influye en su nivel de consumo, además de que la promoción se ha asociado en particular al inicio del tabaquismo entre los jóvenes. Por consiguiente, la SCJN concluyó que la restricción en estudio sí responde a una finalidad legítima y constitucionalmente válida que, además, en tanto que protege el derecho a la salud de un grupo vulnerable como son los niños y jóvenes, es de interés público y social.

Si bien el Estado ha sido muy consciente de los riesgos sanitarios que causa estos productos, recientemente en el caso de los vapeadores en la contradicción de tesis 39/2021 resolvió sobre la prohibición en la comercialización, venta, distribución, exhibición, promoción o producción de cualquier objeto que no sea un

producto del tabaco, que contenga alguno de los elementos de la marca o cualquier tipo de diseño o señal auditiva que lo identifique con productos del tabaco, cuyo objeto radica en proteger el derecho a la salud tanto de las personas fumadoras como de las no fumadoras, así como promover un medio ambiente digno. De ahí que se esté en presencia de objetivos respaldados por los derechos del artículo 4º de la Constitución Federal.

Comentario. – Se puede apreciar que las determinaciones en materia de protección contra riesgos sanitarios derivadas del uso y consumo del tabaco se basaron en un ponderación del derecho a la salud sobre otros derechos fundamentales, manifestando que si bien se podía sostener que se estaba ante una colisión de derechos fundamentales entre el derecho a la salud y el derecho de propiedad, lo cierto es que atendiendo a la teoría de ponderación de principios, este último derecho debe ceder ante el primero, en virtud de que se satisfacen los elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en virtud de que la protección de la salud constituye un elemento esencial para la subsistencia de todo ser humano.

Destaca el Tribunal la necesidad de las restricciones a la libertad de trabajo, en atención a la finalidad que persiguen, siendo éstas constitucionalmente válidas e idóneas, ya que se justifica la conveniencia de prohibir la venta de los productos derivados del tabaco sobre todo porque existe un imperativo de orden público, y de interés social, que debe prevalecer frente al derecho de los gobernados en lo individual a comercializar un producto que es nocivo para la salud.

De los primeros precedentes, pudimos observar como en aras de proteger el derecho a la salud, el Poder Judicial en una posición frontal contra las prohibiciones en materia de salud, ha ido fallando en pro de una mejor regulación, que permita proteger la salud propia y la de terceros, basado en evidencia científica que deberá de observar la autoridad legislativa y administrativa siempre en busca de proteger el derecho a la salud.

En este entendido, es cierto que los tribunales han sido muy liberales al grado de reiterar que como parte del derecho a la salud se encuentra precisamente "el derecho a controlar la propia salud y el propio cuerpo". En tanto que los derechos se refieren al acceso a una amplia gama de instalaciones, bienes, servicios y condiciones que ofrezcan igualdad de oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud. Pero también es cierto que, al menos en el caso de los niños, éstos "necesitan información y educación sobre todos los aspectos de la salud para poder

adoptar decisiones fundamentadas en relación con su estilo de vida y el acceso a los servicios sanitarios”.

De esta suerte, se aprecia cómo se ha definido por nuestros tribunales federales el derecho a la protección a la salud derivado de los riesgos asociados a los productos del tabaco, ponderando en todo momento el derecho a la salud de la población sobre otros derechos, destacando la parte social del mismo y sobre todo su condición de bien público.

De las razones dadas en estas resoluciones que formaron precedentes, se desprende con claridad que la preocupación subyacente, consiste en mejorar las condiciones de control sanitario del tabaco, dado que es un problema de salud pública. Por lo que era imperioso para el legislador regular de manera pormenorizada esta materia ante la falta de una regulación legal que asegurara la protección de la salud de los consumidores y no consumidores de estos productos y, por tanto, velar por la emisión de una norma que buscara la protección de los derechos de terceros que se pueden ver afectados por el ejercicio irrestricto de esta actividad.

El Estado tiene el deber de emprender las acciones necesarias para alcanzar ese fin, tales como el desarrollo de políticas públicas, controles de calidad de los servicios de salud, identificación de los principales problemas que afecten la salud pública del conglomerado social, entre otras.

Cabe mencionar que el problema constitucional identificado de “la protección a la salud” no se tomó de manera literal de los agravios presentados por los quejosos, al contrario, devino del ejercicio interpretativo de la personas juzgadoras al ponderar el derecho a la salud sobre la libertad de comercio y en su caso sobre el trato diferenciado en la regulación (tal y como ha acontecido con el tema de las cirugías estéticas) privilegiando el interés público y sobre todo la salud pública entendida como la disciplina encargada de la protección de la salud a nivel poblacional, que busca mejorar las condiciones de salud de las comunidades mediante la promoción de estilos de vida saludables, las campañas de concientización, la educación y la investigación.

La problemática que aquí se analiza se refiere esencialmente a la dimensión social de la protección del derecho a la salud, en relación con la obligación estatal de tomar todas las medidas necesarias a fin de evitar que la integridad física de las personas pueda ser puesta en peligro, en términos de una previsión general que

debe ser tomada en cuenta en relación con posibles riesgos relacionados con el empleo de artefactos y el consumo de sustancias de diversa índole.

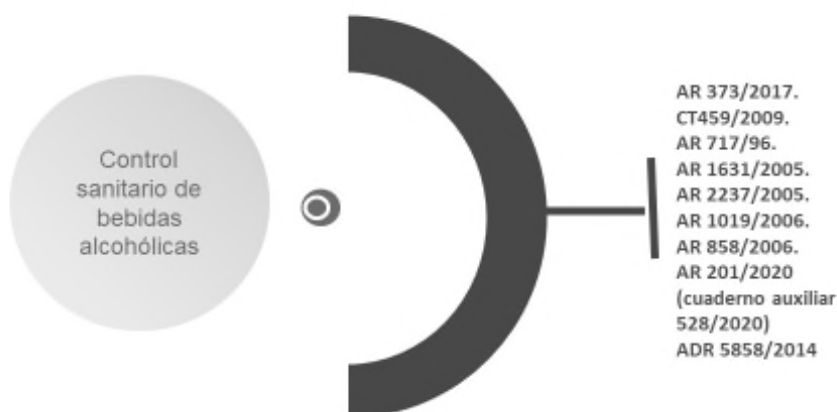
Queda pendiente, de lo expresado por el Poder Judicial en nuestra *sentencia hito* regular de manera específica las actividades comerciales relacionadas con los “cigarros electrónicos”, empero la Corte determinó que esta apreciación de ninguna manera debe ser entendida como una obstaculización irracional de las actividades comerciales o de la inclusión de innovaciones en distintos ámbitos del desarrollo humano, a través de la pretendida potencialización de los alcances del derecho a la salud, y las obligaciones del estado en la materia pues, por el contrario, lo que se busca evitar es la eliminación de posibles eventos de los que resulten mayores daños. Tómese en cuenta, además, que se trata de una decisión en términos preliminares ante la ausencia de información y reglamentación particular al día de hoy, pero de ninguna manera significa una decisión permanente.

Lo anterior en el entendido de que los cigarros electrónicos no existían en el mercado ni eran parte de la posibilidad de consumo vaporización de sustancias, sin embargo, la relevancia del tema, la naturaleza de la norma y la obligación del Estado mexicano de proteger cautelarmente el derecho a la salud, conducen a concluir que la prohibición contenida en ese enunciado comprende, de forma constitucionalmente válida, dicho dispositivo. Puesto que con estas disposiciones se pretende una protección reforzada de la integridad y salud de las personas que debe apreciarse por el principio de cautela en materia del derecho a la salud.

Lo cual obedece a la obligación a cargo del Estado Mexicano de tomar todas las medidas necesarias para actuar con cautela en relación con innovaciones tecnológicas y de corte químico que pretenden ser de uso cotidiano para la generalidad de los consumidores, lo cual significa que, en tanto se carezca de los estudios, protocolos, análisis y reglamentación específicos, no es posible acceder a su comercialización inmediata (ni siquiera por su aparente parecido con otro producto disponible en el mercado para su compra y venta, y que es de uso ordinario para las personas, como ocurre con el consumo tradicional del tabaco).

4.2.2 La línea jurisprudencial en materia de bebidas alcohólicas

3. El derecho a la salud y la protección contra riesgos sanitarios

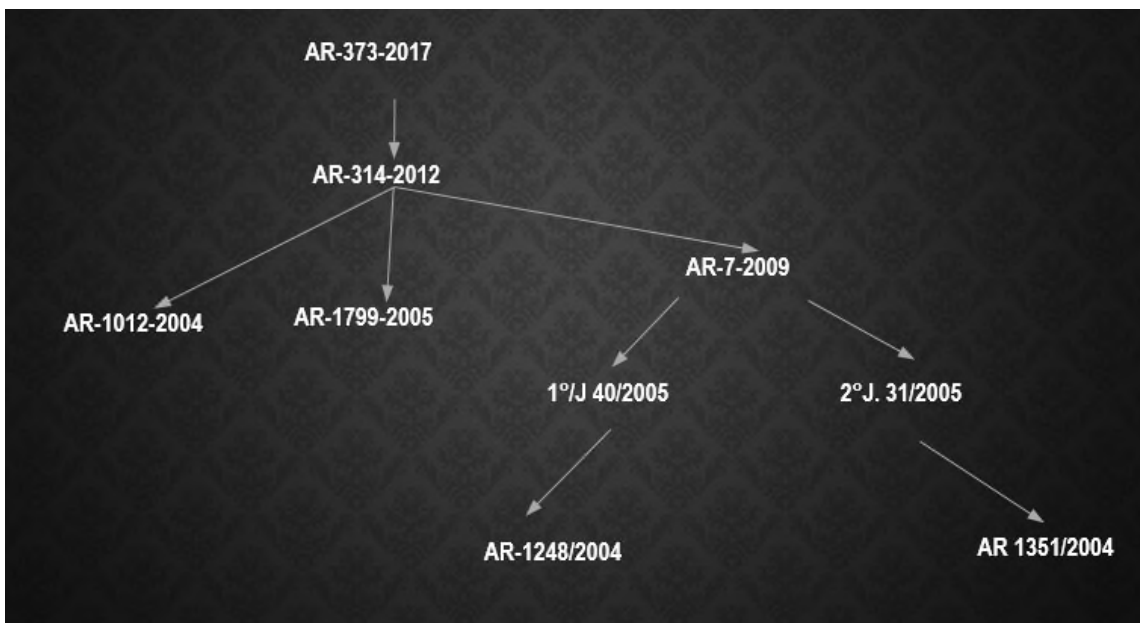


El desarrollo de las líneas jurisprudenciales en materia de salud, en la dimensión de riesgos sanitarios que se ha venido exponiendo, también alcanza lo relativo a la regulación de bebidas alcohólicas, privilegiando en estos casos también el interés general, al ser un tema de orden público, dado que la ingestión inmoderada de alcohol se considera un problema de salud pública, tanto por el número de personas a las que afecta como por las consecuencias sociales que acarrea.

En este entendido, el desarrollo de las líneas en materia de bebidas alcohólicas, pasa por diversas aristas como es la cuestión de la alerta sanitaria como un mecanismo de prevención de la salud a partir de actividades de vigilancia sanitaria dados los riesgos a la salud que puede ocasionar un producto, o las limitantes que se presentan al comercio en aras de proteger la salud pública e incluso quien es la autoridad sanitaria facultada para imponer estas medidas sanitarias.

En este rubro de la protección contra riesgos sanitarios derivados del uso y consumo del alcohol, destacan diversos precedentes como es el amparo en revisión 373/2017, que se configura como nuestra sentencia hito, los amparos en 1631/2005, 2237/2005, 1019/2006 y 858/2006, que vinieron a consolidar la jurisprudencia en esta materia, así como el amparo en revisión 5858/2005, la contradicción de tesis 459/2009 y finalmente el amparo en revisión 201/2020 como un precedente relevante en esta subdimensión de la derecho a la salud.

Al respecto, en el amparo en revisión 373/2017 se reafirma la posición del Tribunal respecto a la constitucionalidad de las medidas de seguridad sanitarias, en particular, la importancia sobre los mensajes publicitarios que adviertan peligros de daños a la salud, denominados alertas sanitarias, cuya finalidad es proteger la salud de la población, en tanto pondera, como preferente, atender el interés público, así como la protección de usuarios o consumidores de bienes o servicios que impliquen un riesgo importante; también busca proteger y evitar el deterioro del bien jurídico que tutela, como una cuestión prioritaria y preferente, razones por las cuales dicha determinación se configura para los efectos que nos interesan como la *sentencia hito*.



La presente tabla refleja las interconexiones que se dan entre la sentencia hito y su nicho citacional y a su vez los nichos de éstas, precedentes en los que el Poder Judicial ha abordado el problema de la satisfacción del derecho a la salud en su componente de protección contra riesgos sanitarios y en particular los problemas relativos a la venta y consumo de bebidas alcohólicas, al ser su regulación un tema de salud pública dados los daños que representa a la colectividad en particular a menores de edad.

- **Sentencia hito.**

Hechos. - En el amparo 373/2017, una persona se quejó por la afectación que le causaba la emisión de una alerta sanitaria relacionada con determinadas bebidas alcohólicas y dado que esta situación afectaba su comercialización, interpuso el juicio de amparo.

Criterio. - El Tribunal determinó que se consideran medidas de seguridad las disposiciones que dicte la autoridad sanitaria competente, de conformidad con los

preceptos de la Ley General de Salud y demás disposiciones aplicables, para proteger la salud de la población. Dichas medidas de seguridad se aplicarán sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, correspondan y buscan evitar que se causen o continúen causando riesgos o daños a la salud.

La alerta sanitaria, al ser una medida de seguridad de inmediata ejecución cuya finalidad es proteger la salud de la población, justifica la restricción temporal del derecho al trabajo de un particular.

Justificación.- El Tribunal hizo referencia a que la Secretaría de Salud y la COFEPRIS⁵⁴⁰ tienen atribuciones para ejercer la regulación, control, vigilancia y fomento sanitarios. En particular, aborda la cuestión de la vigilancia sanitaria, misma que se refiere al conjunto de acciones de evaluación, verificación y supervisión del cumplimiento de los requisitos establecidos en las disposiciones aplicables que deben observarse en los procesos, productos, métodos, instalaciones, servicios o actividades relacionados con diversas materias que pueden afectar la salud humana y ésta se lleva a cabo a través de diversas diligencias, entre las cuales se encuentran las visitas de verificación a cargo del personal expresamente autorizado por la autoridad sanitaria competente para llevar a cabo la verificación física del cumplimiento de la ley y demás disposiciones aplicables.

Y que las autoridades sanitarias para tales efectos podían ejecutar las medidas de seguridad contempladas en la Ley General de Salud. Y entre las referidas medidas, se encuentra la emisión de mensajes publicitarios que advierta peligros de daños a la salud es una medida de seguridad sanitaria de inmediata ejecución. En síntesis, la emisión de mensajes publicitarios que advierta peligros de daños a la salud o también llamada alerta sanitaria es una medida de seguridad de inmediata ejecución, cuya finalidad es proteger la salud de la población, en tanto pondera como preferente atender el interés público, así como la protección de usuarios o consumidores de bienes o servicios que impliquen un riesgo importante.

⁵⁴⁰ La Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 Bis de la Ley General de Salud, es la instancia gubernamental encargada de ejercer las atribuciones de regulación, control y fomento sanitarios de: a) Establecimientos: de salud, de disposición de órganos, tejidos, células de seres humanos y sus componentes, de disposición de sangre y los demás establecimientos que señala el citado ordenamiento, con las excepciones a que hace referencia la Ley; b. medicamentos, remedios herbolarios y otros insumos para la salud; c. alimentos y suplementos alimenticios; d. bebidas alcohólicas y bebidas no alcohólicas; e. productos de perfumería, belleza y aseo; f. tabaco; g. plaguicidas y fertilizantes; h. nutrientes vegetales; i. sustancias tóxicas o peligrosas para la salud; j. químicos esenciales, precursores químicos, estupefacientes y psicotrópicos; k. productos biotecnológicos.

Asimismo, determinó que la suspensión de mensajes publicitarios en materia de salud, únicamente restringe provisionalmente un derecho con el fin de proteger el relativo a la salud. Así, la medida cautelar busca garantizar inmediatamente el derecho que se estima puede resultar afectado y cuya protección, en el caso concreto, es de orden público y de interés social.

Así, el Tribunal estableció que las medidas de seguridad sanitaria, constituyen actos precautorios, pues se adopta como reacción ante ciertos riesgos sanitarios y, por su contenido y fin, previene lesiones al interés público protegido o impide que se continúen los efectos antijurídicos causados por las irregularidades consignadas en dicho informe.

Estimó que el legislador ordinario, al emplear la expresión "...puedan afectar la salud pública..." consideró que la mejor manera de asegurar a los gobernados su derecho a la salud, es adoptando medidas de seguridad sanitarias que operen de manera inmediata y al tenor de la ponderación o un criterio de oportunidad que sólo la autoridad administrativa puede emplear en cada caso concreto, sin tener que someterse a rígidos esquemas que podrían impedir protección eficaz del derecho a la salud de la población.

Lo anterior encuentra sentido en el entendido de que la protección a la salud de las personas no puede quedar sujeta a las resultas de un juicio o procedimiento administrativo en el que previamente se respete la garantía de audiencia del gobernado afectado con la medida cautelar, sino que es preciso que se garantice de manera inmediata el derecho que se estima puede resultar afectado y cuya protección, en el caso concreto, es de orden público y de interés social.

Las acciones que dicte la autoridad sanitaria para proteger la salud de la población, buscan tutelar este bien jurídico, en ese sentido, la medida indicada sólo restringe o limita de manera provisional o preventiva el ejercicio de un derecho con el objeto de proteger un bien jurídico de mayor entidad como el derecho a la salud. Prosigue el Tribunal, que la aplicación de la medida de seguridad como consecuencia del informe de verificación tiene el carácter de cautelar, pues se adopta como reacción ante ciertos riesgos sanitarios y, por su contenido y fin, previene lesiones al interés público protegido o impide que se continúen los efectos antijurídicos causados por las irregularidades consignadas en dicho informe.

Así la medida de seguridad pretende garantizarlo hasta que se resuelva definitivamente sobre la existencia o no de irregularidades especial o significativamente riesgosas.

La protección a la salud de las personas no puede sujetarse a las resultas de un juicio o procedimiento administrativo en el que previamente se respete la garantía de audiencia del gobernado afectado con la medida cautelar, sino que es preciso garantizar inmediatamente el derecho que se estima puede resultar afectado o en riesgo y cuya protección, en el caso concreto, es de orden público y de interés social.

En este orden de ideas, es factible concluir que la alerta sanitaria como medida de seguridad, busca proteger y evitar el deterioro del bien jurídico que tutela, consistente en la salud de la población, como una cuestión prioritaria y preferente.

Bajo tales consideraciones, dicha normatividad establece la obligación para el Estado Mexicano de garantizar el derecho a la salud, lo que de suyo implica adoptar, políticas públicas y programas sociales, encaminados a avalar y proteger el derecho a la salud, entre las cuales, una modalidad es precisamente la vigilancia sanitaria a través del procedimiento administrativo de verificación y en su caso, las medidas de seguridad; como parte de estas últimas se encuentra la emisión de mensajes publicitarios que adviertan peligros de daños a la salud, también llamada alerta sanitaria.

Por tales motivos, es preciso garantizar inmediatamente el derecho que se estima puede resultar afectado y cuya protección, en el caso concreto, es de orden público y de interés social. De ahí que no procede la previa notificación de la misma para su eficacia, reiterando el Tribunal que, al tratarse de una medida de prevención para la población general, la autoridad no se encuentra obligada a notificar al gobernado para que realice manifestaciones con respecto a la alerta sanitaria, ya que dicha acción es de inmediata ejecución con el objeto de proteger un bien jurídico de mayor entidad como el derecho a la salud.

En síntesis, la emisión de mensajes publicitarios que advierta peligros de daños a la salud o también llamada alerta sanitaria es una medida de seguridad de inmediata ejecución, cuya finalidad es proteger la salud de la población, en tanto pondera como preferente atender el interés público, así como la protección de usuarios o consumidores de bienes o servicios que impliquen un riesgo importante.

Por otra parte, en el amparo en revisión 201/2020, se consolidó esta línea jurisprudencial, al argumentar el Tribunal que, a fin de proteger la salud de la sociedad frente a los riesgos derivados del abuso del consumo de bebidas alcohólicas, la voluntad legislativa ha regulado su venta y consumo en

establecimientos comerciales, así como el otorgamiento de licencias o permisos para su funcionamiento al público.

- *Precedente consolidador de línea jurisprudencial*

Hechos. - Una persona se quejó de que un establecimiento comercial realizaba ventas de bebidas alcohólicas fuera del horario permitido y en consecuencia al no respetar el horario de cierre regulado para dicha actividad, como vecino del lugar, el exceso de ruido y la alteración del orden, le genera perjuicio y afecta su derecho a un medio ambiente sano, tanto para su persona y la de su familia, lo cual se analizó en el amparo en revisión 201/2020.

Criterio.- Frente a los riesgos derivados del abuso en el consumo de bebidas alcohólicas, se ha regulado su venta y consumo en establecimientos comerciales, así como el otorgamiento de licencias o permisos para su funcionamiento al público en la Ley para la Prevención y Combate al Abuso del Alcohol y de Regulación para su Venta y Consumo para el Estado de Nuevo León y en su reglamento, cuyas disposiciones tienen como finalidad el combate al alcoholismo en la sociedad y, con ello, evitar las consecuencias negativas que involucra el desarrollo a un medio ambiente sano. Por tanto, cuando en el amparo se reclama la omisión de tramitar y resolver una denuncia ciudadana por la venta y consumo de bebidas alcohólicas en establecimientos comerciales fuera del horario legal y reglamentariamente permitido y el quejoso aduce violación a su derecho humano a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar, previsto en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por el exceso de ruido y la alteración al orden que producen, el Juez puede dar efectos a su sentencia para que las autoridades responsables tomen todas las medidas positivas para su protección, como llevar a cabo visitas de inspección para cerciorarse de lo manifestado por el particular y, en su caso, protegerlo contra los abusos cometidos por la transgresión a disposiciones de orden público e interés social.

Justificación.- En ese orden de ideas, a mayor abundamiento, es dable destacar que es un hecho notorio que existen horarios específicos para la venta, expedido o consumo de alcohol por tanto, acorde al artículo 4 constitucional, que prevé los derechos humanos a la protección de la salud y a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar familiar, y en donde se señala al Estado como garante de hacer que ese principio se respete a través de todas las decisiones que asuma, se estima que los efectos de la concesión de amparo, conlleva a la obligación de tomar todas las medidas positivas tendientes a protegerlo.

Se insiste, el derecho humano a la salud no se subsana con una simple visita de inspección al establecimiento comercial en horario y día en específico, sino que conlleva, también, la diversa obligación de tomar todas las medidas tendientes a indagar con el fin de proteger al peticionario contra actos que lo pongan en peligro. Lo anterior, al ser deber del Estado, y por tanto de la autoridad administrativa velar y ofrecer protección contra los abusos cometidos por trasgresión a disposiciones de orden público e interés social. Se destaca que el derecho humano a vivir en un medio ambiente sano es un auténtico derecho que entraña la facultad de toda persona, como parte de una colectividad, de exigir la protección efectiva del medio ambiente en el que se desarrolla, además de proteger a la naturaleza por el valor que tiene en sí misma, lo que implica que su núcleo esencial de protección incluso va más allá de los objetivos más inmediatos de los seres humanos. En ese sentido, el derecho humano a la salud, posee una dimensión individual, pues su vulneración puede tener afectaciones directas e indirectas sobre las personas en conexidad con otros derechos.

En ese sentido, el derecho humano a un medio ambiente sano, posee una dimensión individual, pues su vulneración puede tener afectaciones directas e indirectas sobre las personas en conexidad con otros derechos como a la salud, a la integridad personal o a la vida, entre otros.

En el caso, a fin de proteger la salud de la sociedad frente a los riesgos derivados del abuso del consumo de bebidas alcohólicas, la voluntad legislativa ha regulado su venta y consumo en establecimientos comerciales, así como el otorgamiento de licencias o permisos para su funcionamiento al público, tal y como se desprende de la Ley para la Prevención y Combate al Abuso del Alcohol y de la Regulación de su Venta y Consumo para el Estado de Nuevo León y su Reglamento, donde sus disposiciones tienen como finalidad el combate al alcoholismo en la sociedad y con ello evitar las consecuencias negativas.

- *Precedente consolidador de la línea*

Hechos.- En el amparo en revisión 5858/2005 un particular estimó que existe una aparente contradicción entre los reglamentos municipales de Espectáculos y el diverso que Regula la Venta y Consumo de Bebidas Alcohólicas en el municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León y la Ley para la Prevención y Combate al Abuso del Alcohol y de Regulación para su Venta y Consumo para el Estado de Nuevo León, por cuanto que a su estimación, aquellos prohíben la venta de bebidas alcohólicas en las salas de cine, mientras que la ley estatal, no lo restringe.

Criterio. - El derecho a la libertad de trabajo reconocido en el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no es absoluto, irrestricto e ilimitado, ya que su ejercicio se encuentra condicionado a la satisfacción de determinados presupuestos, como es que la actividad sea lícita, que no se agraven derechos de terceros y no se ofendan los derechos de la sociedad.

Justificación. - Luego, si bien la disposición transcrita establece una prohibición relacionada con la venta de alcohol, cuya actividad en sí encuentra una regulación específica desarrollada en la Ley para la Prevención y Combate al Abuso del Alcohol y de Regulación para su Venta y Consumo para el Estado de Nuevo León, como en los Reglamentos para la Prevención y Combate al Abuso del Alcohol y de Regulación para su Venta y Consumo, tanto Estatal como el emitido por el Municipio de San Pedro Garza García, de la misma entidad.

Lo cierto es que, conforme a la citada ley en materia de venta y consumo de alcohol, esos ordenamientos tienen por objeto proteger la salud frente a los riesgos derivados del abuso en el consumo de bebidas alcohólicas, mediante la regulación de su venta y consumo en establecimientos comerciales, así como del otorgamiento de licencias o permisos para tal actividad.

En tal virtud, si se toma en cuenta que el consumo de alcohol es un tema de salud pública por las vastas repercusiones que genera a la comunidad (diversas enfermedades, accidentes, riñas, violencia en diferentes ámbitos, entre otros fenómenos sociales) y que, precisamente, uno de los factores que propicia esa problemática social es la acrecentada cultura del alcohol forjada por la presencia habitual de este elemento en la mayoría de los eventos y actividades de los miembros de la sociedad; es evidente que la norma responde al derecho fundamental de las personas al sano esparcimiento, así como a la obligación estatal de fomentar espacios de ese tipo.

La medida atendiendo a su responsabilidad estatal se justifica para fomentar y proteger y garantizar el derecho fundamental de las personas al sano esparcimiento, enmarca a los cines como un área de recreación y esparcimiento saludable, en los que, por tanto, se rechaza la introducción y venta de alcohol.

En ese sentido, si bien la comercialización de bebidas alcohólicas es una actividad lícita, debido a que no está prohibida por la ley, y la condición de obtener una licencia específica para venta y consumo de bebidas alcohólicas -con la previa satisfacción de diversos requisitos legales para que las personas puedan dedicarse a esta actividad válidamente- presupone la garantía y el respeto mínimo de los

derechos de terceros; sin embargo, en cuanto al presupuesto que exige que con la actividad elegida no se agravie el derecho de la sociedad, en el caso, la prohibición de vender bebidas alcohólicas en el interior de los cines que prevé el Reglamento de Espectáculos impugnado, enmarca una medida encaminada a garantizar el derecho al sano esparcimiento de las personas, de suerte que si se atiende a que el fenómeno de la venta y consumo de alcohol constituye un tema de salud pública que afecta en diferentes rubros a la sociedad, cuya problemática comienza por su habitualidad en los diferentes ámbitos de la vida de las personas desde temprana edad, es incuestionable que la medida referida tiene un peso específico de mayor relevancia que la libertad individual para dedicarse a la actividad comercial en cuestión, porque la norma reglamentaria protege el interés de la sociedad, al garantizar espacios de diversión saludable para las personas y específicamente para las niñas, niños y adolescentes; de ahí que se encuentre justificada la restricción a la libertad individual para dedicarse a la comercialización de bebidas alcohólicas en los cines de la localidad citada y, por ende, es claro que no se vulnera el derecho a la libertad de trabajo.

Mientras que, en otro precedente, consolidador de la línea, como es la contradicción de tesis 459/2009 el Tribunal señaló que era improcedente otorgar la suspensión contra la prohibición de comercializar bebidas alcohólicas preenvasadas, derivada del incumplimiento de la Norma Oficial Mexicana NOM-142-SSA1-1995 "Bebidas Alcohólicas, Especificaciones Sanitarias, Etiquetado Sanitario y Comercial", ya que se trata de la aplicación de una norma de orden público y su suspensión afectaría el interés general.

- *Precedente fundador de línea jurisprudencial*

En tanto que en los amparos en revisión 1631/2005, 2237/2005, 1019/2006 y 858/2006, aunque no forma parte del nicho citacional de nuestra sentencia hito, sí resulta importante el análisis que hace el Tribunal, en razón de lo siguiente:

Hechos. - Una quejosa señaló que el Consejo de Salubridad General se extralimita en el ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 73, fracción XVI, base 4 Constitucional, pues si bien es cierto que puede dictar acuerdos que contengan medidas contra el alcoholismo, la venta de alcohol etílico como material de curación no guarda relación con alguna medida preventiva de dicha enfermedad. Sostuvo que el acuerdo impugnado no guarda relación alguna con la política sanitaria encaminada a abatir y prevenir los problemas de salud vinculados con el alcoholismo y que el acuerdo impugnado vulnera en su perjuicio la garantía de libertad de comercio prevista en el artículo 5 constitucional.

Criterio. - El Consejo de Salubridad General, en su calidad de autoridad sanitaria, tiene atribuciones para dictar medidas para prevenir, tratar y combatir el alcoholismo, lo cual se constituye una materia de salubridad general. Por lo cual, las limitaciones establecidas para la comercialización y distribución de alcohol tiene por objeto evitar que sea utilizado para el consumo humano y combatir el alcoholismo, como una medida de salud pública.

Justificación. - El Tribunal advirtió que el Constituyente decidió otorgar a la autoridad sanitaria la facultad de poner en marcha campañas contra el alcoholismo y medidas que regularan la libertad de comercio, con el fin de evitar dicha enfermedad y el envenenamiento por sustancias medicinales como el opio, la morfina, el éter, la cocaína, la marihuana, etcétera. Finalidad señala que justifica las facultades legislativas otorgadas al Consejo de Salubridad General.

Asimismo, apoya su criterio en el hecho notorio de que el alcohol etílico representa la droga psicoactiva más utilizada en todo el mundo. Así como que su abuso ha adquirido proporciones masivas tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo, y se encuentra asociado a diversas consecuencias adversas, de las cuales la enfermedad alcohólica constituye la más relevante desde el punto de vista clínico. Siendo que el problema del alcoholismo se ha convertido, sin duda, en uno de los fenómenos sociales más generalizados de las últimas décadas. Empero, de la lectura del acuerdo que constituye el acto reclamado en este sumario constitucional no se advierte que se implemente ninguna medida que pueda tener como consecuencia directa la finalidad prevista por el constituyente y que, como se dijo, es la única que justifica y legitima la actuación legislativa del Consejo de Salubridad General.

Estima que el juez de primera instancia arriba a una inexacta conclusión en relación con que "...no resulta lógica ni jurídica la prohibición de venta de material de curación y/o medicamentos por considerar que su uso inadecuado o su abuso envenena al hombre, resulta una medida extrema y poco justificable que no corresponde a la voluntad del constituyente al otorgar facultades legislativas al Consejo de Salubridad General, puesto que únicamente se le permite corregir el abuso en la libertad comercial pero no eliminarla. Considerar lo contrario llevaría al extremo —absurdo— de permitírsele que prohíba la venta de prácticamente cualquier medicamento —incluso a las unidades de atención médica, puesto que abusar de cualquiera de ellos provoca afecciones a la salud, en algunos casos intoxicación y, en otros, adicción; se tendría entonces —siguiendo cada interpretación— que la autoridad sanitaria en comento además podría impedir la

venta de gasolina, solventes, cemento y cualquier otra sustancia cuyo incorrecto uso lleve a la adicción o al envenenamiento del hombre...”.⁵⁴¹

De este modo, corresponde al Consejo de Salubridad General emitir disposiciones generales de observancia obligatoria en el país, relacionadas, entre otras, con la campaña para combatir el alcoholismo, resulta claro que al expedir dichas normas no vulnera el ámbito competencial del Congreso de la Unión, pues es precisamente el orden constitucional el que otorga la facultad en comento.

Una vez analizado el asunto, el Tribunal determinó que el Consejo de Salubridad General es una autoridad sanitaria, integrado por diversos miembros, dependiente del Presidente de la República, que tiene entre otras funciones, la de dictar medidas para prevenir, tratar y combatir el alcoholismo, lo que constituye una materia de salubridad general. En tal virtud, se estima que, como acertadamente lo aduce el recurrente, el Consejo de Salubridad General sí tiene facultades, tanto constitucionales como legales, para emitir disposiciones generales de observancia obligatoria, tendentes a prevenir y combatir el alcoholismo, sin que dicha facultad implique invasión alguna a la competencia del Congreso de la Unión, pues es precisamente el orden constitucional el que le otorga las referidas atribuciones.

Entre las consecuencias del consumo excesivo de alcohol se encuentra no sólo la afectación directa a la salud, sino que el consumo excesivo llega a influir en los accidentes que son ocasionados por personas bajo el influjo del alcohol, como la influencia que llega a tener sobre la comisión de delitos y actos delincuenciales, incidiendo entonces en un problema de seguridad pública.

En este sentido, es conveniente señalar que, conforme a la exposición de motivos del acuerdo impugnado, la limitación impuesta respecto del alcohol etílico desnaturalizado y sin desnaturalizar obedeció precisamente a que dichos productos están siendo utilizados para el consumo humano, no obstante que el riesgo sanitario puede ser prevenido y controlado desde su proceso.

De igual forma, la autoridad responsable sostuvo que la disponibilidad para la utilización del etanol o alcohol etílico en la fabricación de bebidas alcohólicas y en general su destino industrial, el acceso a la población como material de curación, y la adulteración de bebidas, son situaciones que deben abordarse de manera

⁵⁴¹ Amparo en revisión 1631/2005

integral para abatir y prevenir los problemas de salud que provocan su ingesta y repercuten tanto a nivel personal, como familiar y social.

En este sentido, concluyó que la limitación aludida se encuentra plenamente justificada, y tiende a proteger los intereses de la sociedad, al prevenir que productos no aptos para el consumo humano.

- *Precedente relevante*

Hechos.- Ante la queja de un particular donde aludió que no existe algún riesgo para la salud de las personas, ni respecto al etiquetado de las botellas que contienen las bebidas alcohólicas, ni por lo que ve a su composición, ya que según la parte que impugnó el resultado del laboratorio de la PROFECO es en donde se encuentra la circunstancia de que no se excedan los máximos tolerados de metanol, alcoholes superiores y aldehídos y que en ningún caso se está perjudicando al consumidor con los contenidos netos y a partir del cual se solicitó la suspensión de la implementación de una Norma Oficial Mexicana.

Criterio.- Conceder una suspensión frente a la Norma, se estaría contraviniendo el interés social, porque la sociedad tiene interés en que se cumplan con las medidas de seguridad relativas a las etiquetas de las bebidas alcohólicas preenvasadas, esto es, signo distintivo de control sanitario y fiscal, así como, a las disposiciones vigentes en materia de regulación, control y fomento sanitarios, como es la Norma Oficial Mexicana NOM-142-SSA1-1995 “Bebidas Alcohólicas, Especificaciones Sanitarias, Etiquetado Sanitario y Comercial”, pues de concederse la medida cautelar acarrearía perjuicio al interés social al impedir el cumplimiento de las medidas adoptadas para constatar que determinado producto no pone en riesgo la salud de las personas, reiterando, además, que de concederse la suspensión solicitada el juzgador se estaría sustituyendo a las facultades de la autoridad administrativa.

El juzgador refirió que sí se sigue un perjuicio al interés social en la medida en que se impediría el cumplimiento de las medidas adoptadas para constatar que, respecto de la información contenida en las etiquetas implementadas con motivo de la comercialización de las bebidas alcohólicas destiladas de agave, no se ocasione un engaño al consumidor y se pueda ofrecer información en cuanto al consumo humano para evitar riesgos a la salud de las personas.

Por ello, se estimó que es improcedente otorgar la suspensión contra la prohibición de comercializar bebidas alcohólicas preenvasadas, derivada del incumplimiento de la Norma Oficial Mexicana en comento, ya que se trata de la

aplicación de una norma de orden público y su suspensión afectaría el interés general. Lo anterior es así, toda vez que los consumidores de ese tipo de productos tienen derecho a una información veraz y clara de la publicidad comercial de tales bebidas. De tal manera que si la autoridad prohíbe su venta al advertir que la información contenida en las etiquetas de las bebidas alcohólicas preenvasadas no se describió en forma clara, eso implica que dicha información puede ser falsa, equívoca o inducir a error al consumidor con respecto a la naturaleza y características del producto; lo que pone en serio riesgo la salud y seguridad de las personas, habida cuenta de que sus derechos a la salud y a la información están garantizados constitucionalmente.

Con el otorgamiento de la suspensión sí se produce un perjuicio al interés social, que se concreta en los derechos fundamentales de los miembros de la sociedad, en tanto que éstos, como consumidores, actuales o potenciales de bebidas alcohólicas producidas a partir de materias primas vegetales de la familia de las agaváceas, tienen derecho a una información veraz y clara de la publicidad comercial de tales bebidas, máxime que una publicidad que carezca de tales atributos o que induzca al error con respecto a la naturaleza y características del producto, pone en serio riesgo la salud y seguridad de las personas, habida cuenta que sus derechos a la salud y a la información están garantizados constitucionalmente. En otras palabras, existe un riesgo real a la salud y seguridad de las personas, ya que la adulteración de tales bebidas puede causar daños irreversibles a la salud, razón por la cual la apariencia del buen derecho debe ceder en este caso frente al interés social.

De concederse la suspensión provisional del acto ⁵⁴²—consistente en la prohibición de comercializar bebidas alcohólicas derivada del incumplimiento a una Norma Oficial Mexicana, relativa a las especificaciones y etiquetado sanitario y comercial que exige veracidad y claridad de la publicidad de las bebidas destiladas de agave— se contravendrían disposiciones de orden público, causando con ello un perjuicio a los derechos de los consumidores de tener una información veraz sobre los productos en cuestión. Por lo tanto, no era procedente conceder la suspensión de los actos cuando, como en el caso, se contravienen disposiciones

⁵⁴² La suspensión en el juicio de amparo, se entiende como la medida cautelar por virtud de la cual, el órgano jurisdiccional que conoce del juicio de garantías, en forma potestativa y unilateral, ordena a las autoridades señaladas como responsables que mantengan paralizada o detenida su actuación durante todo el tiempo que dure la sustanciación del juicio de amparo, hasta en tanto se resuelva en definitiva sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de sus actos. Con la suspensión, se impide que el juicio de amparo quede sin materia como consecuencia de la ejecución del acto reclamado y se evita que el quejoso sufra molestias mientras se resuelve en definitiva el juicio de garantías. Contradicción de tesis 104/2006-PS.

de orden público, como es una Norma Oficial Mexicana; y, los daños que se pudieran ocasionar al afectado con dichos actos, con la negativa de la medida cautelar, son menores que aquéllos que se originarían en perjuicio de la sociedad, pues se impediría verificar que la información contenida en las etiquetas de los productos elaborados sea cierta, para evitar el engaño a los consumidores y la consecuente afectación a la salud de las personas.

Así las cosas, se evitaría el cumplimiento de una disposición de orden público que establece las medidas para verificar que en relación con la actividad desarrollada por las empresas dedicadas a la comercialización de las bebidas alcohólicas destiladas de agave, en específico respecto de la información contenida en las etiquetas relativas, no se ocasione un engaño al consumidor; el cual, si bien es un segmento de la población, de cualquier modo, al estar tales productos a libre disposición de la colectividad, la sociedad está interesada en ellos, habida cuenta que ello incide en la salud de las personas pertenecientes a la población.

Finalizando, que en el caso de que se otorgaré la suspensión, se produciría un perjuicio al interés social y a los miembros de la sociedad como consumidores, en la medida en que al incumplir con la obligación relativa a que la información contenida en las etiquetas de las bebidas alcohólicas preenvasadas debe presentarse y describirse en forma clara, evitando que sea falsa, equívoca o que induzca a error al consumidor con respecto a la naturaleza y características del producto, existiría un riesgo real a su salud y seguridad, por mínimo que fuera, ya que la adulteración de bebidas puede causar daños irreversibles a la salud de las personas.

Comentario. Se aprecia como los tribunales al menos en materia de tabaco y de bebidas alcohólicas han concordado en sus razonamientos, arribando los Tribunales a la conclusión que ciertas restricciones sí responden a finalidades legítimas y constitucionalmente válidas que, además, en tanto que protege el derecho a la salud de un grupo vulnerable como son los niños y jóvenes, es de interés público y social.

Muestra de ello, es la referencia que tomo el juzgador en nuestra *sentencia hito* al amparo 314/2012, que se vinculó con las medidas de seguridad sanitaria aplicadas al tabaco, pero que fueron utilizadas de manera análoga por el Tribunal para resolver sobre la constitucionalidad de las mismas.

Es importante notar que la actividad que desempeña una persona, consistente en comercializar bebidas alcohólicas, es lícita por sí misma; sin

embargo, para que no traspase al campo de la ilicitud, es preciso que dicha comercialización se ajuste a las normas sanitarias, las cuales tienen como propósito exclusivo proteger la salud de los gobernados en general y, de manera prioritaria la de los menores de edad, en cumplimiento al mandato constitucional que dispone el artículo 4º constitucional.

Bajo mi perspectiva, es un acierto que el Poder Judicial haya avalado que las medidas de seguridad deban prevalecer, así como la estricta regulación en la comercialización de bebidas alcohólicas, al configurarse un riesgo de daño a la salud pública.

Es constante en los temas de esta índole —salud pública— que el Tribunal realice una ponderación de los intereses individuales por la protección de un bien mayor, ya que reafirma la postura del legislador a partir de la cual con estas restricciones se busca proteger la salud de la población en general y de los menores de edad en particular; por lo que se trata de objetivos constitucionalmente válidos y relevantes.

La protección contra riesgos sanitarios es fundamental en la protección a la salud, ya que al regular el control sanitario —enunciando las especificaciones o requisitos sanitarios que deben reunir cada uno de los insumos, establecimientos, actividades y servicios, fomentar y vigilar que se lleven a cabo conforme a los procesos, productos, métodos, instalaciones, servicios o actividades relacionadas con la salud— logran prevenir y reducir los impactos a la salud.

Es verdad que aún queda mucho por hacer en este tema, sobre todo en la prevención de las consecuencias en el abuso del consumo de estos productos, pero sentados los precedentes por el Poder Judicial, es un avance muy importante para la autoridad en la imposición de controles (leyes, reglamentos, normas oficiales, acuerdos, medidas de seguridad y sanciones) que buscan evitar que se causen o continúen causando riesgos o daños a la salud.

No pasa por inadvertido que las bebidas alcohólicas y otros productos que pueden infringir daños a la salud están sujetos a una regulación especial en la ley, sobre su forma y contenido, lo cual les da una categoría propia dentro de los productos a comercializarse, que conduce a una valoración específica, que en su caso tiene que ver con que su composición no esté adulterada, alterada o contaminada, para que no cause perjuicios en la salud.

Estas determinaciones, como la mayor parte de las líneas jurisprudenciales que se han venido consolidando en la materia, parten de situaciones en las que las

personas recurrentes consideran que se ven afectados sus derechos, en particular, el comercio de sus productos o el ejercicio de sus actividades, siendo el Tribunal quien ha hecho el ejercicio interpretativo y de ponderación, colocando el tema de salud pública, por encima de otros derechos.

A través de esta ponderación de principios, se observa cómo el Poder Judicial de la Federación ha tutelado real y efectivamente el derecho a la salud, determinando su prevalencia en cuanto a su configuración como de orden público, otorgándole plena eficacia jurídica.

La prohibición de introducir y vender bebidas alcohólicas en determinados establecimientos protege el derecho a la salud, lo cual tiene un peso específico de mayor relevancia que la libertad individual para dedicarse a cierta actividad comercial, debido a que la medida protege el interés de la sociedad al garantizar espacios de diversión saludable para las personas y específicamente para las niñas, niños y adolescentes; de ahí que, en determinados casos, se encuentre justificada la restricción a la libertad individual del quejoso para poderse dedicar a la comercialización de bebidas alcohólicas.

Es viable concluir que la vigilancia y monitoreo que debe llevar la autoridad sanitaria para verificar el cumplimiento establecido en la ley para la publicidad de bebidas alcohólicas es mayor a los previstos para los productos como alimentos, suplementos alimenticios y bebidas no alcohólicas, puesto que desde la expedición de la Ley General de salud se estableció un trato especial que debía darse a las bebidas alcohólicas, en atención a los daños que puede ocasionar, motivos por los cuales el trato diferenciado que se otorga a la publicidad de bebidas alcohólicas y las que no lo son se considera que está basado en razones válidas para establecer dicha distinción en el caso de bebidas alcohólicas, su uso nocivo es un tema de salubridad general, de tal suerte que se imponen mayores requisitos para su autorización y, posteriormente, el despliegue de actividades para su vigilancia y monitoreo es mayor.

Al igual que con las medidas adoptadas para el control del tabaco y del ejercicio de la cirugía, estas determinaciones se basaron en un ponderación del derecho a la salud sobre otros derechos fundamentales, manifestando que si bien se podía sostener que se estaba ante una colisión de derechos fundamentales entre el derecho a la salud y el derecho de propiedad, lo cierto es que atendiendo a la teoría de ponderación de principios, este último derecho debe ceder ante el primero, en virtud de que se satisfacen los elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en virtud de que la protección de la salud constituye un elemento

esencial para la subsistencia de todo ser humano, puesto que el abuso indiscriminado de las bebidas alcohólicas es un problema de salud pública, debido a su magnitud y trascendencia.

Podemos concluir que esta ponderación de la salud se ve reflejada en que las medidas de seguridad sanitaria que dicte la autoridad para proteger la salud de la población, son una cuestión de orden público e interés social, pues según el artículo 4° de la Constitución, en razón de que todas las personas tienen derecho al bien jurídico tutelado por aquéllas consistente en la salud de la población, al ser éste un derecho de mayor entidad, por su propia naturaleza urgente e inaplazable y el deber de precaución que subyace a éste para evitar daños posteriores.

Y podemos observar como subsiste la obligación para el Estado de garantizar el derecho a la salud, a partir del establecimiento de políticas públicas y programas sociales, encaminados a avalar y proteger el derecho a la salud, entre las cuales, una modalidad es precisamente la vigilancia sanitaria a través del procedimiento administrativo de verificación y en su caso, las medidas de seguridad sanitaria como son el aislamiento, la cuarentena, la observación personal, la vacunación de personas, la vacunación de animales, la destrucción o control de insectos u otra fauna transmisora y nociva, la suspensión de trabajos o servicios, la suspensión de mensajes publicitarios en materia de salud, la emisión de mensajes publicitarios que advierta peligros de daños a la salud, el aseguramiento y destrucción de objetos, productos o substancias, la desocupación o desalojo de casas, edificios, establecimientos y, en general, de cualquier predio, la prohibición de actos de uso, y las demás de índole sanitaria que determinen las autoridades sanitarias competentes, que puedan evitar que se causen o continúen causando riesgos o daños a la salud, e términos de lo dispuesto en la Ley General de Salud.

En este entendido, se prevé en la Ley General de Salud que con el fin de proteger la salud pública, compete a la Secretaría de Salud la autorización de la publicidad que se refiera a la salud, al tratamiento de las enfermedades, a la rehabilitación de las personas con discapacidad, al ejercicio de las disciplinas para la salud y a los productos y servicios, entre los que se encuentran las bebidas alcohólicas, así como los productos del tabaco y los insumos para la salud que analizamos en esta línea jurisprudencial.

Asimismo, se destaca la coordinación entre la Secretaría de Salud, los gobiernos de las entidades federativas y el Consejo de Salubridad General, para la ejecución del programa para la prevención, reducción y tratamiento del uso nocivo

del alcohol, la atención del alcoholismo y la prevención de enfermedades derivadas de éste, al ser un tema de salubridad general.

En consecuencia, estos fallos son de suma relevancia dado que realzan y confirman las funciones del Estado, en particular de la autoridad sanitaria, al estatuir que no se agotan con el trámite y, en su caso, con la expedición del permiso de publicidad, sino que, de conformidad con la Ley General de Salud y el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad, la autoridad sanitaria debe desplegar diferentes actividades de vigilancia, para los diversos medios de difusión, en distintos lapsos de tiempo, con el objeto de verificar que se cumplan los requisitos que establece la normativa aplicable.

Así las cosas, la vigilancia sanitaria sugiere un amplio interés por parte de la Administración Pública, pues el número de personas a quienes se dirige la publicidad de bebidas alcohólicas, sobre todo, en televisión, internet y radio, genera tal impacto en los sectores de la población que, en caso de incumplimiento de los requisitos que impone la normatividad, podría ocasionar un efecto contrario al fin perseguido, a saber, detrimento en la salubridad pública, máxime que el uso nocivo del alcohol y el alcoholismo es un tema de salubridad general, por lo que se implementaron diversas políticas públicas al respecto.

Al igual que aconteció con tabaco, se contienen razones válidas para establecer mayores requisitos para la autorización y, posterior comercialización de bebidas alcohólicas, despliegue de actividades para su vigilancia y monitoreo.

Tanto el tabaco como las bebidas alcohólicas, son productos que, si o si necesitan de una regulación sanitaria robusta, con controles sanitarios adecuados que permitan asegurar la calidad de sus procesos y del producto final, a efecto de que su uso y consume no ocasionen daños a la salud de sus consumidores.

4.2.3 La línea jurisprudencial en materia de regulación de insumos para la salud

2. El derecho a la salud y la protección contra riesgos sanitarios



Al igual que en materia de control sanitario de bebidas alcohólicas y tabaco, el Poder Judicial, no ha perdido la oportunidad de pronunciarse en este mismo rubro de la protección contra riesgos sanitarios sobre la regulación sanitaria relacionada con el proceso, uso, mantenimiento, importación, exportación, y disposición final de medicamentos, sustancias psicotrópicas, estupefacientes así como los dispositivos médicos, se han generado algunos criterios importantes vinculados con el derecho a la protección de la salud, con un enfoque de salud pública, privilegiando el interés social y de orden público por las implicaciones que representa en la salud de toda la población.

Con independencia de todos los asuntos que tuvieron a bien sentar algún tipo de precedente,⁵⁴³ en la presente línea jurisprudencial, nos limitamos a analizar los argumentos esgrimidos en los amparos en revisión 243/2019, 648/2017, 737/2012, el Amparo directo 2/2012, los Amparo en Revisión 230/2011, 1338/2005, 1835/2005, 1751/2005, 1803/2005 y 1982/2005 que devinieron en criterio

⁵⁴³ Véase la tabla al respecto, en donde se clasifican por dimensiones del derecho a la salud, los diversos criterios jurisprudenciales y aislados que tuvo a bien emitir el Poder Judicial de la Federación en estos últimos 25 años.

jurisprudencial⁵⁴⁴, Amparo en Revisión 180/2016, Amparo en revisión 223/2011, contradicción de tesis 386/2009.

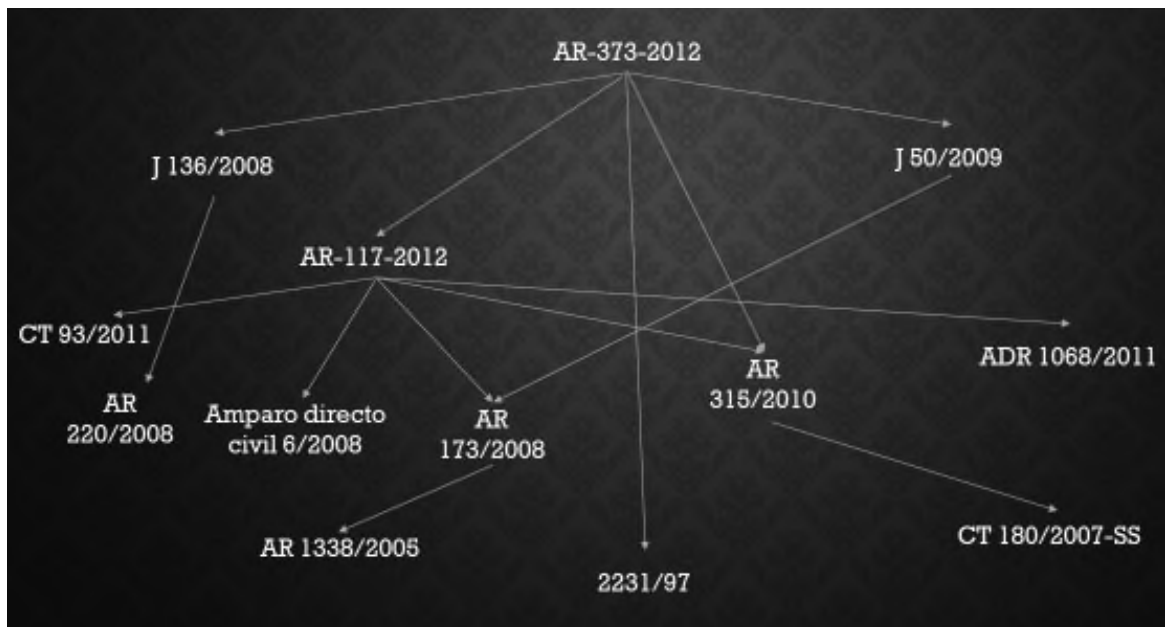
La sentencia más reciente que tenemos en esta dimensión de la protección contra riesgos sanitarios, es la sentencia que le recayó al amparo en revisión 243/2019, la cual está vinculada más con un tema de acceso a la información y propiedad industrial y la cual no nos permite trazar una línea jurisprudencial como tal, toda vez que carece de un nicho citacional en materia de salud, por lo cual es difícil definirla como *sentencia hito* o *paradigmática*, pero sí es un precedente relevante pero dada su vinculación con las patentes, se analizar en la línea respectiva.

La línea jurisprudencial en esta materia se divide en dos partes, la primera de ellas vinculada a la naturaleza, alcance y finalidad de los registros sanitarios de medicamentos y las acciones de farmacovigilancia, entendida como la prevención y detección de los efectos adversos de los medicamentos, a partir de la evaluación atenta de los riesgos y beneficios de los medicamentos se aplica en todas las etapas del ciclo de vida de éstos, desde antes de su aprobación hasta su uso por los pacientes.⁵⁴⁵

El amparo en revisión 737/2012 tiene un nicho citacional muy interesante, siendo el único precedente que formó criterio a partir de otros precedentes vinculados al derecho a la salud y que forman parte de las 22 sentencias que suelen ser citadas asiduamente al resolver asuntos en donde se vea comprometido el derecho a la salud.

⁵⁴⁴ REGISTROS SANITARIOS. EL ARTÍCULO TERCERO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA EL NUMERAL 376 DE LA LEY GENERAL DE SALUD, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 24 DE FEBRERO DE 2005, AL OBLIGAR A SU REVISIÓN PARA EFECTOS DE RENOVACIÓN, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. Y REGISTROS SANITARIOS. EL ARTÍCULO TERCERO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA EL NUMERAL 376 DE LA LEY GENERAL DE SALUD, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 24 DE FEBRERO DE 2005, AL OBLIGAR A SU REVISIÓN PARA EFECTOS DE RENOVACIÓN, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD.

⁵⁴⁵ Definición de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud. "La farmacovigilancia, garantía de seguridad en el uso de los medicamentos" Octubre 2004, OMS.



La presente tabla refleja las interconexiones que se dan entre la sentencia hito y su nicho citacional y a su vez los nichos de éstas, precedentes en los que el Poder Judicial ha abordado el problema de la satisfacción del derecho a la salud en su componente de protección contra riesgos sanitarios y en particular los problemas relativos a la regulación y comercialización de insumos para la salud, particularmente medicamentos y dispositivos médicos, al ser un tema de salud pública para la población que hace uso de los mismos, por lo que se debe garantizar la seguridad, calidad y eficacia.

- *Sentencia hito*

Es de destacarse lo resuelto en el Amparo en Revisión 737/2012, en torno a la regulación sanitaria de insumos para la salud, como una de las dimensiones que comprende el derecho a la salud y la importancia de contar con medicamentos seguros, de calidad y eficaces que se destinen a la prevención, diagnóstico o tratamiento de enfermedad, máxime que en la misma encontramos un vasto nicho citacionales respecto al derecho a la salud, como se puede apreciar en la imagen previa.

El valor que representa este precedente sobre información estratégica en la elaboración de productos farmacéuticos, consolida la línea jurisprudencial en materia de protección contra riesgos sanitarios, por considerar la importancia de la regulación sanitaria de medicamentos en aras de prevenir riesgos sanitarios derivados de su uso y consumo, el juzgador fue muy enfático en establecer los mecanismos de la autoridad para proteger la salud de la población, con sustento en la obligación de velar porque los mismos sean seguros, eficaces y de calidad.

Hechos. - Dicho asunto versó sobre la transgresión de un registro sanitario de un medicamento biotecnológico, a partir de un indebido manejo de información

confidencial proporcionada por la quejosa a la COFEPRIS, lo que permitió el otorgamiento del registro sanitario, no obstante que fue utilizado como medicamento de referencia, sin la debida realización, entre otros, de estudios clínicos y, en su caso, in-vitro, que sean necesarios para demostrar la seguridad, eficacia y calidad del medicamento biotecnológico.

Criterio. – Los registros sanitarios son autorizaciones especiales para ciertos productos que por su uso y naturaleza pueden incidir en un riesgo sanitario para la población, como los medicamentos y fármacos. De ahí que el registro sanitario de medicamento constituya el acto administrativo a través del cual la autoridad sanitaria avala que un medicamento o fármaco es eficaz, seguro y de calidad, lo que no implica la autorización para comercializarlos libremente, ya que su comercio o distribución tiene que sujetarse a las diversas disposiciones de regulación de comercio de medicamentos, en tanto que la COFEPRIS sólo verifica cuestiones estrictamente sanitarias, por lo que el referido registro únicamente avala la seguridad, calidad y eficacia del medicamento o fármaco.

Ahora bien, un registro sanitario de medicamento innovador, a pesar de imponer requisitos más estrictos para su obtención, no confiere derecho alguno de preferencia para comercializar o colocar a determinado precio el medicamento, ni otorga un derecho sustantivo de privilegio respecto de ulteriores registros sanitarios de medicamentos equivalentes al innovador, pues dicho registro pretende satisfacer uno de los grandes objetivos de la política farmacéutica nacional, en el sentido de garantizar la seguridad y calidad de los medicamentos a fin de proteger a la población de los riesgos de salud, no así otorgar derechos o privilegios a quien realice el registro sanitario de un medicamento por primera vez.

Justificación. - El procedimiento de registro sanitario de medicamentos se traduce en una garantía para la salud pública de la sociedad, en donde la autoridad sanitaria certifica la eficacia, seguridad y calidad de los medicamentos suministrados en el país. Lo anterior se encuentra respaldado por la Organización Mundial de la Salud, organismo que define a la política farmacéutica como un compromiso de los Estados, a fin de alcanzar diversas obligaciones en materia de salud.

De ahí que una política farmacéutica nacional, debe abarcar una perspectiva integral que comprenda desde la investigación básica del fármaco, hasta su investigación clínica, de fabricación, distribución y prescripción a fin de alcanzar tres grandes objetivos: 1) Un verdadero acceso a medicamentos por parte de la

población; 2) Garantizar la eficacia, seguridad y calidad de los mismos, y 3) desarrollar estrategias que propicien su uso racional y adecuado.

Lo anterior, también constituye un compromiso adquirido por el Estado Mexicano como responsable de garantizar el derecho a la salud, de todas las personas, respecto a las acciones que los Estados deben realizar para satisfacer el derecho a la salud, políticas de salud en las que se prevean como elementos esenciales e interrelacionados para la garantía del derecho, la disponibilidad, accesibilidad, asequibilidad, aceptabilidad y calidad.

En este entendido, el Estado ha definido una serie de reglas con el objeto de satisfacer esos objetivos, en relación a la protección del derecho a la salud, así como al establecimiento de reglas claras en la concurrencia del comercio de los medicamentos, y de forma más específica en la *Ley General de Salud*, y sus diversos reglamentos en los que establece una serie de reglas que regulan la materia de los registros sanitarios.

Por tales motivos, el derecho a la salud además de implicar el derecho de los individuos a gozar del más alto nivel de salud física y mental posible, implica a su vez el derecho de acceso y disponibilidad a medicamentos, con el objeto de alcanzar el disfrute de ese derecho.

La Corte resaltó que la prestación de servicios de salud exige que sea de calidad en todas sus formas y niveles, para lo cual es necesaria la aprobación científica de los medicamentos e insumos para la salud, pues es así una de las formas como se garantiza el goce de este derecho.⁵⁴⁶

Desde una perspectiva del derecho a la salud, existe un interés de la población para exigir a las autoridades la calidad, eficacia y seguridad de los medicamentos que amparen autorizaciones de sustancias activas. Por lo que la autoridad responsable, deberá solicitar los requisitos y pruebas que demuestren la calidad, seguridad y eficacia del medicamento biotecnológico, de acuerdo a la normativa y regulación vigente para los biomedicamentos, es decir la autoridad responsable puede exigir que un laboratorio actúe en apego al marco jurídico vigente respecto a la seguridad, calidad y eficacia de los medicamentos biotecnológicos de los que por su peculiar naturaleza se requiere un procedimiento

⁵⁴⁶ Tesis de jurisprudencia 1a./J. 50/2009 "DERECHO A LA SALUD. SU PROTECCIÓN EN EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

de verificación más estricto y complejo que el comparado a los medicamentos químicos, tal y como lo señala la Ley General de Salud.

- *Precedente consolidador de línea jurisprudencial*

Otro precedente que consolida la línea en materia de riesgos sanitarios, a través de la cual se reitera la importancia de la regulación sanitaria para prevenir riesgos sanitarios o minimizar los mismos, descansa en lo expuesto en el Amparo en Revisión 230/2011.

Hechos.- Un laboratorio farmacéutico demandó la inconstitucionalidad de la emisión del Acuerdo por el que se establecen las disposiciones generales que deberán cumplirse para que la Secretaría de Salud emita los acuerdos administrativos por los que se reconozca que los requisitos, pruebas, procedimientos de evaluación y demás requerimientos solicitados por autoridades sanitarias extranjeras, para permitir en sus respectivos países, la venta, distribución y uso de los insumos para la salud, son equivalentes a los que exige la *Ley General de Salud*, el *Reglamento de Insumos para la Salud* y demás disposiciones jurídicas y técnicas que resulten aplicables en la materia, para garantizar la calidad, seguridad y eficacia que deben satisfacer dichos insumos para obtener en nuestro país su registro sanitario, la prórroga de su registro o cualquier modificación a las condiciones en que fueron registrados.

Criterio.- El Congreso de la Unión es quien legisla en materia de la venta, distribución y uso de los insumos para la salud, por lo cual es quien debe prever los requisitos, pruebas, procedimientos de evaluación y demás requerimientos solicitados por las autoridades extranjeras, por lo que el Ejecutivo Federal no puede, a través de un precepto reglamentario, otorgar al titular de una secretaría de Estado la facultad de eximir del cumplimiento de las leyes mexicanas en materia de salubridad a los productos que cumplan con los requisitos establecidos por autoridades sanitarias extranjeras en virtud del principio de subordinación jerárquica.

Justificación.- En el *Reglamento de Insumos para la Salud*, se establecen las disposiciones generales que deberán cumplirse para que la Secretaría de Salud emita los acuerdos administrativos por los que se reconozca que los requisitos, pruebas, procedimientos de evaluación y demás requerimientos solicitados por autoridades sanitarias extranjeras —para permitir en sus respectivos países, la venta, distribución y uso de los insumos para la salud son equivalentes a los que exige la *Ley General de Salud*, el *Reglamento de Insumos para la Salud* y demás

disposiciones jurídicas y técnicas que resulten aplicables en la materia, para garantizar la calidad, seguridad y eficacia que deben satisfacer dichos insumos para obtener en nuestro país su registro sanitario, la prórroga de su registro o cualquier modificación a las condiciones en que fueron registrados.

La finalidad de la normatividad es establecer disposiciones que definan los mecanismos aplicables para la importación de insumos para la salud en México, complementando a las disposiciones aplicables en materia de insumos para la salud, tendentes a garantizar la calidad, seguridad y eficacia que deben satisfacer tales insumos.

- *Precedente consolidador de línea jurisprudencial*

Esta línea jurisprudencial sobre la necesidad regulatoria de los medicamentos, se habrá de consolidar en el Amparo directo 2/2012, en donde el Tribunal justificó el criterio de que el suplemento para establecimientos dedicados a la venta y suministro de medicamentos y demás insumos para la salud es parte de la farmacopea de los Estados Unidos Mexicanos, que no es otra cosa sino el conjunto de lineamientos especializados en el que se encuentran las descripciones de los medicamentos y que, dado su alcance técnico-científico, se emite por organismos especializados íntimamente vinculados con la Secretaría de Salud, atendiendo a los avances de la ciencia médica y al impacto de las sustancias y procedimientos para la salud de la población en general.

Es decir, es un texto especializado en materia de fármacos que contiene reglas mundialmente aceptadas, que deben ser respetadas por todos los propietarios, empleados, profesionales y autoridades sanitarias al realizar labores de gestión, administración y supervisión de medicamentos, en tanto precisa el qué, cómo, dónde, cuándo, quién y el porqué de las actividades desarrolladas en dichos establecimientos, de manera que se mantengan la calidad, seguridad y eficacia de los productos y servicios que se brindan a la población, en beneficio del interés general y que, desde luego, atienden a las políticas públicas en materia de salubridad a nivel nacional.

Justificación. - El derecho a la salud constituye un derecho objetivo, por lo que el derecho a acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces inicia con la expedición de un registro sanitario que implica la autorización de la autoridad competente para que los particulares puedan ejercer un derecho previo como lo es en el caso, la elaboración y fabricación de fármacos. Bajo este orden de ideas, se advierte que las casas farmacéuticas se encuentran constreñidas a un marco de

deberes y obligaciones en materia de salubridad pública, y en ese sentido tienen obligaciones atribuibles para ser cuestionados en materia de Derecho Sanitario.

En otras palabras, gracias a los resultados obtenidos en las distintas fases de investigación del medicamento, bien sea en *in vitro*, en animales y en humanos, así como la vigilancia post-comercialización del medicamento, se podrá determinar la seguridad del medicamento para su uso en la población mexicana.⁵⁴⁷

En la autorización sanitaria de un medicamento, es ineludible demostrar a partir de la información técnica y científica la indicación terapéutica, esto es, el uso que se le dará al insumo basado en una justificación científica aprobada mediante los estudios clínicos, lo que conlleva a que únicamente puede ser utilizada para tales efectos y no de manera indiscriminada, por las posibles consecuencias adversas que se generen al no estar comprobado su utilización bajo condiciones diversas en las que fue aprobado.

Promover el uso de un medicamento o de cualquier insumo para la salud que no tiene sustento clínico puede conllevar serios riesgos a la salud de los individuos, siendo deber del Estado garantizar tanto la salud del individuo como de los productos y servicios tendientes a salvaguardar que esa condición se realice bajo los mejores parámetros que le permita alcanzar el más alto nivel posible de salud.

La Ley General de Salud y el Reglamento de Insumos para la Salud prevén tanto las obligaciones en materia sanitaria como las sanciones por su incumplimiento, para aquellos establecimientos que se dedican a la comercialización de especialidades farmacéuticas, incluyendo las que contengan estupefacientes y psicotrópicos, insumos para la salud en general y productos de perfumería, belleza y aseo, como son las farmacias, las cuales deben adquirir y cumplir con los suplementos de la farmacopea de los Estados Unidos Mexicanos, como es el caso del *Suplemento para establecimientos dedicados a la venta y suministro de medicamentos y demás insumos para la salud*.

Dicho suplemento no es sino un conjunto de lineamientos especializados en el que se encuentran las descripciones de los medicamentos y que, dado su alcance técnico-científico, establece diversas obligaciones para el control de los productos puestos a disposición del público en general, cuyo cumplimiento está sujeto a

⁵⁴⁷ Lo que, por analogía se intenta evitar al establecer esquemas de vacunación basados en protocolos de investigación realizados bajo los más estrictos parámetros y de conformidad con los requisitos establecidos en la normatividad específica.

revisión por parte de las autoridades sanitarias en términos de la ley y reglamento citados, esta reglamentación es el reflejo del conocimiento científico (químico, biológico, médico) en un momento y condiciones determinadas, el cual se pone a disposición del público a través del aviso correspondiente en el Diario Oficial de la Federación.

- *Sentencia fundadora de línea*

Por lo que refiere a la importancia que reviste para el derecho a la salud, la regulación y control de los medicamentos a partir de su revisión constante por la autoridad sanitaria, encontramos diversas *sentencias paradigmáticas*, como son los Amparos en Revisión 1338/2005, 1835/2005, 1751/2005, 1803/2005 y 1982/2005, en los que se reclamó la reforma al artículo 376 de la *Ley General de Salud*, relativa a la obligación de renovar los registros cada cinco años.

Hechos. - A consideración del quejoso la determinación de renovar cada cinco años el registro sanitario de medicamentos es inconstitucional, al constituir el proceso administrativo de renovación, una limitación a la actividad comercial que realiza y por lo cual no puede adquirir ni comercializar el producto durante el tiempo que dura la renovación.

El quejoso aludió que los artículos impugnados no buscan la protección del interés de la sociedad, debido a que, si bien es cierto que ya existían disposiciones que permitían la revisión de los registros de salud, se trata de una facultad discrecional de la autoridad sanitaria de hacer o no la revisión. Sin embargo, con las nuevas disposiciones, la revisión deberá efectuarse necesariamente, por lo menos cada cinco años, lo cual permitirá contar con un padrón de registro real y confiable.

Criterio. - La revisión de registros sanitarios para efectos de renovación, no transgrede la garantía de libertad de trabajo, el principio de irretroactividad ni el de igualdad jurídica.

Justificación.- El Tribunal manifestó que la nueva regulación se justifica de manera racional, puesto que es acorde a la obligación del legislador de proteger y fortalecer el derecho a la salud que deriva del artículo 4° Constitucional, toda vez que entre los motivos que la justifican y que se expusieron para su reforma se encuentra el que los avances tecnológicos y científicos en materia de medicamentos y dispositivos médicos hacían conveniente que la vigencia del registro sanitario se restrinja a cinco años, a fin de que la autoridad sanitaria cuente con el sustento jurídico que le permita revisar periódicamente la formulación de medicamentos conforme a estos avances que garanticen su eficiencia, calidad y seguridad.

En el caso de medicamentos y otros dispositivos médicos (equipos médicos, prótesis, órtesis, ayudas funcionales, agentes de diagnósticos, insumos de uso odontológico, materiales quirúrgicos, de curación y productos higiénicos) la regulación sanitaria comprende el otorgamiento de registros sanitarios, que tradicionalmente tenían una vigencia indeterminada.

Asimismo, la vigencia limitada de los registros sanitarios de medicamentos y demás insumos para la salud permitirá a las autoridades sanitarias: retirar del mercado aquellos insumos para la salud que ya no se justifiquen terapéuticamente o constituyan otras desventajas terapéuticas como son las reacciones adversas en el ámbito de impacto de la salud de las personas; conocer el universo de medicamentos vigentes en el mercado y su utilidad terapéutica; y, adicionalmente contar con un padrón de registro de medicamentos real y confiable que permita su actualización permanente al eliminarse aquellos registros de insumos para la salud que no sean comercializados y respecto de los cuales no se solicite renovación de registro.

Enfatiza el Tribunal, la particular importancia que cobra la posibilidad de que la autoridad sanitaria se encuentre facultada durante el proceso de renovación de los registros sanitarios, de exigir de los solicitantes las pruebas de intercambiabilidad ⁵⁴⁸que comprueben la eficacia del medicamento según sea el caso en concordancia con la normatividad internacional de los países de mayor desarrollo tecnológico. Es preciso destacar que, dadas las razones anteriores, la temporalidad en la vigencia del registro a que se refiere la presente iniciativa, solo recae sobre los medicamentos y demás insumos para la salud, según se define en la *Ley General de Salud*.

Así las cosas, el Tribunal alude que el artículo 376 de la *Ley General de Salud*, no viola la garantía de irretroactividad de la ley, dado que se evidenció la necesidad de que los titulares de registros sanitarios por tiempo indeterminado se sometían a una revisión, a fin de obtener su renovación ante la Secretaría de Salud para operar por un tiempo determinado de cinco años, el cual tiene la posibilidad de ser renovable. Reconociendo que una concepción contraria llevaría al extremo de desconocer la facultad del legislador para elaborar las leyes que considere necesarias para mejorar el control, la vigilancia y el uso de medicamentos e

⁵⁴⁸ Es aquél medicamento que es terapéuticamente equivalente al producto de referencia y que puede ser intercambiado con éste en la práctica clínica. Véase <https://www.digemid.minsa.gob.pe/intercambiabilidad-de-medicamentos>

insumos, lo que llevaría al absurdo de desconocer la obligación constitucional de proteger la salud de la población.

Y que la obtención de registros por tiempo indeterminado, no significa que hubiese adquirido el derecho a una temporalidad perpetua o permanente y por lo mismo, no generó un derecho que hubiere ingresado a su patrimonio por la sola expedición del registro. Ello se debe a que la legislación anterior facultaba a la autoridad sanitaria para que, en cualquier tiempo, pudiera de manera discrecional, ejercer sus facultades de revisión y en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en la propia legislación, podría revocar dicho registro; por tanto, nada impide al legislador establecer en una norma posterior la especificación de los términos de la temporalidad del registro.

Destacó que conforme a las nuevas disposiciones se impone a los tenedores de registros sanitarios otorgados por tiempo indeterminado, la obligación de someterlos a revisión para ser renovados en un plazo de cinco años, también es cierto que con ello se busca colocarlos en una situación de igualdad frente a aquellos que se otorguen conforme a la nueva legislación, por lo que no se viola la garantía de igualdad, sino que, por el contrario, con dicha reforma lo que se busca es otorgar a todos los titulares de registros sanitarios de salud, la misma igualdad de circunstancias en aras de proteger la salud de la colectividad, considerada, como se señaló en párrafos precedentes, un derecho de interés público.

En este entendido, el Tribunal reafirmó que no puede considerarse que con la implantación de una obligación en aras de proteger la salud de la sociedad, los titulares de los registros expedidos por tiempo indeterminado sufran un trato discriminatorio o se vean privados de ejercer su actividad comercial, por lo que los artículos impugnados no transgreden las garantías de los artículos 1° y 5° constitucionales, pues en ningún momento se le impide que se dedique a la actividad que desee; máxime si se considera que el legislador en los preceptos reclamados no estableció limitantes para el lícito ejercicio de la actividad de los sujetos de la norma, sino sólo normas de orden público que en concordancia con el artículo 4° de la Constitución protegen un bien público.

En lo que respecta al amparo en Revisión 1984/2006, que derivó en un criterio importante⁵⁴⁹, se reafirma lo resuelto en los Amparo en revisión 1338/2005,

⁵⁴⁹ REGISTROS SANITARIOS. EL ARTÍCULO TERCERO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA EL NUMERAL 376 DE LA LEY GENERAL DE SALUD, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 24 DE FEBRERO DE 2005, AL OBLIGAR A SU REVISIÓN PARA EFECTOS DE RENOVACIÓN, NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA.

1835/2005, 1751/2005, 1803/2005 y 1982/2005, acerca de la reforma el artículo 376 de la *Ley General de Salud*, al justificar la limitante de la vigencia de los registros sanitarios cada cinco años, en razón de que el derecho de toda persona a la protección de su salud, implica no sólo el acceso a los servicios de atención médica, sino que también incluye la protección de la sociedad contra riesgos a la salud que pueden ser ocasionados por el uso, entre otros, de medicamentos, dispositivos médicos (equipos médicos, prótesis, órtesis, ayudas funcionales, agentes de diagnósticos, insumos de uso odontológico, materiales quirúrgicos, de curación y productos higiénicos) y otros insumos médicos.

Un giro en la línea jurisprudencial dentro de esta línea jurisprudencial, lo encontramos en el tema de patentes, encontrando diversos precedentes relevantes como es el amparo en revisión 243/2019, 648/2017 y la *sentencia hito* que encontramos en el amparo en revisión 180/2016, así como en el amparo 223/2011 y la contradicción de tesis 386/2009.

- *Precedente relevante*

Otra *precedente relevante* que muestra la diversidad de consideraciones en torno al derecho a la salud y la protección contra riesgos sanitarios en el rubro de los medicamentos e insumos para la salud, se da en el amparo en revisión 648/2017 en cuanto a la propiedad industrial que conlleva el otorgamiento de un registro sanitario de medicamentos.

Hechos. – derivado de la solicitud de inscripción de un particular respecto a un producto farmacéutico, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial le negó el registro de la marca 1608532 VICZEN, al estimar que es semejante en grado de confusión al signo distintivo previamente inscrito 1430884 VYNTZEN, y amparan productos idénticos y similares, actualizándose por ello la prohibición prevista en el artículo 90, fracción XVI, de la *Ley de la Propiedad Industrial*.

Se impugnó la sentencia primigenia en la cual la juzgadora destacó que resultaba irrelevante si la marca propuesta a inscripción difería por tres letras con el registro citado como anterioridad, pues lo verdaderamente trascendente es que sus semejanzas son tales que la posibilidad de que produzcan confusión en el consumidor es cierta, pues se aplican tanto a productos idénticos, esto es, preparaciones farmacéuticas, como a bienes similares, a saber, complementos alimenticios y nutricionales, preparaciones de vitaminas, preparaciones medicinales para adelgazar, entre otros.

Cuestionando el quejoso que la *Ley General de Salud* y el *Reglamento de Insumos para la Salud* no son aplicables para decidir sobre la registrabilidad de un signo distintivo que se impondrá a un producto farmacéutico.

Criterio. – La registrabilidad de una marca que pretenda distinguir un producto farmacéutico, esto es, la constitución del derecho a su uso exclusivo en el mercado, particularmente en cuanto a si es o no semejante en grado de confusión con otro signo distintivo previamente inscrito ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, no se define por la *Ley de la Propiedad Industrial*. Esto, en razón de ser dicha ley, el ordenamiento que tiene como propósito normar la protección de esta clase de activos intelectuales, con el objeto de prevenir una competencia desleal, aspecto que implica, entre otros tópicos, evitar precisamente que dos signos puedan generar en el público una inexacta asociación en cuanto a su origen en razón de los elementos que los componen.

Justificación. – El Tribunal hizo referencia a que el *Reglamento de Insumos para la Salud* tiene por objeto regular tanto el control sanitario de los referidos insumos como de los remedios herbolarios, así como los establecimientos, actividades y servicios relacionados con ellos. Y entre los tópicos que regula, se encuentra la comercialización de medicamentos, estableciendo que éstos deberán identificarse por su denominación genérica y distintiva, precisando que el empleo de la primera es obligatorio, aclaración que permite colegir que el uso de una denominación distintiva en esta clase de insumos no es un requisito indispensable por dicho ordenamiento para la venta de esa clase de insumos.

En este sentido, tuvo a bien advertir que si bien la *Ley General de Salud* y el *Reglamento de Insumos para la Salud* contienen diversas disposiciones relacionadas con la denominación mediante la cual se identifica comercialmente un medicamento, esto es, el signo con que su fabricante busca individualizarla en el mercado, entre las que se encuentra la norma en que el quejoso sustenta su alegato, lo objetivamente cierto es que todas ellas tienen como propósito regular exclusivamente su uso en aquellos actos que inciden con el derecho a la salud o los requisitos administrativos para su elaboración, como lo es la obtención y empleo de un registro sanitario, y no como un activo intangible a favor de la empresa que fabrica el producto farmacéutico, cuya protección como elemento concentrador de su buen nombre comercial, mediante la constitución del derecho exclusivo a su uso, puede generar y garantizar una competencia leal en el mercado.

La registrabilidad de un signo que pretenda distinguir un producto farmacéutico, esto es, la constitución del derecho a su uso exclusivo en el mercado,

particularmente en cuanto a si es o no semejante en grado de confusión con otro, no se define por lo dispuesto en el *Reglamento de Insumos para la Salud*, sino por la *Ley de la Propiedad Industrial*, en razón de ser éste el ordenamiento que tiene como propósito normar la protección de esta clase de activos intelectuales con el objeto de garantizar una competencia leal en el mercado, aspecto que implica, entre otros tópicos, evitar precisamente que dos signos puedan generar en el público confusión en razón de los elementos con que se compongan.

- *Sentencia hito en materia de propiedad intelectual*

En este rubro es de destacarse lo resuelto en el Amparo en Revisión 180/2016, siendo ésta nuestra *sentencia hito* en torno a la regulación sanitaria de insumos para la salud, particularmente lo relativo a la propiedad intelectual, destacando el Poder judicial que para la emisión del registro es un requisito proteger las patentes.

Hechos. - Como parte de las acciones de autorización sanitaria de medicamentos innovadores, un particular se quejó de la omisión de la autoridad sanitaria de incluir en la Publicación que hace el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial en “Patentes Vigentes de Medicamentos”, una patente vinculada al “Régimen de dosificación variable múltiple para tratar determinados trastornos”, así como de la aplicación, efectos y consecuencias de la falta de publicación de la citada patente en la Gaceta de la Propiedad Industrial.

Indica que la exclusión de la patente afecta su esfera jurídica, toda vez que la patente en cuestión no será reconocida por las autoridades del sector salud, para efectos de concesión de registros sanitarios.

Criterio. - La Suprema Corte de Justicia de la Nación asentó el criterio de que las patentes de medicamentos alopáticos o sus reivindicaciones, que no constituyan procesos de producción o de formulación de medicamentos, y contengan un ingrediente, sustancia o principio activo en su composición o formulación farmacéutica, sí deben ser objeto de publicación.

Justificación.- El Tribunal después de analizar la normatividad en la materia, señaló que quien solicite el registro de un medicamento alopático ante la Secretaría de Salud debe anexar a la solicitud, la documentación que demuestre que es el titular de la patente de la sustancia o ingrediente activo que se pretende registrar o que cuenta con la licencia correspondiente, ambas inscritas en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial y, que en caso de no contar con dicha documentación, “alternativamente” y, de acuerdo con el listado de productos el solicitante podrá

manifestar, bajo protesta de decir verdad, que cumple con las disposiciones aplicables en materia de patentes respecto a la sustancia o ingrediente activo objeto de la solicitud.

En este último supuesto, la Secretaría de Salud deberá pedir de inmediato la cooperación técnica del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, para que dentro del ámbito de su competencia, determine si se invaden derechos de patente vigentes y, en el caso de que el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial concluya que existen patentes vigentes sobre la sustancia o ingrediente activo de las cuales el solicitante no sea titular o licenciataria, lo informará así a la Secretaría de Salud para que se prevenga al solicitante, a fin de que demuestre que es titular de la patente o que cuenta con la licencia respectiva, y en el supuesto de que el solicitante no subsane la omisión, la Secretaría de Salud desechará la solicitud e informará al solicitante los motivos de esta determinación para que, en su caso, los dirima ante la autoridad competente.

El Tribunal confirma que no se trastocan los derechos de patente que pudiesen tener a su favor los gobernados, dado que, para el registro de un medicamento alopático ante la Secretaría de Salud, en todo caso, se requiere la exhibición de la documentación que así lo acredite. O bien, de no contar con la misma, aun cuando se manifieste bajo protesta de decir verdad contar con los derechos de patente respectivos, la ley determina irrestrictamente la intervención del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial en el asunto, a fin de salvaguardar tales derechos, por lo que el listado constituye una referencia respecto de la posible titularidad de las patentes sobre sustancia o ingrediente activo objeto de solicitud, pero en forma alguna es determinante para otorgar o no un registro.

Se prevé que las patentes relativas a medicamentos alopáticos, siempre que no se refieran a un proceso de producción o de formulación de medicamentos, deben publicarse en la Gaceta de la Propiedad Industrial

- *Sentencia paradigmática*

En el Amparo en revisión 223/2011, se consolida la importancia de renovar los registros sanitarios cada periodicidad de tiempo para asegurar que los mismos conservan las condiciones sanitarias bajo las cuales se les concedió el registro sanitario y la idea es cerciorarse que subsiste la seguridad, calidad y eficacia del mismo.

Hechos. - Un titular de un registro sanitario se adoleció de la cancelación o revocación del registro sanitario por parte de la autoridad sanitaria (COFEPRIS) que

derivó en la prohibición para poder continuar comercializando su medicamento producto a nivel nacional.

Criterio. - Las solicitudes de prórroga de registros sanitarios deben presentarse a más tardar ciento cincuenta días naturales antes de la fecha en que concluya la vigencia por la que se expidió el registro relativo, a efecto de que en ese plazo la autoridad sanitaria examine si es procedente o no otorgar su prórroga. Por su parte, la interpretación sistemática de los artículos 372 y 376 de la Ley General de Salud evidencia que sólo los registros sanitarios que estén vigentes son susceptibles de prorrogarse, por lo que para que proceda el trámite correspondiente, la solicitud relativa debe presentarse antes de que venza el plazo de cinco años por el que se expiden primigeniamente aquéllos, de conformidad con las disposiciones reglamentarias aplicables, pues en caso contrario, la autoridad procederá a cancelar el registro.

Justificación.- Bajo los argumentos de que la *Ley General de Salud*, establece que la materia de salubridad general y cuya competencia legislativa es exclusiva del Congreso de la Unión, abarca el control sanitario de productos y servicios y de su importación y exportación y el control sanitario del proceso, uso, mantenimiento, importación, exportación y disposición final de equipos médicos, prótesis, órtesis, ayudas funcionales, agentes de diagnóstico, insumos de uso odontológico, materiales quirúrgicos, de curación y productos higiénicos.

Mientras que el *Reglamento de Insumos para la Salud*, crea una norma legislativa en materia de salubridad general, pues faculta al Secretario de Salud para que expida disposiciones de carácter general que tengan por objeto reconocer los requisitos, pruebas, procedimientos de evaluación y demás requerimientos solicitados por las autoridades extranjeras para permitir en sus respectivos países la venta, distribución y uso de insumos para la salud; determinando que aquellos requisitos, pruebas procedimientos de evaluación y demás requerimientos serán equivalentes a los que la *Ley General de Salud* y demás disposiciones aplicables exijan en nuestro país, para garantizar la calidad, la seguridad y la eficiencia que deben satisfacer los insumos para obtener en nuestro país el registro sanitario.

Es decir, las condiciones con las cuales se otorga una Autorización Sanitaria, han de conservarse por los particulares a lo largo de su vigencia, es por esto, que las Autorizaciones Sanitarias tienen como finalidad mantener las condiciones iniciales u originales, con las cuales son otorgadas y, de esta manera, garantizar la Protección a la Salud. En esa tesitura, debe entenderse que el proceso mediante el cual se obtienen las Autorizaciones Sanitarias, es un proceso controlado que

prescribe condiciones mínimas que deben mantenerse a lo largo de la vigencia de cada una de dichas Autorizaciones, condiciones incluidas en las solicitudes de obtención de: licencias, permisos, registros o tarjetas de control sanitario, y que obran en el expediente administrativo de los particulares.

En razón de lo anterior, es un deber actuar pensando en la seguridad de la población, ya que la razón de ser de la Protección a la Salud versa en: "la garantía que la sociedad otorga, por medio de los poderes públicos, para que un individuo o un grupo de individuos, pueda satisfacer sus necesidades y demandas de salud al obtener acceso adecuado a los servicios del sistema o de alguno de los subsistemas de salud existentes en el país, sin que la capacidad de pago constituya un factor restrictivo".

Sin embargo, las modificaciones a las condiciones a través de las cuales se otorgó una Autorización Sanitaria, pudieran llegar a modificarse a lo largo de la vigencia de cada una de ellas, esto, sin que la Autoridad Sanitaria responsable de vigilar u observar la normatividad referente a los temas que nos atañen, tuviera conocimiento. Lo anterior, en el entendido de que cuando a un nuevo insumo para la salud se le otorga la Autorización Sanitaria y se inicia la comercialización, su seguridad aún no es garantizada debido a que, en los estudios clínicos y científicos, solo se obtiene información limitada. Siendo necesario continuar con esta tarea durante su comercialización, a fin, de evitar que las propiedades, así como el desempeño de cada uno de los insumos para la salud se vea alterado de tal manera que pierda sus tres cualidades: seguridad, eficacia y calidad, evitando así, que el organismo humano se vea afectado por reacciones adversas poco frecuentes, ya sea por un inicio tardío o en poblaciones específicas y, de esta manera, no poder garantizar y satisfacer la protección a la salud.

Esta finalidad radica en que no existan modificaciones en las autorizaciones Sanitarias sin previa autorización del ente regulador, siendo la Farmacovigilancia una de las actividades de salud pública, destinadas a la detección, identificación, cuantificación, evaluación y prevención de los posibles riesgos a la salud y de esta manera garantizar la Protección a la Salud. Es por tal motivo, que, al no existir una vigilancia continua sobre los insumos para la salud, se pone en alto peligro la salud de la población, puesto que condiciona al ente regulador a avalar que las empresas den continuidad sui géneris a sus autorizaciones, incumpliendo de esta manera con las formalidades establecidas en la Ley, normas y demás disposiciones legales aplicables.

Así las cosas, la información relativa a un medicamento genérico, en cuanto a su fórmula, pruebas y estudio sobre calidad, seguridad y eficacia, no es comercial confidencial, que otorgue una ventaja competitiva a la persona que gestiona su registro sanitario, ni puede considerarse un secreto industrial, pues lo cierto es que dicha información reproduce exactamente aquella relativa al medicamento de referencia. Por esta razón, no se cumple con lo dispuesto por el artículo 82 de la *Ley de la Propiedad Industrial*, ni con los *Lineamientos generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas*, a más de que cualquier variación entre un medicamento innovador y aquel señalado como genérico, resultaría en que este último no podría ser bioequivalente, de ahí la necesidad de tramitarlo como “medicamento nuevo”, en tutela del derecho a la salud.

En función de ese sistema jurídico, la protección de los secretos comerciales forma parte del concepto general de protección contra la competencia desleal o se basa en disposiciones específicas o en la jurisprudencia relativa a la protección de la información confidencial; lo cual constituye una excepción al derecho fundamental de acceso a la información pública, pues en relación a ella el principio de máxima publicidad, queda supeditado a la divulgación de su propietario. En efecto, la información comercial confidencial puede beneficiarse de la protección en calidad de secreto comercial siempre y cuando: ésta no sea generalmente conocida, o fácilmente accesible, en los círculos que utilizan ese tipo de información; tenga un valor comercial porque es secreta; y, porque el titular legítimo de la información haya tomado medidas razonables para mantenerla en secreto (por ejemplo, mediante mecanismos de control físicos y electrónicos o la concertación de acuerdos de confidencialidad o de no divulgación).

Bajo esa perspectiva, en el ámbito de la industria farmacéutica, se otorga gran importancia a la protección de datos de pruebas no divulgados, que es necesario presentar para obtener la aprobación de la comercialización de nuevos medicamentos, por ende, las autoridades encargadas de la aprobación de la comercialización de nuevos medicamentos, entre ellas la Comisión Federal para la Protección de Riesgos Sanitarios, están obligadas a proteger dichos datos contra el uso comercial desleal de los competidores. Además, deben proteger dichos datos contra la divulgación, excepto cuando sea necesaria para proteger al público o salvo que se hayan tomado medidas para garantizar su protección contra el uso comercial desleal.

- *Precedente fundador de línea*

Sobre este tema de la propiedad intelectual en los medicamentos, el Tribunal se apoyó de lo resuelto en la contradicción de tesis 386/2009, fallada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Hechos. - Se denunció la contradicción de criterios sustentados en el amparo en revisión ARA-404/2009, con el criterio sustentado por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en la tesis aislada de rubro “PROPIEDAD INDUSTRIAL. LAS PATENTES DE MEDICAMENTOS ALOPÁTICOS QUE DEBEN PUBLICARSE EN LA GACETA RELATIVA, DEBEN SER ÚNICAMENTE AQUELLAS QUE PROTEGEN UNA SUSTANCIA, INGREDIENTE O PRINCIPIO ACTIVO”; y el sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito al resolver el amparo en revisión R.A. 59/2009.

Criterio. - Las patentes de medicamentos deben publicarse en la gaceta del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, a efecto de que se pongan a disposición del público el listado de productos que deban ser objeto de protección industrial de acuerdo con la sustancia o ingrediente activo, el cual precisará la vigencia de la patente respectiva.

Justificación. - La Sala manifestó que un medicamento alopático es un producto conformado por una sustancia o mezcla de sustancias que se presenta en forma farmacéutica, que tiene un efecto terapéutico, preventivo o rehabilitatorio, y que se encuentra registrado en la Farmacopea de los Estados Unidos Mexicanos.

La patente constituye el derecho que se otorga a una persona física o moral a efecto de explotar exclusivamente una invención. Por lo que la reivindicación, es la característica esencial de un producto o proceso cuya protección se reclama de manera precisa y específica en la solicitud de patente o de registro y se otorga, en su caso, en el título correspondiente.

Para que una patente pueda ser objeto de publicación en la Gaceta de la Propiedad Industrial forzosamente debe reunir tres requisitos: a) estar vigente; b) referirse a un medicamento alopático; y c) no proteger procesos de producción o de formulación de medicamentos y que las patentes que se refieran a medicamentos alopáticos y que contengan un ingrediente, sustancia o principio activo en su composición o formulación farmacéutica.

Tratándose de patentes otorgadas a medicamentos alopáticos, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial publicará en la Gaceta y pondrá a disposición del público un listado de productos que deban ser objeto de protección industrial de acuerdo con la sustancia o ingrediente activo, el cual precisará la vigencia de la patente respectiva.’

El Tribunal advirtió que un medicamento alopático es toda sustancia o mezcla de sustancias de origen natural o sintético que tenga efecto terapéutico, preventivo o rehabilitatorio, que se presente en forma farmacéutica y se identifique como tal por su actividad farmacológica, características físicas, químicas y biológicas, y que se encuentre registrado en la Farmacopea de los Estados Unidos Mexicanos para medicamentos alopáticos.

Asimismo, concluyó que la patente es el título a través del cual se reconoce el derecho exclusivo de una persona para explotar en su provecho una invención, entendiendo como tal toda creación humana que permita transformar la materia o energía para su aprovechamiento y satisfacer sus necesidades concretas. Por su parte, se advierte que la reivindicación es aquella característica esencial de un producto o proceso cuya protección se reclama de manera precisa y específica en la solicitud de patente o de registro y se otorga, en su caso, en el título correspondiente.

La patente protege la indicación para el tratamiento de determinada enfermedad lo cual coincide plenamente con la parte final del artículo 221 de la *Ley General de Salud* que menciona “la indicación de uso contemple efectos terapéuticos, preventivos o rehabilitatorios.” Que, las indicaciones de uso como las que se describen en las reivindicaciones de la patente de mérito, contemplan efectos terapéuticos, preventivos o rehabilitatorios; que no contempla un proceso de producción o de formulación, y que corresponden a la definición de medicamento que establece el artículo 221 de la *Ley General de Salud*.

Ahora bien, para que procedan a publicar en la Gaceta de la Propiedad Industrial, la patente en controversia para tratar trastornos relacionados que protege el uso del compuesto que la sociedad quejosa acreditó ser titular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación asentó el criterio de que las patentes de medicamentos alopáticos o sus reivindicaciones, que no constituyan procesos de producción o de formulación de medicamentos. No obstante, en el caso de que contengan un ingrediente, sustancia o principio activo en su composición o formulación farmacéutica, sí deben ser objeto de publicación en la gaceta de patentes vigentes de medicamentos.

Es importante señalar que las autoridades sanitarias no otorgan registros sanitarios para la venta o comercialización de sustancias o ingredientes activos, sino que otorgan registros sanitarios para fabricar, vender, suministrar o comercializar medicamentos alopáticos. El *Reglamento de Insumos para la Salud*, define a la *Farmacopea de los Estados Unidos Mexicanos* como el documento expedido por la Secretaría de Salud que consigna los métodos generales de análisis y los requisitos sobre identidad, pureza y calidad de los medicamentos.

Comentario. - Por lo que refiere al análisis de diversos precedentes en torno a la protección contra riesgos sanitarios como dimensión del derecho a la salud, principalmente lo resuelto en torno a los dispositivos médicos, el Poder Judicial ha conocido de pocos casos, pero es de destacar que, en los mismos, ha sido proclive a pronunciarse sobre la preponderancia del derecho a la salud sobre otros temas.

Destacan a mi parecer dos puntos torales en la protección para hacer exigible el derecho a la salud:

1) La obligación que tiene el Estado de implementar políticas de salud que prevean elementos esenciales e interrelacionados para garantizar que los insumos para la salud sean disponibles, accesibles, asequibles y sobre todo asegurar la calidad de los medicamentos, máxime que como se ha establecido el acceso a medicamentos de calidad constituye una de las formas de garantizar el derecho a la salud de todas las personas.

Esta facultad debe apegarse a la regulación legislativa que al efecto determine nuestro país al respecto.

De manera constante el Poder Judicial alude a la creación de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, el cual se crea como un organismo desconcentrado de la Secretaría de Salud, con autonomía técnica, administrativa y operativa en atención a que su objetivo principal radica en unificar las políticas y criterios que en la materia definan y permitan tomar con mayor rapidez las decisiones relativas a los riesgos sanitarios.

2) La justificación racional y objetiva de limitar a cinco años la vigencia de los registros sanitarios, en aras de que la autoridad sanitaria esté en posibilidades, durante el proceso de renovación de los registros sanitarios, de exigir de los solicitantes las pruebas de intercambiabilidad que comprueben la eficacia del medicamento según sea el caso, en concordancia con la normatividad internacional de los países de mayor desarrollo tecnológico, lo cual conlleva sin duda, a mejorar

la eficacia y calidad de los productos en el mercado, en beneficio de todas las personas que utilizan los medicamentos y demás productos para su salud.

Esto obedece a los avances tecnológicos y científicos en materia de medicamentos y dispositivos médicos y validar periódicamente la formulación de medicamentos conforme a estos avances que garanticen su eficiencia, calidad y seguridad.

Hubiera sido deseable que, al resolver sobre los medicamentos, se pronunciará sobre la importancia que tiene la investigación básica del fármaco, que va desde su investigación clínica, fabricación, distribución, prescripción y seguimiento de la farmacovigilancia.

Esta dimensión ha sido casi nula en los precedentes que conciernen a hechos en los que se ve inmersa la salud a partir de la protección contra riesgos sanitarios y que más allá de simplismos en el otorgamiento de los mismos, es muy importante fortalecer los mecanismos institucionales que garantizan la calidad de dichos insumos, puesto que pasan por un proceso de autorización complejo, que incluso en el caso de los medicamentos se da en circunstancias muy particulares, con indicaciones de uso, contraindicaciones y eventos esperados derivado de los ensayos clínicos que aporta el laboratorio farmacéutico, y que única y exclusivamente le corresponde a los expertos determinar si cumplen o no con la legislación sanitaria.

Omitir esta parte en el control sanitario de los medicamentos, puede conllevar serias implicaciones en la salud de los individuos, al optar por una clase de tratamientos sin que éstos hayan sido validados conforme a evidencia científica suficiente.

Esta salvaguarda del Derecho a la salud, como se ha repetido, asegura a toda persona la protección de su salud a través del acceso a los servicios de atención médica, y transversalmente la protección de la sociedad contra riesgos a la salud que pueden ser ocasionados por el uso, de medicamentos, dispositivos médicos (equipos médicos, prótesis, órtesis, ayudas funcionales, agentes de diagnósticos, insumos de uso odontológico, materiales quirúrgicos, de curación y productos higiénicos) y otros insumos médicos.

Por lo tanto, se comparte la decisión respecto a la vigencia limitada de los registros sanitarios de medicamentos y demás insumos para la salud, podrá permitir a la autoridad sanitaria, retirar del mercado aquellos insumos para la salud que ya no se justifiquen terapéuticamente o constituyan otras desventajas como son las

reacciones adversas en la salud de las personas; así como conocer el universo de medicamentos vigentes en el mercado y su utilidad terapéutica; y, adicionalmente contar con un padrón de registro de medicamentos real y confiable que permita su actualización permanente al eliminarse aquellos registros de insumos para la salud que no sean comercializados.

Es importante que, dadas las modificaciones constantes en la investigación médica, se tome en consideración la evidencia científica que presentan las casas farmacéuticas a la autoridad sanitaria mexicana basada en los ensayos clínicos para asegurar la eficacia y seguridad de los distintos insumos para la salud, incluidas las vacunas y en la vigilancia epidemiológica post mercadeo de dichos insumos.

Dentro de la evaluación y revisión, es imprescindible que se cumpla con la regulación técnica (Normas Oficiales Mexicanas) de observancia obligatoria expedida por las Autoridades Normalizadoras (COFEPRIS) competentes, cuyo fin esencial es la protección de los objetivos legítimos de interés público (la protección y promoción a la salud).

Como parte de lo anterior, los estudios de estabilidad de fármacos y medicamentos, son la evidencia científica que demuestran el periodo de vida útil asignado a éstos. Dichos estudios, permiten confirmar los periodos de caducidad de los productos utilizados durante el proceso, estableciendo las condiciones de almacenamiento y transporte, así como seleccionar el mejor sistema de distribución y de conservación.

En el mismo sentido, debe respetarse la investigación en seres humanos, la cual se desarrolla con base en los principios científicos y éticos que justifican la investigación médica, especialmente en lo que se refiere a su posible contribución a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos de la ciencia médica.

En mi opinión, en estos últimos años, el Tribunal ha perdido la oportunidad de efectuar un análisis entre la ponderación de las dimensiones individuales (atención médica) con la social (protección contra riesgos sanitarios) al dejar de considerar en sus fallos, la particular importancia que cobra la posibilidad de que la autoridad sanitaria solicite y evalúe las pruebas de intercambiabilidad que comprueben la eficacia del medicamento según sea el caso en concordancia con lo dispuesto en el *Reglamento de Insumos para la salud* y el *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud* que tienden a mejorar el control y vigilancia en la producción y uso de medicamentos e insumos destinados

para salvaguardar el derecho a la salud de la población, orden normativo que se fundamenta en un bien o interés social, la protección de la salud pública.

El Tribunal, al igual que cualquier autoridad y los particulares que se dediquen a actividades relacionadas con cualquier dimensión del derecho a la salud, deben de respetar en todo momento la Legislación Sanitaria vigente cuya razón de existir es la de evitar la exposición de la población mexicana a riesgos innecesarios en materia de salud pública.

Finalmente, hay que sentar precedentes en cuanto a los medicamentos innovadores en los que se contienen aspectos vinculados con la formulación de los fármacos, aditivos, forma farmacéutica, indicación terapéutica, dosis, presentación, vía de administración, consideraciones de uso y diluyentes, puesto que ello garantiza la innovación tecnológica y propicia la investigación clínica. De no considerarlo así, se violan incluso derechos adquiridos al amparo de la patente, lo cual no ha sido observado en fechas recientes por la autoridad competente, al decantarse por privilegiar su acceso sin limitaciones arbitrarias ni discriminación alguna, bajo la regla general de la máxima publicidad de la información y disponibilidad, olvidando la ponderación del derecho a la salud que conllevan las autorizaciones sanitarias.

Conclusiones parciales de la línea jurisprudencial sobre protección contra riesgos sanitarios.

En la presente línea, que a su vez se subdivide en tres rubros como es el control sanitario de productos de tabaco, de bebidas alcohólicas y del proceso de autorización de insumos para la salud, pudimos apreciar como los tribunales han resuelto con una visión de ponderar la salud pública sobre otros derechos como es el de la libertad de trabajo, primordialmente al comercializar los mismos.

También ha sido muy progresista en cuanto a los riesgos sanitarios que impacta el consumo descontrolado de las bebidas alcohólicas, que va desde su producción, su publicidad hasta su comercialización en ciertos giros comerciales, privilegiando la salud de la población dado el problema de salubridad general que representa el uso nocivo del alcohol, el alcoholismo y las enfermedades derivadas del mismo.

Lo anterior al amparo del deber que le asiste a la autoridad para Proteger la salud y el bienestar de la población frente al uso nocivo del alcohol y prevenir los riesgos a la salud que éste genera.

Y de lo anterior podemos desprender también que la población tiene derecho a que el Estado le garantice contar con medicamentos de calidad, seguros y eficaces, los cuales pasen por un proceso estricto y no generen eventos adversos que ocasionen daños a la salud, siendo constante la revisión sanitaria de los mismos para salvaguardar que cumplan con las disposiciones sanitarias respectivas.

Todas estas sublíneas que vienen a conformar la línea jurisprudencial de la protección contra riesgos sanitarios, velan por la primacía de los temas de salubridad general como instrumentos de salud pública, dado el impacto que conllevan.

Asimismo, esta línea jurisprudencial ha logrado dotar de contenido a este derecho, que, si bien no sigue una lógica clásica de un derecho subjetivo directo, sí conlleva un interés colectivo, que el mismo tribunal es quien regularmente ha fallado a favor de la salud pública.

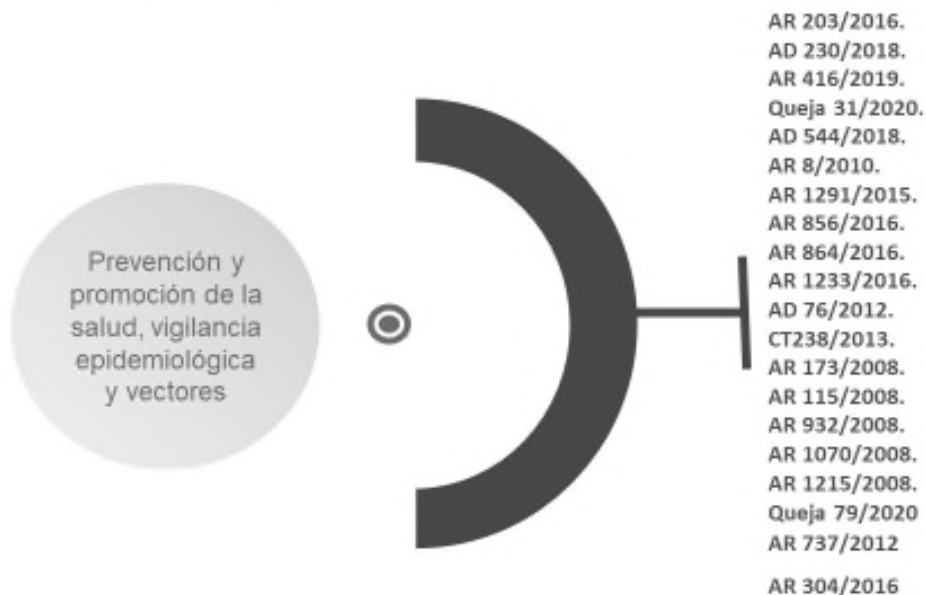
A lo cual, podemos afirmar de momento, que el Poder Judicial ha posicionado el discurso de la salud pública a través de sus fallos, dado el imperativo constitucional de orden público, y de interés social, que debe prevalecer frente a otras acciones nocivas para la salud.

La autoridad jurisdiccional viene a consolidar el deber que tiene el Estado, a través del Poder Legislativo y sobre todo del Ejecutivo de emprender las acciones necesarias para alcanzar ese fin, tales como el desarrollo de políticas públicas, controles de calidad de los servicios de salud, identificación de los principales problemas que afecten la salud pública del conglomerado social.

Ello a fin de proteger la salud de la sociedad frente a los riesgos derivados del abuso del consumo de bebidas alcohólicas, siendo la voluntad legislativa ha regulado su venta y consumo en establecimientos comerciales, así como el otorgamiento de licencias o permisos para su funcionamiento al público.

4.3 LÍNEA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA (PREVENCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA SALUD Y VIGILANCIA EPIDEMIOLÓGICA)

3. El derecho a la salud y la salud pública



Como se ha referido, el derecho a la salud alcanza dos dimensiones, la individual y la social, en este análisis que se presenta, podemos apreciar como el Poder Judicial se decanta por esta última, dadas las repercusiones que conlleva para el interés público, el proteger la salud de toda la población y no de unos cuantos.

En estos precedentes que se exponen, se aprecia cómo un poco tenue pero en el mismo camino, nuestros juzgadores, han forjado una línea jurisprudencial del derecho a la salud en específico en materia de salud pública, como es el caso de las acciones de prevención y promoción de la salud y de vigilancia epidemiológica, que si bien es muy escasa la producción de los juzgadores y más en la emisión de criterios, existen determinaciones muy importantes para estos efectos que comporta el derecho a la salud, los cuales son suficientes para poder determinar la forma en que el juzgador ha ponderado el interés social sobre el individual, particularmente por un tema de salud.

En cuanto a las líneas jurisprudenciales desarrolladas en el ámbito de la salud pública, como parte del derecho a la salud, en la que se incluyen servicios de salud desde la prevención de las dolencias y las discapacidades, la prolongación de la vida y el fomento a la eficiencia física y mental, hasta educar al individuo en los principios de la higiene personal, organizar los servicios para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades y para la rehabilitación, así como desarrollar la estructura social que le asegure a cada miembro de la comunidad un nivel de vida adecuado para el mantenimiento de la salud,⁵⁵⁰ el Poder Judicial desafortunadamente no ha sido muy activo, puesto que son pocos los casos encontrados en estas dimensiones.

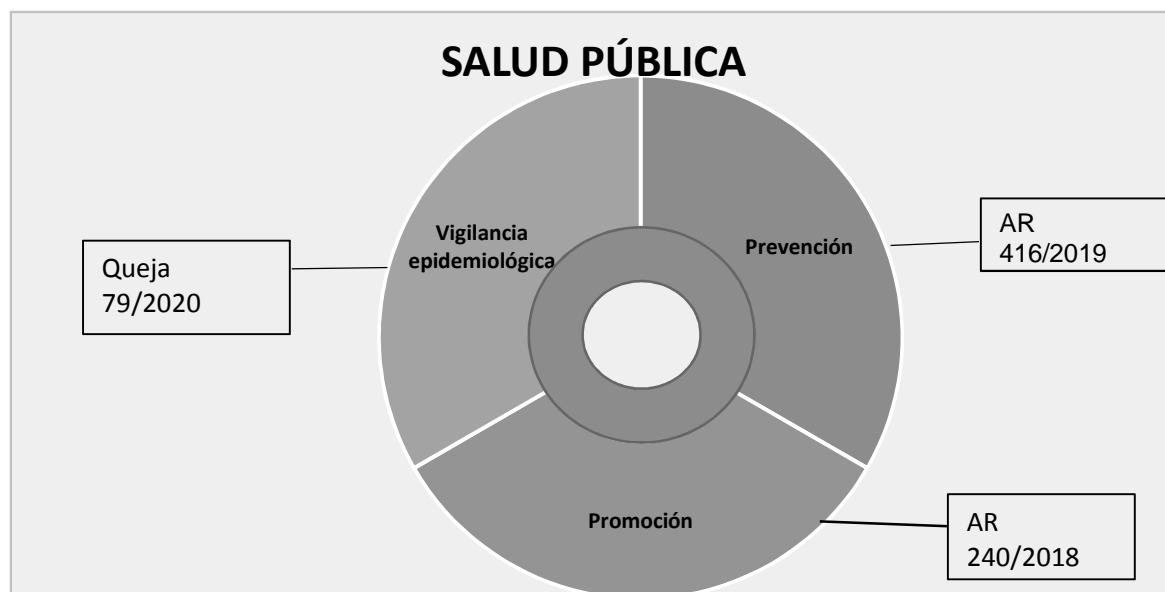
Al ser una especialidad de la medicina que se orienta a la prevención de las enfermedades y promueve la salud para que las personas tengan una vida larga y saludable, mediante acciones organizadas entre las autoridades responsables de la salud, responsabilidad a cargo de los gobiernos, a quienes corresponde la organización de todas las actividades comunitarias que, directa o indirectamente, contribuyen a la salud de la población con la mejor calidad posible, y dado la concepción clásica del juicio de amparo, esto es, la relatividad del mismo, muy pocas veces, se ha demandado del Estado la ejecución u omisión de este tipo de medidas.

No obstante, hemos tratado de construir una línea jurisprudencial con estos pocos elementos, en donde habremos de observar el patrón argumentativo del juzgador respecto a las medidas de salud pública que se consagran en la Ley General de Salud, en específico se abordan algunos temas de prevención y promoción de la salud, al igual que de vigilancia epidemiológica y las vinculaciones que tienen éstas subdimensiones del derecho a la salud.

En estas líneas destaca la ponderación que hacen los tribunales de la salud pública sobre la libertad de comercio y del trabajo, siendo esta materia de interés general y de orden público, justificándose la limitación en razón de que las medidas sanitarias de diversa índole persiguen fines constitucionalmente válidos como es proteger la salud de la población, estimándose idóneas, necesarias y proporcionales.

⁵⁵⁰ Frenk, Julio, Óp. cit., nota 51.

En el presente apartado, podemos observar sentencias relevantes en la misma línea



jurisprudencial, cada una de ellas relacionada con el rubro de la salud pública, como dimensión del derecho a la salud, destacando para ello el amparo en revisión 203/2016, relacionado con el acceso a métodos anticonceptivos a menores de edad, así como proporcionar asesoría y orientación sobre salud sexual y reproductiva, el amparo en revisión 240/2018, relativo a el derecho de los consumidores a contar con información clara y veraz sobre el contenido energético de los productos, mientras que el amparo en revisión 416/2019 se refiere a las especificaciones a seguir en la atención de la enfermedad de obesidad y sobrepeso y poder prevenir complicaciones, en tanto que en los Amparos en revisión 173/2008, 115/2008, 932/2008, 1070/2008 y 1215/2008, se vislumbraron actos relativos al ejercicio de la profesión médica, particularmente la realización de procedimientos de cirugía estética al prever que únicamente los pueden llevar a cabo los médicos con cédula de especialidad, asimismo el amparo en revisión 117/2012 y la Contradicción de tesis 238/2013 y los amparos en revisión 1291/2015, 856/2016, 864/2016 y 1233/2016 se abordó el mismo tema sobre la profesionalización en el desempeño de la cirugía, finalmente el amparo en revisión 304/2016, de manera muy breve abordó el tema de vectores, siendo el único precedente en esta dimensión que se logró detectar en el Semanario Judicial de la Federación.

A continuación, se enuncian algunos precedentes que derivaron en tesis aisladas y en algunos casos en jurisprudencia.

Empezando el estudio de la concepción jurisprudencial de estas dimensiones del derecho a la salud encontramos el amparo en revisión 203/2016, en el que se abordan cuestiones sobre la prevención de la salud.

Hechos.- Un particular cuestionó la constitucionalidad del artículo 50, fracciones VII y XI, de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a partir del hecho de que las autoridades deben garantizar a los menores el acceso a métodos anticonceptivos, así como proporcionar asesoría y orientación sobre salud sexual y reproductiva, toda vez que vulnera indebidamente la patria potestad de los padres y genera un ambiente nocivo en detrimento de las niñas, niños y adolescentes, ello al establecer una anarquía moral, promueve la promiscuidad entre los menores de edad y justifica que se lleven a cabo relaciones no apropiadas para la niñez; máxime que la ley no distingue entre la garantía de suministrar métodos anticonceptivos a los niños y a los adolescentes. E inclusive que atenta contra sus convicciones morales, éticas y religiosas.

Criterio. - Dentro del derecho humano al nivel más alto posible de salud física y mental de los menores de edad, se encuentra comprendido tanto lo relativo a toda aquella información que sea esencial para su salud y desarrollo -como lo es la educación, sensibilización y diálogo en servicios de salud sexual y reproductiva-, como lo relacionado con el acceso a los métodos anticonceptivos. Lo anterior atiende, sustancialmente, a: (I) prevenir y protegerlos contra el contagio y las consiguientes consecuencias de las enfermedades de transmisión sexual, en especial, el VIH, ya que se ha considerado que una información pertinente, adecuada y oportuna en la que se tengan en cuenta las diferencias de nivel de comprensión y que se ajuste bien a su edad y capacidad, es una de las medidas más eficaces para protegerlos contra las enfermedades aludidas; y (II) a prevenir y darles conciencia sobre los daños que puede causar un embarazo prematuro; en ese sentido, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, al reconocer el acceso a la información indicada, así como a los insumos de salud sexual, se relaciona con la protección a la salud, integridad personal, e inclusive la vida de los menores de edad y, por ende, respeta el derecho humano al nivel más alto posible de salud física y mental, el cual no podría verse satisfecho si se prescindiera de esos elementos integrales de los servicios de salud.

Justificación. - Destaca en estos aspectos el rubro de la prevención de la salud, al aludir el juzgador que los niños necesitan información y educación sobre todos los aspectos de la salud para poder adoptar decisiones fundamentadas en relación con su estilo de vida y el acceso a los servicios sanitarios. La información y la preparación para la vida cotidiana deben abordar una amplia gama de asuntos

relativos a la salud -entre ellos los hábitos alimenticios saludables y la promoción de la actividad física, el deporte y el esparcimiento; la prevención de accidentes y lesiones; el saneamiento, lavarse las manos y otras prácticas de higiene personal; y los peligros del consumo de alcohol, tabaco y sustancias psicoactivas-.

Señalando que los programas de prevención, realmente eficaces, son los que tienen en cuenta la realidad de la vida de los adolescentes y al mismo tiempo tratan la cuestión de la sexualidad velando por que tengan acceso en pie de igualdad a la información, la preparación para la vida activa y las medidas preventivas adecuadas. Por lo que, para estar protegidos de la infección por el VIH, los menores de edad requieren de una «información pertinente, adecuada y oportuna en la que se tengan en cuenta las diferencias de nivel de comprensión y que se ajuste bien a su edad y capacidad, y le permita abordar de manera positiva y responsable su sexualidad. Para que la prevención del VIH/SIDA sea efectiva, no se debe censurar, ocultar o tergiversar deliberadamente las informaciones relacionadas con la salud, incluidas la educación y la información sobre la sexualidad, y se debe velar porque los menores de edad tengan la posibilidad de adquirir conocimientos y aptitudes que los protejan y a otros desde el momento en que empiece a manifestarse su sexualidad.

En consonancia con lo anterior, argumenta el Tribunal que es fundamental la prevención de la salud, en específico, que los adolescentes tengan derecho a acceder a información adecuada que sea esencial para su salud y desarrollo, así como para su capacidad de tener una participación significativa en la sociedad. Se debe proporcionar a todos los adolescentes, tanto dentro como fuera de la escuela, formación precisa y adecuada sobre la forma de proteger su salud y desarrollo y de observar un comportamiento sano -la cual deberá incluir información sobre el uso y abuso del tabaco, el alcohol y otras sustancias, los comportamientos sociales y sexuales sanos y respetuosos, las dietas y las actividades físicas-.

Destacó los peligros que la desinformación conlleva, puntualizando el juzgador que los adolescentes, ya sean niñas o niños, corren el peligro de sufrir el contagio y las consiguientes consecuencias de las enfermedades de transmisión sexual y, por ende, los Estados deben garantizar la existencia y fácil acceso a los bienes, servicios e información adecuados para prevenir y tratar estas infecciones, teniendo los Estados la obligación de facilitar a los adolescentes acceso a información sexual y reproductiva, con inclusión de la planificación familiar y de los contraceptivos, los peligros de un embarazo precoz, la prevención del VIH/SIDA y la prevención y tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual .

Asimismo, enfatizó que los Estados deben adoptar medidas para reducir la morbimortalidad materna y la mortalidad de las niñas adolescentes y prestar apoyo a los padres de las adolescentes, ello, en función de las altas tasas mundiales de embarazo en la adolescencia y de los consiguientes riesgos de morbilidad y mortalidad, los Estados han de velar por que los sistemas y servicios sanitarios puedan atender las necesidades de los adolescentes en materia de salud sexual y reproductiva. Para ello, la educación en materia de salud sexual y reproductiva «debe hacer referencia a la conciencia de uno mismo y del propio cuerpo, incluidos aspectos anatómicos, fisiológicos y emocionales, y ha de estar al alcance de todos los niños, varones o mujeres y su contenido debe guardar relación con la salud y el bienestar sexuales, por ejemplo, mediante información sobre los cambios corporales y los procesos de maduración.

Así las cosas, podemos observar como el juzgador, a partir de lo señalado en la Ley General de Salud, robustece la importancia de la educación para la salud, en particular lo relativo a fomentar en la población el desarrollo de actitudes y conductas que le permitan participar en la prevención de enfermedades individuales, colectivas y accidentes, y protegerse de los riesgos que pongan en peligro su salud, en un ejercicio de prevención y control de las enfermedades, con base en la detección oportuna de las enfermedades no transmisibles y la evaluación del riesgo de contraerlas, así como el fomento, dentro de los programas de educación para la salud, de la orientación a la población, desarrollar campañas de educación, la promoción de la participación de la comunidad en la prevención y control de las causas y factores condicionantes de todo tipo de enfermedades.

En ese sentido, el acceso a la referida información, así como a los insumos de salud sexual, se encuentra relacionado con la protección a la salud, integridad personal, e inclusive la vida de los menores de edad; de ahí que el derecho humano al nivel más alto posible de salud física y mental no podría verse satisfecho si se prescindiera de tales elementos integrales de los servicios de salud.

El derecho humano de los niños y adolescentes a disfrutar el nivel más alto posible de salud es un derecho de carácter inclusivo, de tal suerte que no sólo abarca la prevención oportuna y apropiada, la promoción de la salud y los servicios paliativos, de curación y de rehabilitación, sino también el derecho del niño a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar de ese derecho humano. Enfatizando que el derecho del niño a la salud no sólo es importante en sí mismo, ya que la realización de tal derecho es un requisito indispensable para el disfrute de todos los demás derechos, e influye de manera decisiva en las posibilidades que pueden desplegar los menores como tales.

Con sustento en lo anterior, el juzgador reiteró que, para salvaguardar el derecho humano a disfrutar el nivel más alto posible de salud, las autoridades federales y locales deberán de coordinarse a efecto de: garantizar el acceso a métodos anticonceptivos; y proporcionar asesoría y orientación sobre salud sexual y reproductiva.

En cuanto a la importancia de la promoción de la salud, resaltan los argumentos expuestos al resolver el amparo en revisión 240/2018 relacionada con el etiquetado de alimentos.

- *Precedente relevante*

Hechos.- Una asociación civil reclamó de la autoridad la Modificación de la Norma Oficial Mexicana NOM-051-SCFI/SSA1- 2010, Especificaciones generales de etiquetado para alimentos y bebidas no alcohólicas preenvasados-información comercial y sanitaria, porque en su opinión transgreden el derecho al nivel más alto de salud, el derecho a la alimentación, el principio de progresividad y el derecho de los consumidores a contar con información clara y veraz sobre el contenido energético de los productos, al aludir que las disposiciones normativas en materia de etiquetado de alimentos eran compleja y no proporciona información comprensible a los consumidores a fin de brindar certeza sobre el impacto que tiene un producto en la salud de las personas.

Cabe precisar que esta sentencia no produjo un criterio, pero sí estableció ciertas precisiones en torno a la importancia de la prevención y promoción de la salud, sobre todo en una cuestión de alimentación.

Justificación. – La Corte sostuvo que la Organización Mundial de la Salud es un organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas, cuya función es la gestión de políticas de prevención, promoción e intervención en salud a nivel mundial con la finalidad de alcanzar para todas las personas el grado más alto posible de salud. Sus principios básicos son aceptados por los Estados parte y se trata de un organismo especializado con facultades para emitir recomendaciones que, si bien no son vinculantes para la autoridad sanitaria, se tratan de directrices que repercuten con guía en la elaboración de las políticas públicas implementadas por los gobiernos, como lo es el Plan Nacional de Desarrollo, cuyos objetivos son de cumplimiento obligatorio para las dependencias de la Administración Pública Federal.

Manifestó que el objetivo de estas actividades consistía en desacelerar el incremento en la prevalencia de sobrepeso y obesidad en la población mexicana, a

fin de revertir la epidemia de las enfermedades no transmisibles mediante los siguientes ejes estratégicos: i) salud pública, ii) atención médica y iii) mejores prácticas internacionales en materia de regulación sanitaria. Asimismo, en la estrategia fue establecido que para hacer frente al problema de sobrepeso, obesidad y diabetes que afecta a la población mexicana es necesario implementar una política de Estado para fortalecer la prevención y la promoción de la salud; en particular para modificar el comportamiento individual, familiar y comunitario para lograr en aumento en la actividad física y establecer hábitos alimentarios correctos.

Por lo cual, aduce que respecto a la regulación sanitaria fue propuesto implementar acciones de vigilancia focalizada en alimentos y bebidas y su publicidad en medios de comunicación; en concreto, establecer un etiquetado frontal claro mediante el cual los productores ofrezcan información útil al consumidor para que tenga elementos suficientes en la toma de decisiones respecto del consumo calórico, además de la implementación de medidas fiscales para reducir el consumo de alimentos de alta densidad energética y escaso valor nutricional.

En suma, de la revisión que hizo de las disposiciones normativas referidas, la Sala advirtió que a fin garantizar el acceso al derecho a la salud y evitar aquellos problemas que impidan el desarrollo y bienestar de las personas, en el Plan Nacional de Desarrollo 2013- 2018 fueron establecidas metas específicas para combatir los principales problemas de salud de la población, por lo que en atención a ello en la Estrategia Nacional para la Prevención y el Control del Sobrepeso, la Obesidad y la Diabetes fueron establecidos los requisitos que obligatoriamente debe contener el etiquetado en el área frontal de determinados productos.

Destacando que en la estrategia fue establecido que para hacer frente al problema de sobrepeso, obesidad y diabetes que afecta a la población mexicana es necesario implementar una política de Estado para fortalecer la prevención y la promoción de la salud; en particular para modificar el comportamiento individual, familiar y comunitario para lograr en aumento en la actividad física y establecer hábitos alimentarios correctos.

- *Precedente relevante*

Otro precedente relevante lo encontramos en el amparo en revisión 416/2019 que, si bien se trató lo relativo a la libertad prescriptiva de los médicos, se ponderó un problema de salud pública dada su relevancia, por lo que la regulación abona en la protección del derecho a la salud, al fijar criterios técnicos en la atención de la enfermedad de obesidad y sobrepeso y poder prevenir complicaciones.

Hechos.- A consideración de los quejosos dicha Norma vulneraba la libertad prescriptiva de los médicos, puesto que el hecho de que la norma obligue a los especialistas en cirugía a tratar al paciente invariablemente durante dieciocho meses previos a la intervención quirúrgica (bypass gástrico, entre otras técnicas), y obligarlo a acordar sobre la cirugía previamente con un grupo de especialistas integrado por un anestesiólogo, nutriólogo, endocrinólogo, cardiólogo y psicólogo, nulifica la libertad prescriptiva del médico, pues se consideró que no es función de los cirujanos tratar a sus pacientes por largos periodos, y obligarlo a que la decisión sobre la intervención se acuerde con un grupo multidisciplinario,

Criterio.- La práctica de la medicina no puede permanecer ajena a una regulación o control por parte del Estado, ya que el ejercicio de esta profesión necesariamente implica la probabilidad de afectación de derechos de terceros, se tiene que la Norma Oficial Mexicana NOM-008-SSA3-2017, Para el tratamiento integral del sobrepeso y la obesidad satisface los tres requisitos pues, primero, la exigencia de que el médico especialista que pretenda llevar a cabo cirugías cuente con una certificación emitida por el consejo correspondiente, es una restricción de aquellas que son admisibles en el artículo 5o. constitucional. Asimismo, dicha regulación puede considerarse como una restricción al derecho al trabajo para el ejercicio profesional de los médicos, se encuentra justificada y es necesaria para garantizar el derecho a la salud, que puede comprender de manera específica que satisfagan condiciones mínimas necesarias de capacitación y educación, para ofrecer servicios médicos de calidad, lo cual claramente protege el derecho a la salud. Finalmente, la mencionada medida colma el tercer requisito, ya que es proporcional, porque el grado de restricción sobradamente es compensado por los efectos benéficos que tiene desde una perspectiva preocupada por garantizar la práctica de los tratamientos del sobrepeso y la obesidad bajo los parámetros de profesionalización y calidad que aseguren la protección de la salud de los pacientes.

Justificación.- El juzgador destacó que las normas oficiales mexicanas, en el caso en comento, la NOM-008-SSA3-2017, Para el tratamiento integral del sobrepeso y la obesidad, son regulaciones técnicas de observancia obligatoria expedidas por las dependencias competentes que establecen reglas, especificaciones, atributos, directrices, características o prescripciones aplicables a un producto, proceso, instalación, sistema, actividad, servicio o método de producción u operación, así como aquellas relativas a terminología, simbología, embalaje, marcado o etiquetado y las que se refieran a su cumplimiento o aplicación.

Al respecto, destacan en sus argumentos el hecho de que la SCJN, previamente determinó que las normas oficiales mexicanas son reglas generales administrativas de orden público y de interés social, que establecen normatividad obligatoria sobre aspectos técnicos y operativos para materias específicas, cuya existencia obedece a los avances constantes de la tecnología y al acelerado crecimiento de la propia administración pública.

Por lo que al determinar si esa exigencia se encuentra justificada refirió que la misma considera los criterios para el tratamiento integral y el control del creciente número de pacientes que presentan sobrepeso y obesidad, de acuerdo con las circunstancias de cada caso e invariablemente, se tomarán en cuenta, los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica, nutricional y psicológica, así como la libertad prescriptiva de los profesionales de la salud. Cabe destacar, que la Norma regula la práctica de los profesionales y técnicos de las disciplinas para la salud, quienes deberán de prestar sus servicios en beneficio de los pacientes con sobrepeso y obesidad.

Continuó aduciendo que la Norma reclamada no regula alguna condición de acceso a la profesión médica, sino que regula los requisitos para el ejercicio de determinadas cirugías, en la medida en que tienen una incidencia en la salud de la ciudadanía. Si bien es cierto que la norma impugnada les exige a los médicos cirujanos que traten las enfermedades de sobrepeso y obesidad, la obtención de un certificado emitido por el consejo correspondiente, este requisito no determina el acceso de las personas a la profesión médica, sino que constituye un instrumento por el cual se regula una condición de acceso a los servicios de salud en materia de cirugías para combatir el sobrepeso y obesidad. En específico, se regula la condición profesional de acceso a estos: el derecho de las personas sujetas a cirugías para combatir el sobrepeso y la obesidad, y que éstas serán realizadas por profesionales de la salud que tengan una especialidad médica certificada.

Es evidente, que la NOM-008-SSA3-2017 busca proteger el derecho a la salud de las personas que se sometan a cirugías para combatir el sobrepeso y la obesidad y, por tanto, evitar que se afecten los derechos de terceros.

En tal virtud, señaló el Tribunal que la Norma reclamada se expidió por la necesidad de regular los tratamientos para el sobrepeso y obesidad de la población en México, dado que se ha determinado que este país México ocupa el segundo lugar en obesidad a nivel mundial y de manera particular, el primer lugar de obesidad infantil, siendo un problema de salud pública, debido a su magnitud y trascendencia. Por ende, con la finalidad de fortalecer y apuntalar las acciones de

la Estrategia Nacional para la Prevención y el Control del Sobrepeso, la Obesidad y la Diabetes.

La preocupación subyacente a la emisión de la Norma consiste, a decir del juzgador, en mejorar las condiciones médicas de acceso a los tratamientos para el sobrepeso y obesidad de las personas, dado que es un problema de salud pública. Para el legislador, la falta de una regulación legal que asegure la protección de la salud de los pacientes de las cirugías estéticas hacía imperativo una intervención legislativa y, por tanto, debe concluirse 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 esta materia. Por tanto, la NOM-008-SSA3-2017 actualiza una exigencia a los médicos especialistas constitucionalmente válida -evitar la afectación de los derechos de terceros- que busca la realización de un objetivo expresamente previsto en la Norma Fundamental: proteger el derecho a la salud de las personas.

En este entendido, la medida legislativa impugnada es instrumentalmente adecuada e idónea para cumplir con el objetivo señalado. Se trata de un medio necesario para lograr el fin constitucionalmente legítimo, que es la protección a la salud de las personas que se sometan a procedimientos quirúrgicos para combatir el sobrepeso y la obesidad, actualizadora de una de las restricciones al derecho al trabajo (evitar la afectación a los derechos de terceros).

Ahora, se determinó que dicha regulación es un medio necesario para la protección del derecho a la salud, además de salvaguardar los derechos de terceros, siendo una de las restricciones autorizadas constitucionalmente, es razonable para el fin que se busca, que es la protección de la salud de las personas. Lo anterior, en razón de que el derecho a la salud protegido constitucionalmente incluye, entre otras cosas, las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y la colectividad.

Por otra parte, en esta misma línea argumentativa de ponderar la salud pública sobre otros derechos con intereses particulares, los tribunales bajo un test de ponderación han privilegiado las bases y modalidades en las que se prestan los servicios de salud. Lo anterior con el objetivo claro de que determinados profesionistas se puedan considerar aptos para ejercer sus labores adecuadamente ante las necesidades de la sociedad, exigencia necesaria para que las personas que decidan dedicarse a tratar cuestiones de salud, estén debidamente capacitadas para brindar un servicio de calidad y puedan garantizar el bienestar de los individuos y sociedad en general.

Por ejemplo, en diversos amparos en revisión⁵⁵¹, a través de los cuales se combatió la constitucionalidad de los artículos 81, 272 Bis y 272 Bis 1 de la Ley General de Salud y 95 Bis 4 de su reglamento en materia de prestación de servicios de atención médica, en primer término, es importante precisar que los planteamientos de la recurrente se encaminan a señalar que con motivo de las disposiciones normativas impugnadas se prohíbe el ejercicio de su profesión, esto es, se le impide realizar procedimientos de cirugía estética al prever que únicamente los pueden llevar a cabo los médicos con cédula de especialidad otorgada por una autoridad competente en una rama de la medicina, pues se excluye a las personas que cuentan con cédula de maestría en cirugía estética.

Al igual que en el amparo en revisión 117/2012 y la Contradicción de tesis 238/2013, se estableció por ese propio comité que el derecho a la salud, en todas sus formas y a todos niveles, abarca elementos esenciales e interrelacionados, tales como: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Para el caso bajo estudio, interesa este último, y a ese respecto se dice que: Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

Asimismo, la protección del derecho a la salud incluye, entre otras, las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar porque la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia .

En este orden de ideas, resalta el Tribunal que el derecho a la salud, entre varios elementos, comprende: el disfrute de servicios de salud de calidad en todas sus formas y niveles, entendiendo calidad como que sean apropiados médica y científicamente, esto es, que exista personal médico capacitado, medicamentos y

⁵⁵¹ Los Amparo en revisión 173/2008, 115/2008, 932/2008, 1070/2008 y 1215/2008 derivaron en la tesis jurisprudencial 1a./J. 51/2009 de título "RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE TRABAJO. EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD PREVÉ UNA RESTRICCIÓN VÁLIDA A LA LIBERTAD DE TRABAJO DE LOS MÉDICOS."

equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, y condiciones sanitarias adecuadas. Para lo anterior, el Estado debe controlar que los servicios relacionados con la salud que proporcione éste.

Así, una forma de garantizar el derecho a la salud, es establecer regulaciones o controles destinados a que los prestadores de servicios de salud satisfagan las condiciones necesarias de capacitación, educación, experiencia y tecnología, en establecimientos con condiciones sanitarias adecuadas y en donde se utilicen medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado. Lo anterior significa que la práctica de la medicina no puede permanecer ajena a una regulación o control por parte del Estado, ya que el ejercicio de esta profesión necesariamente implica la probabilidad de afectación de derechos de terceros y, en esa medida, la regulación que puede considerarse como una restricción o exigencia extra para el ejercicio profesional de los médicos, se encuentra justificada y es necesaria para garantizar el derecho a la salud.

Así, manifiesta el juzgador que las exigencias o restricciones a la libertad de trabajo de los médicos con el fin de garantizar una parte del derecho a la salud, no sólo son útiles para este último, sino que es necesaria porque es imprescindible para establecer un mínimo de calidad para la prestación de los servicios de salud. De esta manera, se debe concluir que las restricciones o exigencias al derecho al trabajo de los médicos son constitucionalmente válidas si están destinadas a evitar que se afecten derechos de terceros, y si son necesarias para garantizar el derecho a la salud.

De igual manera, se destaca que la regulación en pugna se concreta a exigir a los médicos que quieran practicar cirugías a que satisfagan condiciones mínimas necesarias de capacitación, educación, experiencia y tecnología; y lo hagan en establecimientos con condiciones sanitarias adecuadas y en donde se utilicen medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, es decir, a que ofrezcan servicios médicos de calidad,

Cierto, 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. Por tanto, es dable concluir que esa exigencia al derecho al trabajo de los médicos es válida, al concretarse a exigir a los médicos condiciones mínimas necesarias de formación, es decir, a que ofrezcan servicios médicos de calidad, lo cual claramente protege el derecho a la salud.

Siguiendo la misma línea el juzgador, dispone que la medida legislativa impugnada es proporcional porque el grado de exigencia a la libertad de trabajo que resienten los profesionales de la salud, es justamente el requerido 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 pacientes.

Es claro que existe un costo mayor que la sociedad tendría que resentir si no existiera la norma impugnada: existiría la incertidumbre sobre la calidad de los servicios médicos ofrecidos. Este costo se reduce de forma muy importante introduciendo una restricción o exigencia relativa en la libertad de trabajo de los profesionales de la salud, quienes resienten un costo de menor entidad que el de la sociedad ante la inexistencia de la norma combatida.

Los médicos especialistas podrán pertenecer a una agrupación médica, cuyas bases de organización y funcionamiento estarán a cargo de las asociaciones, sociedades, colegios o federaciones de profesionales de su especialidad; agrupaciones que se encargan de garantizar el profesionalismo y ética de los expertos en esta práctica de la medicina. Así las cosas, la emisión de los diplomas de especialidades médicas corresponde a las instituciones de educación superior y de salud oficialmente reconocidas ante las autoridades correspondientes.

Descansando así en los conceptos esenciales para el Derecho a la salud y en él descansa la definición del marco general de actuación del profesional, técnico y auxiliar de las disciplinas para la salud criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria -, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

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

Al criterio analizado debe sumarse a las consideraciones de los amparos en revisión 1291/2015, 856/2016, 864/2016 y 1233/2016 que analiza el supuesto trato desigual injustificado entre las personas que cuentan con cédula de especialista y

los que tienen cédula de maestría en cirugía estética, no obstante que ambos cuentan con los conocimientos necesarios sobre la materia.

Hechos.- Una quejosa interpuso un amparo ante las modificaciones a la Ley General de Salud, que establecen el requisito de contar con una especialidad para el ejercicio de la cirugía estética, en atención a que la restricción a sus derechos humanos es idónea, necesaria y proporcional, pues si el fin de la Ley General de Salud es la protección del derecho humano a la salud, al establecer que los procedimientos médico quirúrgicos estéticos se realicen por profesionales que presten el servicio de la mejor manera, en México no existe un programa en materia de cirugía estética más completo que el que se imparte en la maestría en cirugía estética, ya que en la especialidad en cirugía plástica y reconstructiva no se estudia lo referente a cirugía estética.

Criterio. - Los preceptos citados establecen como requisitos para llevar a cabo procedimientos médicos quirúrgicos de especialidad, que los médicos cuenten con cédula de especialista legalmente expedida por las autoridades educativas competentes y con un certificado vigente de especialista, el cual deberá emitir el consejo de la especialidad que corresponda. Su ejercicio puede limitarse bajo las condiciones que la propia Constitución Federal señala y en términos de las leyes que se emitan por razones de interés general, a fin de evitar medidas o restricciones arbitrarias. En ese sentido, los artículos 81 y 272 Bis de la Ley General de Salud constituyen una restricción con un objetivo constitucionalmente válido expresamente previsto en la Norma Suprema, consistente en proteger el derecho a la salud de las personas; restricción que es adecuada e idónea para cumplir con ese objetivo, pues permite a las autoridades administrativas tener mayor certeza sobre la profesionalización de los médicos que llevan a cabo los procedimientos quirúrgicos de especialidad y sobre su capacidad y pericia; además, esa restricción no es una prohibición absoluta a la libertad de trabajo, porque únicamente se fijan los requisitos que deben cumplir los médicos para realizarlos, lo cual es acorde con el fin de las disposiciones normativas mencionadas, ya que el beneficio obtenido mediante dicha restricción es mayor al garantizar que los médicos cuenten con las habilidades, capacidades, conocimientos y pericia requeridos para realizar esos procedimientos.

Justificación.- Lo anterior atiende, a circunstancias de hecho que se han venido desarrollando en los últimos años han proliferado los establecimientos como salones de belleza o estéticas donde ofrecen diferentes tipos de intervenciones para rejuvenecer y para mejorar la apariencia física, y en consultorios médicos que engañosamente son atendidos por médicos no especialistas, cosmetólogos

habilitados para realizar una cirugía con un alto grado de dificultad, por el conocimiento anatómico quirúrgico y de equilibrio metabólico que se debe tener y sin el cual deriva en complicaciones que van de complejas cicatrices, pérdidas cutáneas hasta la muerte, mismas que han ocurrido por complicaciones como trombo embolias, embolias pulmonares, pérdidas cutáneas y perforaciones intestinales.

Estos accidentes ocurren por ser efectuados los procedimientos en lugares sin equipamiento básico, y sobre todo por personas que se dicen y se anuncian como especialistas de medicina estética; sin que ésta especialidad esté registrada en la Academia Nacional de Medicina, órgano que rige la normatividad de todas las Especialidades Médicas por medio de los Consejos de las mismas, esta “especialidad” no existe en la Dirección General de Profesiones y en ninguna especialidad como programas establecidos de postgrado.

Dos de 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. 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 peligrosas. Y determinó que lo anterior se conseguía, por un lado, si se les exigía acreditar la obtención de una especialidad médica que avalara sus conocimientos especializados y, por el otro, si se establecía un control administrativo en la esfera de competencia de la Secretaría de Salud, exigiéndose obtener una autorización por parte de ésta, además de una licencia para el establecimiento correspondiente.

Destacó el Tribunal que en el caso los grados académicos que refiere la recurrente no son comparables entre sí, es decir, el grado de maestro en cirugía estética y el de especialista en cirugía plástica y reconstructiva no son equiparables; por lo tanto, no existe un trato desigual, en razón de que el procedimiento por el que se obtiene el grado de especialista en una de las ramas de la medicina.

Así, las disposiciones normativas impugnadas establecieron como requisito para llevar a cabo procedimientos quirúrgicos de especialidad que los médicos

cuenten con cédula de especialista legalmente expedida por las autoridades educativas competentes y con un certificado vigente de especialista el cual deberá ser expedido por el consejo de la especialidad que corresponda. El requisito descrito se traduce en una restricción para la realización de procedimientos quirúrgicos de especialidad, ya que únicamente los médicos que tengan cédula y certificado de especialistas pueden llevarlos a cabo, por lo que aquéllos que no reúnan tales condiciones no podrán realizar esos procedimientos.

Ahora, en lo que interesa para este asunto, la intención del legislador al establecer que únicamente pueden realizar procedimientos de cirugía estética los médicos especializados en dicha materia, es decir, los que cuenten con cédula de especialidad, fue expresa en los siguientes términos.

Por tanto, debe exigirse a los profesionales de la salud el registro de un certificado de una especialidad médica; para garantizar que las cirugías estéticas y cosméticas sean realizadas por profesionales de la salud que tengan una especialidad médica en la materia.

Sin que ello constituya restricción absoluta que impida a los profesionales de la salud dedicarse en ninguna circunstancia al mencionado tipo de cirugías, se trata de una norma que regula las condiciones que deberán reunir quienes pretendan realizar este tipo de actividades, y contar con el certificado de alguna especialidad médica, lo cual implica que aquéllos profesionales en esta materia que no cuenten con estudios especializados en su rama, no podrán categóricamente realizar las cirugías estéticas y cosméticas referidas.

La necesidad de obtener autorización, de la Secretaría de Salud, permite el establecimiento de un control efectivo sobre el cumplimiento de todas las normas reguladoras de la prestación de servicios médicos y sobre el cabal cumplimiento de los otros dos requisitos expuestos.

Todo lo anterior demuestra que la finalidad de la norma es garantizar la calidad de los servicios de cirugía estética y cosmética, por medio del establecimiento de una restricción al ejercicio libre de la medicina, que consiste exclusivamente en evitar que cualquier profesional de la medicina y en cualquier lugar se practiquen ese tipo de servicios de salud.

Así, al ser las cirugías estéticas o cosméticas una actividad que no puede ser llevada a cabo por cualquier médico, por el alto riesgo que existe a que se afecte la salud de terceros, la restricción que se establece, consistente en contar con la autorización de la Secretaría de la Salud y para ello, contar con la certificación y

recertificación de alguna especialidad en salud, es una restricción válida para el ejercicio profesional de la medicina y por tanto, garantiza de manera equilibrada el derecho al trabajo y el derecho a la salud.

Consecuentemente, las disposiciones de la Ley General de Salud y de su reglamento constituyen una restricción con un objetivo constitucionalmente válido expresamente previsto en la Constitución Federal: proteger el derecho a la salud de las personas. De igual forma, la restricción también es adecuada e idónea para cumplir con el objetivo señalado, pues permite a las autoridades administrativas tener mayor certeza sobre la profesionalización de los médicos que llevan a cabo los procedimientos de cirugía estética y sobre su capacidad, pericia y ética.

Resaltando el Tribunal la formulación de tres requisitos: 1) profesionalizar el servicio médico en las cirugías estéticas y cosméticas y 2) establecer un control de calidad sobre los mismos y sobre el establecimiento en que se realicen. En este tenor, profundiza el juzgador al pedirse una licencia sanitaria que habilite a un establecimiento médico, es claro que el legislador buscó evitar el problema que identificó en la realidad, esto es, que “ninguna de estas sustancias utilizadas como insumo básico para las cirugías estéticas y cosméticas debe ser aplicada ...en salones de belleza o en otras instalaciones que no sean un consultorio médico formal, bajo normas estrictas de limpieza y seguridad”.

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 efecto.

Es de resaltar la importancia que le da el juzgador al tema de salud pública, sobre todo a partir del establecimiento de controles sanitarios, tales como es la regulación sanitaria, que busca proteger a las personas de riesgos a su salud derivados de las condiciones que deben observar los establecimientos y los profesionales de la salud en el ejercicio de la prestación de servicios de salud, motivo por el cual es muy importante conocer las implicaciones de estos tres rubros –prevención, riesgos sanitarios y atención médica- que están entrelazados en aras de lograr el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población .

- *Precedente relevante*

El único antecedente que se refiere al tema de vectores, lo encontramos en el amparo 304/2016, en el cual a partir del ingreso de un animal a nuestro país, advirtió que si se consideraba que el virus que portaba éste, sí afectaba el interés social y transgrede disposiciones de orden público, pues a la sociedad le interesa que las autoridades sanitarias adopten las medidas necesarias a fin de evitar la vulneración de la salud de las personas y la fauna existente en el país (propagación de virus y/o enfermedades), al ser uno de los fines del Estado el salvaguardar tal derecho humano, el cual se sobrepone a cualquier interés particular, cuyo objeto es prevenir actividades o conductas vulnerables a la "salud humana".⁵⁵²

- *Precedente relevante*

Por otra parte, en las Quejas 79/2020, 80/2020, 82/2020, 87/2020 y 107/2020 relacionada con el tema de prevención vinculado a las cuestiones epidemiológicas, el juzgador resaltó la importancia de estas medidas que integran el derecho a la salud.

⁵⁵² De dicho precedente derivó la tesis cuyo rubro y contenido es el siguiente: ORDEN DE PRIVACIÓN DE LA VIDA A UN ANIMAL POR REPRESENTAR UN RIESGO PARA LA SALUD PÚBLICA. ELEMENTOS QUE DEBEN CONSIDERARSE EN EL JUICIO DE AMPARO EN EL QUE SE RECLAMA ESA MEDIDA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA POR VIOLACIÓN AL DERECHO HUMANO A LA PROPIEDAD. Cuando en el juicio de amparo se reclama que una medida de la autoridad administrativa viola el derecho humano a la propiedad del quejoso, al ordenar privar de la vida a un animal que le pertenece, **con el argumento de que tiene una enfermedad que representa un riesgo para la salud pública**, sin que existan suficientes pruebas que así lo acrediten, el análisis correspondiente debe realizarse bajo el principio de progresividad, de acuerdo con el método de interpretación conforme previsto en el artículo **1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, para concluir que si dicha propiedad la constituye un ser vivo, **el Estado no puede traspasarla a su arbitrio y disponer el sacrificio de éste como mera medida de prevención, sin la debida fundamentación y motivación, ni aun bajo la supuesta salvaguarda de la salud humana y del medio ambiente**, pues ello implicaría soslayar que el bien directamente afectado es la vida de quien no está en capacidad de decidir de manera autónoma su destino. Lo anterior, porque el reconocimiento por parte de la especie humana del derecho a la existencia de los animales, constituye el fundamento de la coexistencia entre las especies en el mundo y todo acto que implica la muerte de un "ser vivo" no puede escapar de la máxima protección del Estado, máxime **cuando no existe duda científica ni se encuentra plenamente probada y normativamente justificada su aplicación en nombre del interés social o para salvaguardar el medio ambiente**, pues incluso la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, la Ley Federal de Sanidad Animal, la Ley General de Vida Silvestre y diversas normas oficiales mexicanas (como la NOM-059-SEMARNAT-2010, relativa a la protección de flora y fauna silvestres), ni los códigos penales y civiles y leyes de protección animal en las entidades federativas establecen la destrucción o privación de la vida de animales, plantas, etcétera, sin justificación alguna. A contrario sensu, sí podría justificarse una restricción siempre y cuando se demuestre que dicho vector efectivamente constituye un riesgo para la salud humana.

Hechos.- Personal de salud expuesto ante la pandemia de SARS-CoV2 (COVID-19), en tanto que son quienes en primer momento se encuentran encargados de prestar el servicio a la ciudadanía a fin de hacer frente a la emergencia sanitaria por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) y hacer los análisis correspondientes para la detección del virus, lo que evidentemente pone en riesgo su vida y la de la colectividad que acude a dichos centros a su atención médica, solicitó equipo médico para protegerse de un contagio.

Criterio.- La emergencia de salud pública ocasionada por el brote del virus SARS-CoV2 (COVID-19) es de importancia internacional y, al declararse como pandemia, derivado del incremento en el número de casos existentes en los países que los han confirmado, amerita el establecimiento de medidas preventivas urgentes, principalmente en relación con las personas que tienen mayor riesgo, como lo son los adultos mayores y aquellas que tengan afectaciones de salud, pero también para la protección del personal que presta sus servicios en algún hospital público y está expuesto al contagio del virus mencionado.

Justificación.- Al respecto se analizó en el caso específico en el que los quejosos al no tener actividades específicas para prevenir, combatir y controlar directamente el virus, los servicios médicos prestados dentro de sus unidades de adscripción, por lo que, al prestar el servicio de atención médica es posible que llegaran personas a dichos centros que pudieran estar infectadas del virus COVID-19, sin haber sido diagnosticadas aun con tal enfermedad, por tanto todo el personal adscrito a dichos centros deben realizar el diagnóstico general a fin de darle la atención adecuada a los pacientes, lo que debe realizarse conforme a las disposiciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS), y al “Lineamiento para la Atención de Pacientes por COVID-19” emitido por la Secretaría de Salud Federal, en el cual se establece el nivel de atención que se dará en cada área.

Lo que hace evidente que como personal médico de la salud se debe contar con el material mínimo indispensable para tal efecto, aun cuando existan las unidades hospitalarias denominadas “HOSPITALES COVID”, se encuentra obligada como unidad de salud a contar con la disponibilidad de insumos para la atención de pacientes, incluidos los equipos de protección personal, además de seguir las medidas y protocolos emitidos por la Secretaría de Salud establecidos en los “Lineamientos para la atención de pacientes COVID-19”.

Lo que se robustece con lo publicado por la Secretaría de Salud referente a que todas las unidades de salud, y las actividades necesarias para tener niveles de

asepsia que permitan brindar los servicios de salud⁵⁵³, en consecuencia, el quejoso al ser personal de salubridad que presta sus servicios en el Instituto Mexicano del Seguro Social, pertenecen a uno de los grupos que forman las actividades esenciales y directamente necesarias para atender la emergencia sanitaria para combatir la epidemia derivada del virus COVID-19.

Manifestando el Tribunal que en consideración que todo el personal médico interactúa entre sí y con la colectividad que acude a dichos centros a su atención médica de manera constante, es incuestionable que de protegerse a los quejosos con el equipamiento adecuado no sólo se les protege a ellos en lo individual sino a la totalidad del personal de salud y a las personas que acudan a los centros médicos, incluso a quienes tengan contacto con pacientes infectados de SARS-CoV2 (COVID-19), pues no tendría ningún sentido proteger únicamente a un sector y no al resto del personal de salud, ya que precisamente lo que se trata de evitar es el contagio del virus en cuestión.

Asimismo, es importante señalar que el derecho a la salud está reconocido en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos. Al respecto, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 378/2014, señaló que el derecho a la salud puede entenderse como la obligación del Estado, de establecer los mecanismos necesarios para que todas las

⁵⁵³ •Verificar la disponibilidad de insumos para la atención de pacientes, incluidos los equipos de protección persona.

•Contar con los materiales necesarios para la limpieza adecuada de la misma (jabón, cloro, escobas, trapeadores, jaladores, papel higiénico, toallas desechables, etc.).

•Evitar el material reutilizable, si se usa, descontaminar y desinfectar de acuerdo a las instrucciones que dicta el fabricante. El material desechable debe tirarse dentro de la habitación del paciente de acuerdo con los estándares RPBI.

• Lavar con agua, jabón y cloro todas las superficies lavables como paredes, pisos, puertas, manijas, barandales, llaves de lavabos, sanitarios, teléfonos, cortinas corredizas, mobiliario médico y mobiliario en general.

• Colocar bolsas de plástico dentro de todos los botes para la basura y eliminar éstas haciéndoles un nudo.

• Permitir la ventilación y entrada de rayos de sol a consultorios, salas de espera, sanitarios, aulas de usos múltiples y otros entornos físicos de la unidad.

• Definir una ruta para la atención de personas que acuden con síntomas respiratorios, misma que deberá de ser señalada desde la entrada de la unidad.

• De ser posible asignar una habitación aislada para todos los pacientes que ingresan como casos sospechosos de COVID-19, en caso de no ser posible se recomienda realizar aislamiento de cohorte con separación de las personas de por lo menos un metro.

• Verificar la implementación de las medidas recomendadas en áreas de atención al menos una vez por turno por parte del personal de epidemiología.

• Los trabajadores de la salud deberán contactar inmediatamente al área de control de infecciones de su institución en caso de presentar cualquiera de los síntomas de definición de caso sospechoso COVID-19.

personas tengan acceso a los servicios de salud, encaminados a la obtención de un determinado bienestar general, integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva un derecho fundamental más, el cual consiste en el derecho a la integridad físico psicológica. En esa lógica, se trata de un derecho complejo, que despliega una amplia serie de posiciones jurídicas fundamentales para los particulares y para el Estado; luego, la protección de la salud y el desarrollo de los correspondientes sistemas sanitarios asistenciales, es una de las tareas fundamentales de los Estados democráticos contemporáneos, y representa una de las claves del Estado del bienestar.

Así, acotó la mencionada Sala, la salud es una meta prioritaria en sí misma y, a su vez, es el pilar estratégico para que existan otras prerrogativas, ya que las posibilidades de que sean capaces los individuos para desplegarlas como tales, dependen de los logros en salud, en tanto un estado de bienestar general resulta indispensable para poder ejercer el resto de los derechos humanos que tutela la Constitución Federal, y, en consecuencia, para poder llevar una vida digna.

De ahí que el derecho a la salud impone obligaciones positivas a los Estados parte, de las que se destacan, las medidas necesarias para la reducción de la mortalidad, el tratamiento de las enfermedades y, especialmente, la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Respecto de la última obligación en comento, el precepto internacional no establece expresamente qué tipo de condiciones de asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad, se encuentran obligados a establecer los Estados contratantes.

Empero, precisó la Segunda Sala, un primer acercamiento a la extensión de la obligación de salvaguardar el derecho al disfrute del más alto nivel posible a la salud, en su vertiente de tratamiento de enfermedades y condiciones de asistencia y servicios médicos, puede colegirse que el Estado Mexicano se encuentra obligado a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos humanos reconocidos en la convención.

Así las cosas, la enfermedad infecciosa respiratoria denominada COVID-19 es causada por un virus que puede producir neumonía y la muerte, y se propaga por contacto directo (un metro) cuando la persona infectada tose o estornuda, o por contacto con sus gotículas respiratorias (saliva o secreción nasal), y dada la situación tan grave, amerita desde luego medidas preventivas y de atención

urgentes, principalmente en relación con las personas que tienen mayor riesgo, como lo son los adultos mayores y aquellas que tengan afectaciones de salud.

En este contexto, y en aras de destacar la importancia en la instrumentación de las acciones de prevención y control de enfermedades, así como de vigilancia epidemiológica, especialmente cuando éstas se relacionen con los riesgos sanitarios derivados de agentes virológicos que representen peligro para la salud, el juzgador subrayó que los contextos de pandemia y sus consecuencias acentúan la importancia del cumplimiento y observancia de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Recordando que, en el contexto de la pandemia, los Estados tienen la obligación reforzada de respetar y garantizar los derechos humanos en el marco de actividades laborales o de desempeño del servicio público. Observando que las pandemias tienen el potencial de afectar gravemente el derecho a la salud directa e indirectamente, por el riesgo sanitario inherente en la transmisión y adquisición de la infección, la exposición sobre el personal de salud y la alta incidencia en la organización social y los sistemas de salud, saturando la asistencia sanitaria general.

Destacando que la salud es un bien público que debe ser protegido por todos los Estados y que el derecho humano a la salud es un derecho de carácter inclusivo, que guarda correspondencia con el goce de otros derechos, que comprende sus determinantes básicos y sociales

Continuó señalando que tales medidas deberán de ser adoptadas atendiendo a la mejor evidencia científica, en concordancia con el Reglamento Sanitario Internacional (RSI), así como con las recomendaciones emitidas por la OMS y la OPS, en lo que fueran aplicables, guiar su actuación de conformidad con los siguientes principios y obligaciones generales, y ante las circunstancias actuales de la pandemia del COVID-19, que constituyen una situación de riesgo real, los Estados deben adoptar medidas de forma inmediata y de manera diligente para prevenir la ocurrencia de afectaciones al derecho a la salud, la integridad personal y la vida. Tales medidas deben estar enfocadas de manera prioritaria a prevenir los contagios y brindar un tratamiento médico adecuado a las personas que lo requieran.

Sirva así este contexto, para evidenciar la necesidad de que, ante esta situación extraordinaria y emergente por la pandemia del COVID-19, la visión del juzgador debe ser con una perspectiva reforzada para la protección de los Derechos Humanos. En la especie, el juzgador concedió la suspensión de plano porque consideró que se ponía en riesgo el derecho a la salud y a la vida de los quejosos

porque actualmente tienen contacto con pacientes, así como con compañeros enfermeros, camilleros y personal de salubridad del Instituto Mexicano del Seguro Social y por ende son altamente potenciales de riesgo de ser portadores del Covid-19, sin los insumos adecuados.

Arribando a la conclusión que la pandemia supone desafíos aún mayores para los Estados tanto en términos de políticas y medidas sanitarias, como en la aplicación del derecho, como medio primordial para la atención y contención, y lograr alternativas que resultan urgentes y necesarias para proteger efectivamente a sus poblaciones, acordes con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Finalmente, es de destacar la importancia que otorga el juzgador en este asunto al establecimiento de medidas de prevención sanitaria y de cuestiones epidemiológicas, ello en vísperas de proteger a las personas de riesgos a su salud derivados de las condiciones en las que realizan el ejercicio de sus acciones al afrontar la emergencia sanitaria, motivo por el cual es muy importante conocer las implicaciones de estos dos rubros prevención y vigilancia epidemiológica que están entrelazados en aras de lograr el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población, bajo condiciones que permitan brindar el acceso gratuito, progresivo, efectivo, oportuno, de calidad y sin discriminación a los servicios médicos, incluidas intervenciones quirúrgicas, 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, efectividad, adherencia a normas éticas profesionales y aceptabilidad social.

Finalmente, en el amparo 378/2014 que tuvo gran impacto en la línea jurisprudencial sobre este derecho, se hizo referencia a que El derecho a tratamiento comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de socorro en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. La lucha contra las enfermedades "tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes", el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas.

Comentario. - Como se puede apreciar la producción en estas materias es poca, pero sí resalta la defensa del Poder Judicial de los requisitos que deben cubrir

los profesionales de la salud, en aras de salvaguardar problemas de salud pública y que la especialización como forma de prevenir pretende atajar estos problemas.

Aun y cuando nos encontramos en un momento muy particular de salud mundial, nuestro país no ha emitido criterios en cuanto a la constitucionalidad de las medidas de seguridad sanitaria impuestas como parte de las acciones extraordinarias cuya finalidad de mitigar la dispersión y transmisión del virus SARS-CoV2 en la comunidad, para disminuir la carga de enfermedad, sus complicaciones y la muerte por COVID-19 en la población residente en el territorio nacional.

Por ejemplo, en la queja 108/2020 tuvo oportunidad de fijar un precedente interesante respecto a la prevención en relación con las medidas de atención epidemiológica al manifestar que todas las autoridades civiles, militares y los particulares, así como las dependencias y entidades de los tres órdenes de gobierno, estarán obligadas a la instrumentación de las medidas preventivas contra el virus en cuestión. En ese contexto, tanto los entes públicos como privados están constreñidas a realizar aquellas intervenciones comunitarias definidas en la Jornada Nacional de Sana Distancia, que tienen como objetivo el distanciamiento social para la mitigación de la transmisión poblacional de virus SARS-CoV2 (COVID-19), con el fin de disminuir el número de contagios de persona a persona y por ende el de propagación de la enfermedad, con especial énfasis en grupos vulnerables. Entre ellos, las personas que padecen afecciones médicas preexistentes.

Ello considerando el acuerdo que estableció las acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por virus SARS-CoV2, la medida de resguardo domiciliaria de forma estricta y no a discreción de las dependencias públicas, para aquellas personas que, entre sus padecimientos se encuentre la que presentaba la quejosa, independientemente de si su actividad laboral se considera esencial. Motivo por el cual, estimó que fue ilegal que el juzgador dejara a las autoridades responsables establezcan que la inconforme deba laborar en un área que no sea de COVID-19 para que no tenga contacto con pacientes contagiados o continúe su trabajo en resguardo domiciliar y sólo en caso de que no se puedan dar esos supuestos, suspendan completamente sus labores con goce de su salario y demás prestaciones; acreditándose que la recurrente forma parte de un grupo vulnerable por padecer cierta enfermedad; además de estar acreditado el derecho de la quejosa a gozar de la medida de protección establecida en la norma para gozar de un resguardo domiciliar temporal a fin de evitar su contagio con el virus COVID-19 y su propagación, lo que además, encierra un peligro en la demora, puesto que día a día se eleva el nivel de contagio de dicho virus, lo que pone en riesgo su salud en cualquier momento, de no encontrarse aislada en su hogar sino

en contacto con pacientes quienes a pesar de no evidenciar síntomas de haber contraído el virus, pudieran tratarse de personas asintomáticas susceptibles de contagiarlo.

Finalmente, no podemos dejar de observar que en lo que refiere a la vigilancia epidemiológica, promoción, prevención y control de las enfermedades transmitidas por vectores al igual que aquellas vinculadas a la recolección sistemática, continua, oportuna y confiable de información relevante y necesaria sobre las condiciones de salud de la población y sus determinantes. El análisis e interpretación de esta información permite establecer las bases y facilitar su difusión para la toma de decisiones.

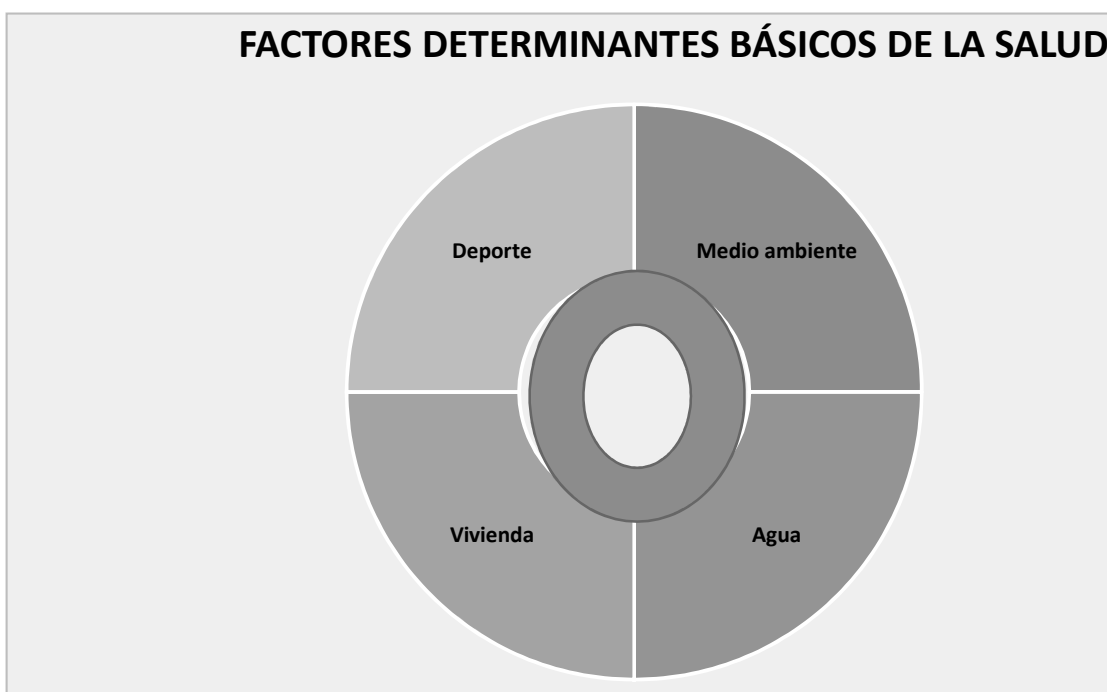
De ahí que podamos vincular las distintas dimensiones del derecho a la salud, dado que está estrechamente vinculadas las cuestiones de atención médica con la de salud pública sobre todo las de prevención, promoción y vigilancia epidemiológica para pasar de un ámbito curativo a uno preventivo.

Parafraseando a la Corte en su consideración sobre los avances jurisprudenciales de un derecho a un medio ambiente sano, al considerar que “los casos que integran estas líneas jurisprudenciales han delimitado criterios puntuales para eliminar barreras que disuadan o impidan a los ciudadanos acudir a los tribunales en defensa del derecho a la salud, a partir de la interpretación más amplia posible del derecho de iniciar una acción judicial; la eliminación de obstáculos como las garantías financieras con costos prohibitivos que funcionen como un desincentivo para la tutela colectiva; o la participación ciudadana como un requisito indispensable para dar plena efectividad a este derecho.”⁵⁵⁴

⁵⁵⁴ Rabasa Salinas, A., Camaño, D., Carrillo, J., y Medina, R. (2020). Contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano. Cuadernos de Jurisprudencia, serie Derechos Humanos, no. 3. México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. <http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/2020/000300032/000300032.pdf>

4.4 LAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE FACTORES DETERMINANTES BÁSICOS DE LA SALUD

Por último, en el desarrollo de las líneas jurisprudenciales que rodea al derecho a la salud, encontramos una serie de precedentes vinculados con los factores determinantes básicos, tal y como lo observó la OMS en su observación general No. 14 a la cual hemos venido haciendo referencia. Entre estos derechos sujetos al análisis jurisdiccional encontramos lo relativo a otros derechos humanos que tienen una intrínseca relación con el derecho a la salud, como es el caso del derecho al medio ambiente, al agua, la vivienda y a la educación. Para ello, se analizan las conexiones que tienen estos derechos con el imperativo constitucional de la protección a la salud.



En esta línea difícilmente podremos hacer algunas conexiones como fue en el caso de las dos primeras, atención médica y protección contra riesgos sanitarios, ya que se trata de asuntos aislados pero que tienen una misma lógica al resolver, las afectaciones que pueden ocasionar a la salud, de no cumplirse eficazmente con estos derechos humanos conexos. Y por tal motivo, no existen sentencias hito a partir de las cuales se gestó un nicho citacional, máxime que son materias totalmente distintas, que su única vinculación se observa en el impacto a la salud.

4. El derecho a la salud y derechos conexos



En el presente apartado, podemos observar una especie de línea jurisprudencial, relacionada con los determinantes básicos de la salud, que si bien no se conciben propiamente como una dimensión del derecho a la salud, sin ellos se propiciaría el aumento de enfermedades al rodearse el individuo de condiciones insalubres que le pueden costar incluso la vida, destacando para ello las quejas 99/2016, 123/2016 124/2016, los amparos en revisión 192/2013 y 307/2016, todos ellos relacionadas con la verificación vehicular, mientras que en los amparos en revisión 158/2014 y 347/2015 se abordaron cuestiones relacionadas con el suministro de agua potable, en tanto que en los amparos directo 251/2011 y amparo directo en revisión 3516/2013 se abordó la cuestión de la vivienda.

La Corte en precedentes previos ya había advirtió la conexidad del derecho a la salud con otros derechos humanos, al destacar que del texto actual del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se desprende, si bien no en estos términos literales, el derecho fundamental de toda persona a acceder a un nivel de vida adecuado o digno radica en la íntima relación que mantiene con otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, alimentación, vestido, vivienda, educación y salud, pues es claro que para que una persona se encuentre en condiciones de alcanzar un determinado nivel de bienestar requiere que todas sus necesidades básicas se encuentren adecuadamente satisfechas. Así, advierte que la plena vigencia del derecho fundamental a un nivel

de vida adecuado o digno depende a su vez de la completa satisfacción de esta esfera de derechos propia de las necesidades básicas de los seres humanos.⁵⁵⁵

En este entendido de la conexidad del derecho a la salud con otros derechos humanos, la Corte al resolver el amparo en revisión 378/2014, sostuvo que el derecho al nivel más alto posible de salud, comprende una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar un estado de bienestar general, que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una 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.

Bajo las mismas consideraciones, al resolver los asuntos sujetos a su jurisdicción, en múltiples ocasiones los tribunales tienen a bien citar las Observaciones del CDESCR, para el caso que nos ocupa, se ha hecho referencia a la Observación general N 15 relativa al derecho al agua, definiéndolo el Poder Judicial como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico, subrayando que este derecho forma parte del derecho a un nivel de vida adecuado, al igual que los derechos a disponer de alimentación, de una vivienda y de vestido adecuados. El Comité también subrayó que el derecho al agua está indisolublemente asociado al derecho a la salud y a una vivienda y una alimentación adecuadas.⁵⁵⁶

A continuación, se exponen algunos precedentes que han sentado criterios en relación con el derecho de la persona a la protección de la salud, a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar, y a disfrutar de vivienda digna y decorosa.

De entrada, encontramos algunos precedentes importantes relacionados con el medio ambiente como condicionante básico del derecho a la salud y vemos la importancia del mismo para lograr la eficacia de éste último.

4.4.1 La salud y su conexión con el medio ambiente

La Organización Panamericana de la Salud ha aludido que la relación entre la salud humana y el medio ambiente es muy compleja, pues cada uno de los peligros tradicionales y modernos se asocia a distintos aspectos del desarrollo social

⁵⁵⁵ Amparo directo en revisión 1200/2014

⁵⁵⁶ Amparo en revisión 158/2014

y económico. Los peligros ambientales pueden producir un amplio abanico de efectos sobre la salud que varían de tipo, intensidad y magnitud según la clase de peligro, el nivel de exposición y el número de afectados. Las enfermedades más importantes suelen asociarse a más de un tipo de exposición, y para causar las enfermedades los peligros actúan junto con los factores genéticos, la nutrición, los riesgos del estilo de vida y otros factores.⁵⁵⁷

Siendo enfático que los peligros ambientales que tienen un efecto directo sobre la salud humana pueden surgir tanto de fuentes naturales como antropogénicas (causadas por el hombre). Estos peligros pueden ser: biológicos, químicos y físicos. Sin embargo, la salud también puede afectarse por peligros biomecánicos (peligro de daños en el trabajo, en la agricultura, el hogar, en los deportes y por vehículos automotores) y peligros psicosociales (estrés, ruptura del estilo de vida, discriminación en el lugar de trabajo, efectos de cambios sociales, marginalización y desempleo). A nivel mundial, los factores ambientales incluyendo el hacinamiento, el saneamiento deficiente y el amplio uso de plaguicidas, contribuyen en forma importante para la ocurrencia de enfermedades.⁵⁵⁸

En este entendido, por lo que toca al derecho al medio ambiente y su conexión con el derecho a la salud, dentro de esta conexidad es donde más criterios jurisprudenciales encontramos al respecto, sin embargo, no son suficientes para trazar una línea partiendo de una sentencia hito, dado que los asuntos y argumentos son muy limitados para tal empresa. Lo que sí destaca es la importancia que subraya el juzgador de este vínculo, en donde pudimos encontrar algunos precedentes para resaltar la importancia de este derecho para satisfacer el derecho a la salud.

- *Precedente consolidador de línea*

Hechos. – En las quejas 123/2016 y 124/2016, a raíz de la emisión del Acuerdo por el que se dan a conocer las Medidas Temporales para Prevenir, Controlar y Minimizar las Contingencias Ambientales o Emergencias Ecológicas, Provenientes de Fuentes, particulares solicitaron la suspensión de dichas medidas por afectar su derecho al tránsito.

⁵⁵⁷ Castro, Rosario, and Rubén Pérez, Saneamiento rural y salud, guía para acciones a nivel local. Organización Panamericana de la Salud. OPS. Guatemala, 2009). Disponible en <http://www.ops.org.bo/textocompleto/isa30732.pdf>

⁵⁵⁸ Ídem.

Criterio. - El Estado Mexicano (tanto a nivel federal, como local) tiene la obligación de realizar las gestiones necesarias para la salvaguarda del medio ambiente y del derecho a la salud, ya que existen normas nacionales e internacionales que defienden y consolidan el derecho de la persona humana a vivir en un medio ambiente sano, el cual ha dejado de ser asunto de uno o dos Estados, para pasar a ser un tema mundial. Así, para la efectividad del derecho a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar, previsto en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es evidente y patente que constituye una obligación a cargo del Estado Mexicano, llevar a cabo acciones tendentes a proteger el medio ambiente, acceder al derecho a la salud y evitar el daño a ésta por la aparición de contingencias ambientales.

En estas condiciones, hace referencia el Tribunal que si bien es cierto que, prima facie, es constitucionalmente válido restringir por razón de emergencia natural, la circulación de vehículos, también lo es que el propio Estado debe realizar acciones como: mejorar la calidad de los combustibles; proveer y garantizar medios de transporte público eficiente y que propicie que los gobernados dejen de usar sus vehículos particulares; controlar que las unidades de servicio público dejen de ser obsoletas y abiertamente contaminantes, como en la actualidad lo son; vigilar y evitar que se continúen emitiendo contaminantes al medio ambiente que dañan igual o más que los propios vehículos la salud de los pobladores, entre otros.

Lo anterior en atención al principio precautorio que conlleva la medida cautelar, así como en observancia al peligro en la demora, pondere la naturaleza omisiva de los actos de las autoridades responsables que conlleven una afectación directa a los derechos humanos a la salud y a un medio ambiente sano, dado que persiste la obligación inmediata del Estado de adoptar medidas concretas orientadas a satisfacer las obligaciones en protección al derecho a la salud de las personas.

Justificación. – El Tribunal puntualizó que la sociedad está interesada en que se garantice y preserve el derecho a tener un medio ambiente adecuado que le asegure la salud, el desarrollo y el bienestar, así como a proteger el equilibrio de los ecosistemas del país frente a los efectos adversos del cambio climático reduciendo las emisiones de los gases de efecto invernadero, para lograr el control de la contaminación atmosférica proveniente de fuentes fijas o móviles y de vehículos automotores en el Distrito Federal.

Lo anterior, en atención a las consecuencias que produce la contaminación ambiental en la salud y calidad de vida humanas, siendo necesario implementar políticas tendentes a la protección del medio ambiente. Dichas consideraciones se amparan bajo la idea de la afectación al orden público y al interés social, a partir de la obligación que tiene el Estado Mexicano, tanto a nivel federal como local en las entidades que conforman la megalópolis, de realizar las acciones tendentes a garantizar, proteger, fomentar y preservar el medio ambiente sano, la salud y la completa integridad de los habitantes, de acuerdo con la temática que a continuación se explica.

Asimismo, manifestó que la Constitución consagra el derecho fundamental a la protección de la salud, previendo facultades concurrentes de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Además, en su quinto párrafo, reconoce el derecho humano a un medio ambiente sano, y el deber correlativo del Estado de garantizar el respeto a ese derecho. El derecho humano a la salud y a la vida misma, así como a una vida digna, conlleva obligaciones correlativas para el Estado, tendentes a lograr, por una parte, al menos un nivel esencial del disfrute y, por otra, un desarrollo progresivo a fin de alcanzar su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el máximo de los recursos que disponga. Esa finalidad de alcanzar el disfrute más alto de bienestar físico, mental y social, esto es, el disfrute del más alto nivel posible de salud y, por ende, garantizar la vida de las personas, implica para los poderes públicos la obligación no sólo de asegurar la prestación de servicios públicos de asistencia médica y social que satisfagan las necesidades de la población, sino también el deber de adoptar medidas legislativas, administrativas o ambas, para asegurar la plena efectividad de ese derecho, de ahí que debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.

El órgano jurisdiccional consideró que, conforme a los valores que subyacen en el derecho a la salud y a un medio ambiente sano, la eficacia en el goce del nivel más alto de esos derechos fundamentales implica deberes para todos los miembros de la comunidad, pues la actuación unilateral del Estado y los poderes públicos resulta insuficiente para lograr esos fines, si no es acompañada de conductas sociales dirigidas a la consecución de esos valores.

Así, la protección al medio ambiente se considera como una condición previa para el disfrute de una serie de derechos humanos. En ese sentido, el Tribunal señaló que el medio ambiente, como elemento indispensable para la conservación

de la especie humana, y para el disfrute de otros derechos humanos, tiene carácter colectivo, porque constituye un

Por tanto, si bien el principal responsable de garantizar esos derechos fundamentales a la salud y al medio ambiente sano es el Estado, ello no significa que no exista responsabilidad solidaria de la ciudadanía, de la cual se requiere participación activa, aunque diferenciada de la de los poderes públicos, por lo que la preservación y restauración del medio ambiente sano constituye un asunto de interés público, susceptible de justificar, por sí, restricciones legales y/o administrativas. Las condiciones de grave contaminación ambiental, que puedan causar serias enfermedades físicas, discapacidades y sufrimientos a la población local, son incompatibles con el derecho a ser respetado como ser humano.

En la queja 99/2016 el Tribunal manifestó que es interés general de la sociedad proteger el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de la población, la salud y la calidad de vida, a través de la prevención, control y minimización de la emisión de contaminantes, por lo que la colectividad en su conjunto está interesada en la implementación de las acciones que contribuyan al objetivo de ese interés colectivo.

Y, por lo tanto, el Estado tiene el deber de implementar políticas públicas que permitan prevenir y mitigar la degradación ambiental, las cuales deben contar con la participación solidaria de la ciudadanía, considerando que el concepto de salud refiere a un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no únicamente a la ausencia de enfermedad o incapacidad en las personas.

Por ello, con la concesión de la medida cautelar se causaría perjuicio al interés social y se contravienen disposiciones de orden público, ya que como se expuso, los mecanismos de protección a la salud y al medio ambiente implementados por el Estado mediante leyes, políticas públicas o programas de carácter general, definitivos o provisionales, requieren de la participación de la sociedad para su debida eficacia e implementación, por lo que corresponden a cuestiones de orden público e interés general.

- *Precedente consolidador de línea*

En esta misma línea sobre la relación entre el medio ambiente y la salud, en el amparo en revisión 192/2013 la Corte adujo que la limitación a la importación de vehículos anteriores a 2004 guarda una relación objetiva y pertinente con el fin de garantizar la protección al ambiente y la salud de las personas.

Si bien se restringe la gama de posibilidades de importación de vehículos usados, lo cierto es que esta medida conlleva beneficios superlativos atendiendo al interés que representan la protección al medio ambiente y la salud de las personas, cuya trascendencia se refleja en su carácter de derechos fundamentales. No restringir el ingreso de vehículos con motores que correspondan a tecnologías que no se adecúan a la norma representa un retroceso en la adopción de políticas públicas para mejorar la calidad del aire en el país. Además, la norma impugnada no torna ruinoso la actividad de los importadores de vehículos usados pues prohíbe únicamente las importaciones de vehículos usados que puedan dañar al ambiente y poner en riesgo la salud de las personas.

Por otro lado, la naturaleza de la medida, corresponde a un órgano que pueda evaluar y desarrollar con elementos técnicos y científicos de qué manera las emisiones de humo proveniente de los vehículos automotores, dañan el medio ambiente, así como las características y máximos permisibles que se deben cumplir en aras mantener la calidad de aire necesaria para no dañar la salud de las personas.

En esa tesitura es inconcuso que la protección del medio ambiente es un objetivo legítimo para el Estado Mexicano, pues tanto la Norma Fundamental como diversos Tratados internacionales, incluido el de Libre Comercio de América del Norte, así lo reconocen, máxime si incluso se tutela como un derecho humano de todas las personas.

En otra de las vertientes de este vínculo, en el amparo en revisión 307/2016, se expuso la dualidad del derecho al medio ambiente, tal y como se hizo con el derecho a la salud, respecto a que ambos tienen dos dimensiones, la personal y la colectiva.

- *Precedente fundador de línea*

Hechos. Diversas personas interpusieron juicio de amparo ante la ilegal licitación y ejecución de las obras a que refiere el proyecto denominado “CONSTRUCCIÓN DEL PARQUE TEMÁTICO ECOLÓGICO DE LA LAGUNA DEL CARPINTERO”, que, violentando la legislación en materia ambiental, están ocasionando un daño ambiental por la afectación a un humedal costero existente en el predio donde se realiza y especialmente la ilegal tala de especies de mangles.

Criterio. - El derecho humano a un medio ambiente sano posee una dimensión individual, pues su vulneración puede tener afectaciones directas e indirectas sobre las personas en conexidad con otros derechos como a la salud, a

la integridad personal o a la vida, entre otros, pero también cuenta con una dimensión colectiva, al constituirse como un interés universal que se debe a generaciones presentes y futuras. No obstante, el reconocimiento de la naturaleza colectiva y difusa de este derecho humano, no debe conducir al debilitamiento de su efectividad y vigencia, ni a la ineficacia de las garantías que se prevén para su protección; por el contrario, conocer y entender esta especial naturaleza debe constituir el medio que permita su tutela efectiva a través de un replanteamiento de la forma de entender y aplicar estas garantías.

Justificación. - La corte argumentó que el bien jurídico protegido por el derecho humano al medio ambiente en términos de nuestro texto constitucional es precisamente el medio natural, entendido como el entorno en el que se desenvuelve la persona, caracterizado por el conjunto de ecosistemas y recursos naturales que permiten el desarrollo integral de su individualidad.

Ello implica que el Estado mexicano está obligado a garantizar ambas dimensiones del derecho al medio ambiente sano, o, lo que es lo mismo, a velar por una protección autónoma del medioambiente que no esté sujeta a la vulneración de otros derechos.

Del contenido de este derecho humano se desprende la obligación de todas las autoridades del Estado de garantizar la existencia de un medio ambiente sano y propicio para el desarrollo humano y el bienestar de las personas. Tal mandato vincula tanto a los gobernados como a todas las autoridades legislativas, administrativas y judiciales, quienes deben adoptar, en el marco de sus competencias, todas aquellas medidas necesarias para la protección del ambiente.

4.4.2 La salud y su conexión con el agua

La Observación General No. 15 del PIDESC señala que el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud, indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos.

Continúa por manifestar que el agua es necesaria para diversas finalidades, aparte de los usos personales y domésticos, y para el ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en el Pacto. Por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (el derecho a una alimentación adecuada) y para asegurar la higiene ambiental (el derecho a la salud). El agua es fundamental para procurarse medios

de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (el derecho a participar en la vida cultural).⁵⁵⁹

Particularmente para el caso de la higiene ambiental, como aspecto del derecho a la salud amparado por el apartado b) del párrafo 2 del artículo 12 del Pacto, entraña la adopción de medidas no discriminatorias para evitar los riesgos para la salud que representa el agua insalubre y contaminada por sustancias tóxicas. Por ejemplo, los Estados Partes deben garantizar que los recursos hídricos naturales estén a resguardo de la contaminación por sustancias nocivas y microbios patógenos. Análogamente, los Estados Partes deben supervisar y combatir las situaciones en que los ecosistemas acuáticos sirvan de hábitat para los vectores de enfermedades que puedan plantear un riesgo para el hábitat humano.⁵⁶⁰

En cuanto a la relación que tiene el derecho al agua con la protección a la salud, el Tribunal ha fijado algunos criterios que permiten exponer la vinculación de ambas prerrogativas, que, si bien no dan elementos para construir una línea jurisprudencial respectiva, sí son fundamentales para mostrar la importancia de estos determinantes para la salud.

- *Precedente consolidador de línea*

Hechos. – En el amparo en revisión 347/2015, diversos quejosos reclamaron de la autoridad, la falta del suministro de agua, así como de la ejecución de los planes y programas que en su competencia debe ejercitar para efecto de proporcionarles la misma, al ser un derecho humano fundamental del cual se encuentra esta responsable obligada a velar por que se les proporcione.

Criterio.- Las autoridades competentes deben construir las instalaciones y conexiones de agua potable y drenaje sanitario conforme al proyecto autorizado, así como las obras de infraestructura que en su caso se requieran; sin embargo, los peticionarios del servicio no deben, para gozar del derecho humano a la salud, esperar a que se establezca la infraestructura, pues ante la ausencia de redes y establecida la necesidad del servicio de agua, el Estado tiene una doble obligación: La primera, que lo constriñe a atender de manera inmediata el derecho a la salud en el más alto nivel posible; y, la segunda, que dispone que los Estados deberán

⁵⁵⁹ Comité de Derechos Económicos. Observación general N.º 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). *Naciones Unidas, Ginebra (Suiza)*, 2002.

⁵⁶⁰ ídem

adoptar todos los medios apropiados y hasta el máximo de los recursos que disponga.

En esos términos, ante la falta de red o infraestructura para proporcionar el servicio de agua, las autoridades están obligadas a proporcionar de manera inmediata el vital líquido para lo cual, en tanto se construyan las redes de distribución adecuadas para asegurar el abastecimiento, la autoridad judicial puede provisionalmente indicar métodos generalmente utilizados con ese propósito, tal como la instalación de un tanque nodriza elevado y que conectado a una cisterna de reserva con bomba hidroneumática, abastezca de agua a la comunidad en cantidad y calidad; así, la propia judicatura, asegura y protege el derecho al suministro de agua y a la salud, como medida básica y de subsistencia que necesita el ser humano, hasta en tanto quede instalada la red de agua potable y alcantarillado.

Justificación. –Los tribunales señalaron que la falta de recursos no pueden ser obstáculo para cumplir con sus obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos a que están obligadas a hacerlo.

Además, el hecho de desatender a las comunidades marginadas, como son los habitantes de la comunidad quejosa, revelan un inadecuado inejercicio presupuestal, pues tanto la actividad política gubernamental como el dinero destinado a las políticas públicas, no han sido administrados y ejercidos con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, para el efecto de satisfacer el objetivo para el que fueron destinados, por lo que si las responsables aducen carencia de recursos para el abastecimiento del agua potable y alcantarillado de la comunidad quejosa, debieron acreditar su dicho,

El contenido normativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, permite concluir que la obligación estatal de proteger, respetar y promover los derechos contenidos en ese instrumento no puede desconocer la situación particular que enfrente cada país, por lo que no existirá una violación a los derechos en él tutelados, a pesar de que se acredite que un determinado derecho no ha sido realizado o alcanzado un nivel óptimo de eficacia, siempre y cuando el Estado haya demostrado que ha utilizado todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer las obligaciones establecidas en la propia convención. De ahí que no basta la simple afirmación del Estado Mexicano de que existe limitación presupuestaria para que se tenga por acreditado que ha adoptado todas las medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr la

realización de los derechos consagrados en el referido Pacto, sino que para ello deberá aportar el material probatorio en que sustente su dicho.

Por tal motivo, en todo asunto en el que se impugne la violación a los derechos constitucionales de la materia, los juzgadores nacionales deben distinguir entre la incapacidad real para cumplir con las obligaciones que el Estado ha contraído en materia de derechos humanos, frente a la renuencia a cumplirlas, pues es esa situación la que permitirá determinar las acciones u omisiones que constituyan una violación a tales derechos humanos.

Asimismo, arguyó que no se puede desligar la obligación primaria fundamental a cargo del Estado para el abastecimiento de agua potable y alcantarillado de la comunidad quejosa, quien inicialmente y en todo momento tiene el deber de velar por el bienestar social de la población.

Además, al atender a la naturaleza y función de la progresividad de los derechos humanos, implica que el disfrute de esos derechos siempre con un sentido de bienestar, pues no hacerlo configura una violación directa a las obligaciones del Estado, por no adoptar medidas apropiadas de carácter administrativo y financiero o de cualquier índole, para dar plena efectividad al derecho indicado.

El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstico, la cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las Directrices de la Organización Mundial de la Salud.

La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y, por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radioactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.

La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: i. Accesibilidad física. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

En esos términos, en el gasto de los recursos hídricos debe concederse prioridad al derecho a utilizarse cuando se pretenda con su suministro garantizar los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana y alimentación, derechos que las autoridades están constreñidas a velar para que se lleven a cabo de manera puntual. Por tanto, al ser necesaria para fines domésticos o personales, o para evitar el hambre y las enfermedades, su suministro debe hacerse prioritariamente.

En cuanto al derecho al agua potable, sostuvo que éste es aplicable a todos universalmente, los Estados deben prestar especial atención a las personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercerlo; y respecto de los grupos vulnerables, las autoridades tienen el deber de adoptar de manera inmediata medidas tendentes a que tengan agua suficiente y de calidad para atender las necesidades diarias, teniendo en cuenta las prescripciones del derecho internacional humanitario. Por lo que, al encontrarse en un estado de necesidad, las autoridades deben garantizar el derecho humano al agua con un adecuado ejercicio presupuestal, pues las personas en estado de vulnerabilidad no cuentan con una opción de conseguir el vital líquido, debido a la precariedad y limitación en la que se encuentran.

En esos términos, evidenció que dado que las autoridades no habían destinado los recursos públicos que les fueron encomendados de manera eficiente a los habitantes de la comunidad quejosa, dado que no han ejercido sus facultades de manera completa e integral; es decir, existen recursos específicos para dotar del vital líquido que se reclama; sin embargo, no se han materializado en beneficio para lo que fueron creados, pues en el caso concreto no se patentiza su ejercicio. Lo anterior se traduce en una violación directa al derecho al agua, en atención que existen diversas obligaciones que las normas imponen al Estado consistentes en dotar a la población de los servicios básicos de salud.

Además, al atender a la naturaleza y función de la progresividad de los derechos humanos, implica que el disfrute de esos derechos siempre con un sentido de bienestar, pues no hacerlo configura una violación directa a las obligaciones del Estado, por no adoptar medidas apropiadas de carácter administrativo y financiero o de cualquier índole, para dar plena efectividad al derecho indicado.

- *Precedente fundador de línea*

Hechos. – En el amparo en revisión 158/2014, un recluso presentó demanda de amparo indirecto, en el que reclamó la omisión proveerle agua en el anexo del Reclusorio Preventivo Varonil Oriente, lugar en el que se encontraba recluso.

Criterio. - En relación con el derecho de acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, el artículo 4o. constitucional establece que el Estado lo garantizará y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los Municipios. En concordancia, el CDESCR elaboró la Observación General Número 15, de noviembre de 2002, en la que precisa que el vital líquido es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud, y que el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y condición previa para la realización de otros derechos humanos. En este sentido, y en correspondencia con el *principio pro persona*, conforme al cual la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, el derecho humano al agua, es aquel a disponer de la suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico; un abastecimiento adecuado es necesario para evitar la muerte, y para satisfacer las necesidades de consumo, cocina e higiene personal y doméstica, lo que se logra con el abastecimiento de agua que de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos; la cantidad disponible para cada persona debería ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte.

Justificación. - Así, podemos sostener que el agua es un líquido vital para la subsistencia de la comunidad, e impone al Estado la obligación de garantizar, sin discriminación de ninguna especie, la efectividad de ese derecho fundamental para la subsistencia de los gobernados. Asimismo, reiteró que el derecho al agua potable es fundamental e indispensable para la preservación de la salud pública, cuya protección es tarea del estado, por estar sustentado en los principios de igualdad y no discriminación por circunstancias sociales, de género, políticas, económicas o culturales propias de una comunidad determinada. Ahora bien, el derecho internacional del agua incluye la satisfacción de necesidades tales como la alimentación, la salud, el desarrollo en un medio ambiente sano, los servicios públicos básicos, la calidad de vida, la vivienda, entre otras.

El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos. El Comité ha constatado una denegación muy generalizada del derecho al agua, tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados.

El agua es necesaria para diversas finalidades, aparte de los usos personales y domésticos, y para el ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en el Pacto. Por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (el derecho a una alimentación adecuada) y para asegurar la higiene ambiental (el derecho a la salud). El agua es fundamental para procurarse medios de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (el derecho a participar en la vida cultural).

Conforme al cual la interpretación jurídica del Tribunal debe buscar el mayor beneficio para el hombre, el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico; un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo, cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica, lo que se logra, con el abastecimiento de agua que de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos, tales usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica; la cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la OMS; el agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no debe contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas; además, debe tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico; así como que el agua, las instalaciones y servicios deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte.

Por ello, si el agua y los servicios e instalaciones deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna, a fin de garantizar la tutela de ese derecho humano, los Estados Partes deben adoptar medidas para eliminar la discriminación cuando se prive a las personas de los medios o derechos necesarios para ejercer su derecho al agua; además, deben velar porque la asignación de los recursos de agua y las inversiones, faciliten su acceso a todos los miembros de la sociedad; pues las transformaciones no deben ser en beneficio de una fracción privilegiada de la población, sino invertirse en servicios e instalaciones que redunden a favor de un sector más amplio, conforme a una interpretación no restrictiva, atendiendo al principio pro homine, que permite acudir a una interpretación del derecho al agua acorde con los principios sustentados en la Constitución Federal y en los derechos humanos contenidos en los instrumentos

internacionales referidos, a partir de una interpretación que favorezca en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

4.4.3 La salud y su conexión con la vivienda

Como lo refiere la Observación General No. 4, una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.

Asimismo, enfatiza que una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Y que no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.

En este entendido, por lo que toca al derecho a la vivienda en su conexión con el derecho a la salud, son muy pocos los criterios jurisprudenciales emitidos al respecto, pero sí destacan al menos un par para resaltar la importancia de la misma para lograr el bienestar físico, mental y social que consagra la Constitución.

- *Precedente consolidador de línea*

Hechos.- En el amparo directo en revisión 3516/2013 derivado de la celebración de un contrato de promesa de compraventa respecto de un departamento con determinadas características, no obstante la construcción no se hizo en los tiempos acordados y fue terminada varios meses después, aunado a que el departamento solo tiene una habitación funcional y un cuarto oscuro, contrario a lo señalado en el contrato, que se refería a dos habitaciones funcionales, por lo que estimo violentado su derecho a la vivienda digna y decorosa.

Criterio. - El derecho de toda persona a una vivienda adecuada, así como la obligación de los Estados Parte de tomar las medidas apropiadas para asegurar su efectividad. Ahora bien, se concluye que el derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa, tiene las siguientes características: (a) debe garantizarse a todas las personas; (b) no debe interpretarse en un sentido restrictivo; (c) para que una vivienda se considere "adecuada" requiere contar con los elementos que garanticen

un nivel mínimo de bienestar a quien la habite, esencialmente, una infraestructura básica adecuada, que proteja de la humedad, la lluvia, el viento, así como riesgos estructurales, con instalaciones sanitarias y de aseo, un espacio especial para preparar e ingerir los alimentos, espacio adecuado para el descanso, iluminación y ventilación adecuadas, acceso al agua potable, electricidad, y drenaje; y, (d) los Estados deben adoptar una estrategia nacional de vivienda para alcanzar el objetivo establecido en el pacto internacional de referencia, así como tomar e implementar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales adecuadas para la realización plena de dicho derecho, dentro de las cuales está asegurar a la población recursos jurídicos y mecanismos judiciales para que los gobernados puedan reclamar su incumplimiento, cuando las condiciones de las viviendas no sean adecuadas o sean insalubres. Así, dichos aspectos constituyen los elementos básicos del derecho a una vivienda digna y decorosa reconocido por el artículo 4o., párrafo séptimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consistente en que todas las personas cuenten con una vivienda que tenga los elementos mínimos necesarios para ser considerada como tal.

Justificación.- La Corte concluyó que conforme a lo planteado por el artículo 1° Constitucional, la valoración de los derechos fundamentales queda vinculada a la premisa de que deben respetarse en beneficio de todo ser humano, sin distinción de edad, género, raza, religión, ideas, condición económica, de vida, nacionalidad, de salud o preferencias; por ello, el derecho fundamental de vivienda adecuada debe respetarse sin importar si el motivo de la promoción de compraventa es de lujo, en razón de que tales derechos deben respetarse por todos y no es posible distinguirlos en orden de importancia o como prerrogativas independientes, prescindibles o excluyentes unas ante otras, sino que deben cumplirse de manera definitiva, ya que aunado al derecho fundamental de vivienda adecuada se encuentra el derecho de la salud física y mental de que deben gozar todos los individuos, sin que se entienda excluido definitivamente (indivisibilidad e interdependencia).

Así, mediante la incorporación del derecho a una vivienda digna y decorosa dentro de la parte dogmática de la Constitución Federal, el constituyente permanente dejó en claro que contar con una vivienda adecuada debía ser considerado como un derecho fundamental, inherente a la dignidad del ser humano, y elemental para contar con el disfrute de otros derechos fundamentales, que están estrechamente relacionados, como el derecho a la salud.

Señalando que es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta en cualquier contexto determinado. Entre esos

aspectos figuran la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, vista como el hecho de que una vivienda debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia. Y de habitabilidad, entendida como el hecho de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes.

Y también señaló que los Estados debían encaminarse a asegurar que las viviendas tuvieran acceso a agua, electricidad, luz, calefacción -en caso necesario-, un área para asearse, un área para cocinar, una despensa, ventilación y servicio de drenaje, así como, acceso a la prestación de servicios, como recolección de basura, transporte público, servicio de ambulancias o de bomberos, servicios de salud y escuelas.

Finalmente, argumentó que una vivienda digna debe contar con salvaguardias estructurales contra la transmisión de enfermedades, entre lo que se incluye habitaciones con adecuada ventilación para evitar el contagio de enfermedades, que las viviendas bien diseñadas, construidas y ventiladas, libres de sustancias tóxicas e irritantes, reducen los riesgos de cáncer y enfermedades respiratorias crónicas, y que para reducir al mínimo los factores nocivos de estrés psicosocial, las viviendas deberían contar con suficiente espacio habitable, bien ventilado y alumbrado, decentemente amueblado y equipado, con un grado razonable de privacidad y comodidad.

Arribando a la conclusión de que el derecho fundamental a la vivienda sí está reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los órganos competentes para la interpretación de éste último han emitido diversos lineamientos para darle contenido, mismos que han sido recogidos por el Poder Judicial.

- *Precedente fundador de línea*

Hechos. – En el amparo directo 251/2011, a partir de un decreto expropiatorio, se reclamó la Reversión de Tierras respecto un número de hectáreas en terrenos ejidales con motivo de que el gobierno del estado de Puebla, las destinaría a la construcción de viviendas para reubicar a la población afectada por los deslaves ocasionados por las lluvias.

Criterio.- El Tribunal al resolver el presente asunto, se basó en el estándar mínimo de infraestructura básica que debe tener una vivienda adecuada; sin embargo, ello no implica que el derecho fundamental a una vivienda adecuada se agote con dicha infraestructura, pues el derecho fundamental referido debe comprender, además de una infraestructura básica adecuada, diversos elementos, entre los cuales está el acceso a ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad y otros servicios sociales, como son los de emergencia, hospitales, clínicas, escuelas, así como la prohibición de establecerlos en lugares contaminados o de proximidad inmediata a fuentes de contaminación.

Justificación. - Asimismo, señaló que los Estados debían asegurarse de que las viviendas tengan acceso a la prestación de servicios como recolección de basura, transporte público, servicio de ambulancias o de bomberos. Ahora bien, el derecho a una vivienda adecuada es inherente a la dignidad del ser humano, y elemental para contar con el disfrute de otros derechos fundamentales, pues es necesaria para mantener y fomentar la salud física y mental, el desarrollo adecuado de la persona, la privacidad, así como la participación en actividades laborales, educativas, sociales y culturales. Por ello, una infraestructura básica de nada sirve si no tiene acceso a servicios básicos como son, enunciativa y no limitativamente, los de: iluminación pública, sistemas adecuados de alcantarillado y evacuación de basura, transporte público, emergencia, acceso a medios de comunicación, seguridad y vigilancia, salud, escuelas y centros de trabajo a una distancia razonable.

De ahí que si el Estado condiciona el apoyo a la vivienda a que se resida en un lugar determinado, bajo la consideración de que lo hace con la finalidad de satisfacer el derecho fundamental a la vivienda digna y decorosa de los gobernados, la vivienda que otorgue debe cumplir no sólo con una infraestructura básica adecuada, sino también con acceso a los servicios públicos básicos, incluyendo el de seguridad pública ya que, en caso contrario, el Estado no estará cumpliendo con su obligación de proporcionar las condiciones para obtener una vivienda adecuada a sus gobernados.

Enfatizando que los terrenos fueron utilizados para la construcción de líneas de agua potable, drenaje, y pozo de agua potable. precisar que existe una clínica de salud, misma que se encuentra alojada en el predio en cuestión, pero ésta es parte de un servicio público y que da atención a las viviendas y a la región en general y tomando la interpretación que este inmueble necesario para las viviendas y la región, es de considerarse parte del desarrollo de las viviendas y la región.

Lo que acredita la utilidad social de la instalación de una Clínica de Salud Pública, como parte del equipamiento urbano y la infraestructura de servicios para dicha población, sería tanto como desconocer la importantísima utilidad que representa el garantizar los servicios de salud para una población determinada, lo que bajo circunstancia alguna sería concebible debe reconocerse que la instalación de una Clínica de Salud perteneciente al Sector Público-

Dicha superficie constituye el cumplimiento de la causa de utilidad pública, como se detallará líneas adelante, dado que la clínica representa equipamiento de servicios públicos indispensable para atender las necesidades de salud pública de los habitantes de la zona.

En dicha Observación General se consideran como elementos del derecho a la vivienda, la accesibilidad en la adquisición de un inmueble, el acceso al agua potable, la seguridad jurídica, la habitabilidad y la adecuación cultural, entre otros; por lo que aun cuando una familia cuente con una vivienda construida, si ésta carece de alguno de estos elementos, no puede ser considerada como una vivienda digna.

Se ponderó el derecho humano de los pobladores del área expropiada a la vivienda digna, a la seguridad social y a una mejora continua de las condiciones de existencia, lo que estimó se logra con la construcción de la clínica del Instituto Mexicano del Seguro Social y con la zona de reserva natural, al tratarse de elementos que el Estado debe garantizar al proporcionar una vivienda libre de riesgos.

Comentario. - A pesar de que la producción jurisprudencial en lo que refiere a los determinantes básicos de la salud es muy poco, los argumentos expuestos por el Poder Judicial son suficientes para dar cuenta de esta interconexión que tienen el derecho a un medio ambiente sano, a agua salubre y de calidad, al igual que a una vivienda digna para gozar de una buena salud.

Esta clase de derechos va de la mano de una faceta social, al lograr objetivos que redundan en cuestiones de interés público, que persiguen objetivos comunes, que es otorgar a las personas una serie de facilidades, bienes, servicios y

condiciones necesarios para alcanzar un estado de bienestar general, que no sólo abarca la atención de salud sino todo un conglomerado de derechos que permiten alcanzar estos fines.

Lo cual corrobora que este derecho tiene facetas internas y externas, las que se vinculan de manera directas con los servicios de atención médica, curativa, preventiva y paliativa y aquellos que establecen el piso mínimo para que la misma tenga lugar, derechos necesarios para su plena exigibilidad, ya que de no garantizar algunos de ellos, sin duda la salud se verá afectada.

Estas consideraciones quedaron expuestas en el amparo directo 667/2012 al referir los tribunales que el derecho al mínimo vital ha sido concebido como un derecho fundamental que se apoya en los principios del Estado social de derecho, dignidad humana, solidaridad y protección de ciertos bienes constitucionales, cobra vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo de San Salvador, constitutivos del bloque de constitucionalidad, y conformados por la satisfacción y protección de diversas prerrogativas que, en su conjunto o unidad, forman la base o punto de partida desde la cual el individuo cuenta con las condiciones mínimas para desarrollar un plan de vida autónomo y de participación activa en la vida democrática del Estado (educación, vivienda, salud, salario digno, seguridad social, medio ambiente, etcétera.), por lo que se erige como un presupuesto del Estado democrático de derecho, pues si se carece de este mínimo básico, las coordenadas centrales del orden constitucional carecen de sentido.

Al respecto, el CESCR, ha referido que la obligación mínima generalmente es determinada al observar las necesidades del grupo más vulnerable que tiene derecho a la protección del derecho en cuestión. Así, la intersección entre la potestad estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales, en su connotación de interdependientes e indivisibles, fija la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma constitucionalmente protegida, que es el universal para sujetos de la misma clase y con expectativas de progresividad en lo concerniente a prestaciones. En este orden de ideas, este parámetro constituye el derecho al mínimo vital, el cual coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria o de necesidades insatisfechas que limiten sus libertades, de tal manera que este derecho abarca todas las medidas positivas o negativas necesarias para evitar que la persona se vea

inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna.

Aunado a lo anterior, el mínimo vital es un concepto jurídico indeterminado que exige confrontar la realidad con los valores y fines de los derechos sociales, siendo necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, pues a partir de tales elementos, es que su contenido se ve definido, al ser contextualizado con los hechos del caso; por consiguiente, al igual que todos los conceptos jurídicos indeterminados, requiere ser interpretado por el juzgador, tomando en consideración los elementos necesarios para su aplicación adecuada a casos particulares, por lo que debe estimarse que el concepto no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que por el contrario, es cualitativa, toda vez que su contenido va en función de las condiciones particulares de cada persona, de esta manera cada gobernado tiene un mínimo vital diferente; esto es, el análisis de este derecho implica determinar, de manera casuística, en qué medida se vulnera por carecer de recursos materiales bajo las condiciones propias del caso.

Como se señaló en este trabajo, para poder lograr un concepto de salud integral, es necesario que se abarquen toda una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.

De ahí que sea válido concluir que el derecho a la salud es algo más que los servicios de atención médica, como usualmente suele considerarse por el grueso de la población, sino que comprende un amplio conjunto de factores que pueden contribuir a una vida sana, “factores determinantes básicos de la salud”, como lo son:

- Un medio ambiente adecuado
- El acceso a agua potable y condiciones de vivienda sanitarias adecuadas;
- Brindar una educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, propiciando mejores hábitos para la salud como es el deporte.

No podemos negar entonces que el derecho a la salud se reconoce como la posibilidad de todo individuo al disfrute de una amplia gama de facilidades, bienes,

servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de salud, en razón de que el mismo abarca factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y supedita ese derecho a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.

Debiendo velar en todo momento el Estado por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas y adoptar medidas contra los peligros que para la salud representan la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales, así como también contra cualquier otra amenaza que se determine mediante datos epidemiológicos.

Concluyendo estas líneas jurisprudenciales dando cuenta de casi todos los componentes del derecho a la salud, recordemos, son la atención médica, la vigilancia epidemiológica, la promoción y prevención de la salud, la protección contra riesgos sanitarios, las enfermedades transmitidas por vectores y la investigación en salud como componentes de este derecho en conjunto con los determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.

Dejando para un futuro lo relacionado con la seguridad nacional por motivos de emergencia, que también enunciarnos y otros más como el derecho a la autonomía en el manejo de la propia salud y como paciente (necesidad del consentimiento informado en la relación médico-paciente), el derecho a una muerte digna, el derecho a la prevención de los problemas de salud mental, el derecho a la protección del cuerpo contra injerencias ajenas y el derecho a la autodeterminación reproductiva.

CONCLUSIONES

La salud, no solo es la ausencia de enfermedad y mucho menos se limita a la atención médica, para entender la noción de salud y lo que está en toda la extensión de su connotación jurídica representa es preciso comprender todas sus dimensiones, al igual que los determinantes básicos que influyen en ésta, tanto en la dimensión individual como la colectiva, desde la organización basada en políticas integrales y un marco normativo sólido que contemple las acciones necesarias para garantizar que se cumpla con las necesidades de salud de la población, al igual que los determinantes básicos que influyen en ésta.

La salud, o el cuidado de la salud, es difícil de definir, aunque es claro que se acepta qué medidas de salud pública, como inmunizaciones, promoción de la salud, tratamiento médico y quirúrgico en el caso de enfermedad, forman parte de este derecho; también debe comprender el acceso a agua potable, alimentación adecuada, derecho a un órgano trasplantable, a cirugía cosmética, tratamientos de infertilidad o a salas de terapia intensiva.

La Observación General No. 14, concibe a la salud como una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud.

Se entiende a la salud como la condición física y psicológica determinada por distintos factores individuales, sociales y naturales, tanto con influencia interna como externa al sujeto, los cuales son causantes de sus padecimientos físicos y mentales, cuya satisfacción debe garantizarse en fomento e impulso del bienestar que tengan a bien elegir sus titulares a través de diversas medidas que tiendan a preservar, prolongar y mejorar la calidad de su vida, de manera preventiva, curativa, paliativa y de rehabilitación, respetando en todo momento la dignidad de las personas.

El derecho a la salud debe ser entendido como el conjunto de disposiciones normativas que regulan la actividad del Estado y de los particulares respecto al acceso de los servicios de salud, estableciendo para ello las bases y modalidades de la prestación de los mismos, en aras de una protección efectiva, promoción y restauración de la salud de la población, cuya finalidad se contrae al bienestar físico, mental y social de todos los individuos que les permite así llevar a cabo una vida digna a través del disfrute de un mínimo vital como lo es la salud.

El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

El derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías de este derecho. Y, por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud.

El derecho a la salud es un derecho inclusivo, que se extiende varias potestades, entre ellas las libertades que incluyen el derecho a controlar la salud y el cuerpo, incluyendo la libertad sexual y reproductiva y el derecho a verse libre de interferencias, y el derecho a no sufrir torturas y a no verse sometido a tratamientos médicos no consensuales y a la experimentación. Dicho derecho al mismo tiempo es un concepto amplio que se puede dividir en derechos más específicos

Es muy importante concebir a la salud como condición y proceso, ya que esta aproximación es dinámica, ya que a la par que van evolucionando los diversos factores en los que se desenvuelve, se van desarrollando nuevas aproximaciones y nuevas problemáticas.

El derecho a la salud es un tema de interés público y social. En tal virtud, si bien en el ámbito colectivo no se especifica un destinatario de dichas acciones, esto es, porque todos comparten el mismo entorno y las actividades se dirigen a toda la población sin discriminación alguna.

En los temas de salud pública, el Tribunal ha hecho una ponderación de los intereses individuales por la protección de un bien mayor, reafirmando la postura del legislador relativas a que con estas restricciones se busca proteger la salud de la población en general, reafirmando que dichas acciones tienden a consolidar objetivos constitucionalmente válidos, necesarios, idóneos y relevantes.

Las restricciones en materia de salud, tanto de publicidad, comercialización y prestación de servicios responden a finalidades legítimas puesto que con estas

disposiciones se pretende una protección reforzada de la integridad y salud de las personas que debe apreciarse por el principio de cautela en materia del derecho a la salud.

La ponderación de la salud se ve reflejada en que las medidas de seguridad sanitaria que dicte la autoridad para proteger la salud de la población, son una cuestión de orden público e interés social, pues según el artículo 4° de la Constitución, en razón de que al ser éste un derecho de mayor entidad, por su propia naturaleza urgente e inaplazable y el deber de precaución que subyace a éste.

La regulación que asegura la protección de la salud de los pacientes de las cirugías estéticas 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 esta materia. Siendo esta limitante válida, al concretarse a exigir a los médicos condiciones mínimas necesarias de formación, es decir, a que ofrezcan servicios médicos de calidad, lo cual claramente protege el derecho a la salud.

El derecho a la salud es considerado por el juzgador un derecho de rango constitucional y a su vez ésta ha ponderado en sus determinaciones el interés social sobre el individual, particularmente por un tema de salud y principalmente por salud pública, al destacar que el tabaquismo es un problema de salud pública, debido a su magnitud y trascendencia.

En esta construcción judicial del derecho a la salud se comprende, como servicio básico, la atención médica, que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos correspondientes. En consecuencia, el derecho 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 del Sector Salud, puesto que le asiste al individuo el derecho del individuo de recibir los medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la salud.

El consentimiento informado, según lo observado en las líneas jurisprudenciales respectivas, es parte del derecho a la salud en su componente de atención médica, cumpliendo una doble finalidad: por un lado, es la autorización de

una persona para someterse a procedimientos o tratamientos médicos que pueden incidir en su integridad física, salud, vida o libertad de conciencia y, por otro lado, es una forma de cumplimiento por parte de los médicos del deber de informar al paciente sobre el propio diagnóstico, tratamiento y/o procedimiento, así como de las implicaciones, efectos o consecuencias que pudiera traer a su salud, integridad física o vida.

Los tribunales han analizado los diferentes regímenes de responsabilidades que consagra nuestro orden jurídico, partiendo de una visión de un deber de cuidado que todo profesional de la salud de tomar en cuenta en el ejercicio de su profesión, actuando conforme lo estatuye la práctica médica, tratando de evitar infligir daños al paciente, ya sea por un actuar negligente o por un error de impericia o imprudencia

Vamos por buen camino en la especificación del contenido de derecho a la salud en su parte integral, pero aún hay mucho por hacer.

Las personas tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de bienestar general; sin embargo, ese disfrute no es algo que se consiga como una derivación automática del desarrollo de la ciencia médica, sino que es necesario establecer una serie de dispositivos e instituciones para hacerlo realidad. De ahí la importancia de que las autoridades, entre otras cuestiones, emitan la regulación correspondiente y de que el Estado asuma sus compromisos y obligaciones para salvaguardar un estado de bienestar a su población, para lo cual habrá de utilizar mecanismos de protección, que van desde los derechos, las políticas públicas y mecanismos de exigibilidad para que se satisfagan estas pretensiones.

El reconocimiento de los derechos humanos debe estar acompañado de mecanismos jurisdicciones de tutela que permitan garantizar dichos derechos, así como restituir a las personas en el goce de los mismos una vez que han sido conculcados. Es por ello que la reforma a la figura del amparo, en aras de que funcione como una verdadera garantía de protección de todos los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en el derecho internacional, es una necesidad apremiante para que las personas gocen de un juicio efectivo e idóneo en la defensa de estos derechos y los tribunales puedan impartir la justicia constitucional esperada.

Se ha encontrado en el juicio de amparo un medio de control judicial que permite hacer exigible este derecho, lo cual conlleva a que el mismo se haga justiciable, reclamable y hacedero.

El derecho a la salud es un derecho totalmente justiciable, a lo cual se observa una especie de puente entre la exigibilidad, en particular la justiciabilidad, para reafirmar los mecanismos de protección de las otras dimensiones (legislativo y administrativo), gracias a los efectos que generaron los fallos en estos poderes propiciando con la interpretación judicial un dialogo interinstitucional basado en la interpretación conforme y pro persona.

Derivado de una serie de obstáculos legislativos y administrativos en la exigibilidad del derecho a la salud en todas sus dimensiones, ha habido un aumento de casos, los cuales se pretenden subsanar a través de la justiciabilidad, como es el derecho a un tratamiento oportuno y su correlativo suministro de medicamento que no se contempla en el texto constitucional, salvo para las personas sin seguridad social, y para ser todavía más genéricos, ni siquiera se especifica lo que habrá de entenderse por servicios de salud, únicamente sienta el fundamento para establecer las bases y modalidades, sin mencionar si dentro de éstas, se encuentra la prevención y promoción de la salud, la protección contra riesgos sanitarios o simplemente la salud pública como tal.

La amplitud de acciones que conlleva el derecho a la salud, se pudo Inferir de las líneas jurisprudenciales en torno al derecho a la salud como este reconocimiento de pretensiones de nuestros tribunales, mucha de las veces posibilita la consagración normativa de ciertas potestades o al menos poner en oídos del legislador estos cambios tan necesarios y en muchos de los casos poner en evidencia los resultados de la política pública en esta materia.

La falta de garantías administrativas y legislativas se somete al escrutinio en los mecanismos de exigibilidad judicial, que son los que han logrado poner en la agenda algunos de los temas de salud pública relevantes y en otros convalidar las políticas públicas en materia de salud, logrando explicar, a partir de la jurisprudencia emitida por la Corte, con base en este análisis de casos, el impacto en la exigibilidad de este derecho a partir de la adopción de diversos parámetros jurisprudenciales por parte del legislador y de la administración pública, lo que puede entenderse como una suerte de diálogo interinstitucional.

A través de la justiciabilidad se ha encontrado un medio para la solución individual en determinados reclamos que tienen que ver con el derecho a la salud e inclusive en algunos casos, como esta forma jurisdiccional al garantizar su cumplimiento ha tenido efectos colectivos, aún con la limitante del principio de relatividad de las sentencias.

La realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado periodo no priva de contenido significativo a las obligaciones de los Estados, sino que les impone el deber concreto y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia su plena realización.

Se observa una ausencia conceptual en la especificación de derechos específicos en la Norma fundamental, la cual si bien es negativa, en cierto modo puede justificarse al decir que es necesaria, puesto que, en cierto modo las normas que enmarcan los Derechos Económicos, Sociales y Culturales poseen, en atención a su formulación lingüística, una "textura abierta", lo que conlleva a que se presenten únicamente como directrices constitucionales, a partir de las cuales el legislador está forzado a señalar el sentido y alcance del principio normativo, siendo un insumo esencial las decisiones adoptadas por los Tribunales, siempre y cuando las mismas se configuren como medidas progresivas.

Ante el debate sobre la necesidad de una formulación lingüística abierta del derecho a la salud, que no da cuenta de todas las dimensiones que subyacen al mismo y su consecuente falta de exigibilidad vía administrativa y en algunos casos legislativa, el Poder Judicial en estos 25 años ha ido interpretando y ampliando la vaguedad de dicha prescripción normativa, generando inclusive líneas jurisprudenciales decisorias, sobre los componentes del derecho a la salud, tal cual es el caso de la atención médica, la protección contra riesgos sanitarios, la salud pública y la conexidad de este bien fundamentales con otros derechos humanos de igual raigambre constitucional.

Los tribunales han adoptado un papel activo en la definición de la política de salud y la protección del derecho a la salud o pasivo, haciendo una crítica de manera general en torno a estos rubros, dotando de una estructura a las decisiones judiciales que se han presentado en relación a este derecho, mostrando su evolución normativa, al definir el alcance y contenido del mismo, adjudicando derechos nominados e innominados a través de sus sentencias, lo cual se traduce en la materialización de la exigibilidad de este bien jurídico fundamental.

Esta ampliación de derechos dentro de este derecho se debe a la complementariedad del texto constitucional con la ley reglamentaria y los compromisos internacionales adoptados, logrando superar el obstáculo sobre la generalidad del texto constitucional, dotando de contenido al derecho a la salud, a partir de las de las obligaciones de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con ella.

Algunos derechos adjudicados vía judicial, derivan precisamente de construcciones argumentativas que se prevén principalmente en la Ley secundaria, Ley General de Salud, destacando: la obtención de prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea; recibir atención profesional y éticamente responsable, así como el trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares; elegir de manera libre y voluntaria al médico que los atienda de entre los médicos de la unidad del primer nivel de atención que les corresponda por domicilio; recibir información suficiente, clara, oportuna, y veraz, así como la orientación que sea necesaria respecto de su salud y sobre los riesgos y alternativas de los procedimientos, decidir libremente sobre la aplicación de diagnósticos terapéuticos y quirúrgicos, recibir vacunas, o a optar por cuidados paliativos, a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, se le informe o no de los resultados de su examen genético y sus consecuencias y el derecho de los usuarios originarios de pueblos y comunidades indígenas a obtener información necesaria en su lengua.

Otro de los grandes logros para el derecho a la salud, ha sido el reconocimiento del derecho a una muerte digna, al reconocer que el Estado, vía Legislativa o Administrativa debe adoptar las medidas necesarias bajo la premisa del máximo gasto posible de los recursos de que disponga para lograr progresivamente su plena efectividad, a través de tratamientos paliativos que aseguren su dignidad y les eviten dolor.

Y así un sinnúmero de derechos consignados en la Ley Reglamentaria, que más allá de adjudicar de manera directa los mismos, estatuye una obligación del Estado, lo que, en una correlación de deberes y obligaciones, se convierten en derecho a la salud en sus distintas dimensiones.

Aquí es donde podemos ver el avance del derecho a la protección de la salud, detonado en cierto sentido por el Poder Judicial, en una especie de llamado de atención al Legislativo y al Ejecutivo para asignar derechos a todos y no únicamente al solicitante del amparo. Muestra de ello, lo podemos observar en el suministro de medicamentos, que no se ve de manera aislada, sino bajo un enfoque de una atención integral, la cual debe ser oportuna, constante y permanente.

Quedó demostrado—con la ayuda de la identificación de líneas jurisprudenciales— que los Tribunales en la emisión de sus determinaciones a casos particulares relacionados con la salud del individuo o de la colectividad, son quienes dotan de contenido al enunciado constitucional mediante una reconstrucción hermenéutica del bloque de constitucionalidad y de

convencionalidad en aras de determinar el reconocimiento y titularidad de dichas pretensiones, al igual que el deudor de las obligaciones negativas y positivas impuestas por el derecho, reconfigurando el alcance de esas obligaciones y sus restricciones o limitaciones.

Los Tribunales a partir una reconstrucción hermenéutica del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad han podido la completitud, inclusividad e integralidad del derecho a la salud en todas sus vertientes que le asiste a toda persona en territorio nacional.

A través de la justiciabilidad se ha encontrado un medio para la solución individual en determinados reclamos que tienen que ver con el derecho a la salud e inclusive en algunos casos, como esta forma jurisdiccional al garantizar su cumplimiento ha tenido efectos colectivos, aún con la limitante del principio de relatividad de las sentencias.

El papel de la Suprema Corte ha sido fundamental para consolidar nuevos estándares para la protección jurídica integral del derecho a la salud, a partir de los criterios de interpretación que han derivado de estas controversias judiciales, lo que ha proliferado en la construcción de este derecho.

La interpretación judicial surge ante la incompletitud del derecho como una especie de creación judicial, en razón de que, al resolver el caso en concreto, se emite un razonamiento normativo para su aplicación a situaciones específicas o generales con una pretensión autoritativa.

El activismo actual de los juzgadores tiene el poder de vigilar las obligaciones legales de los otros dos poderes, sin que esto amerite una intromisión a sus deberes constitucionales de legislar, reglamentar y planear.

Se pudieron detectar puntos de encuentro de precedentes, a los cuales usualmente acuden las sentencias *hito*, sirviendo de sentencias paradigmáticas en este trabajo, las cuales fueron sujetos a análisis a partir de los hechos que propiciaron el criterio y los razonamientos del juzgador para resolver el problema en cuestión.

Desafortunadamente, es de resaltar que en esta construcción del derecho a la salud en su contenido y por ende la consolidación en la garantía del mismo, encontramos muy pocas sentencias paradigmáticas, únicamente 7 fallos, que dados los argumentos que contienen, han sido la guía en la formación de un gran número de sentencias y que se convierten en la columna vertebral de las decisiones

actuales, tal y como se advirtió del nicho citacional de al menos 20 de las sentencias que utilizamos para construir las líneas jurisprudenciales en las distintas vertientes de este derecho.

Han pasado ya cerca de 7 años de la última sentencia paradigmática (AR 378/2014) y dado el contexto que nos ocupa y las carencias que se han mostrado en el presente trabajo, la judicialización del derecho a la salud ha ido en aumento, lo cual por lógica debería ir acompañado de una argumentación más robusta y actual por nuestros juzgadores en aras de ir robusteciendo el ámbito de protección de este derecho con criterios más amplios inherentes al mismo y al marco de derechos humanos como disponibilidad, accesibilidad, y calidad en conjunto con las cláusulas de protección reforzada a grupos vulnerables.

Retomando una de nuestras sentencias hito (AR 57/2019), destaca que el juzgador no sólo se limitó al estudio sobre los alcances de la determinación y la procedencia de analizar estas omisiones legislativas y reglamentarias, sino que analizó un análisis de una de las dimensiones que componen este derecho, el tema de la investigación en salud, que aún y cuando no sentó precedente alguno, si existe un cuerpo argumentativo muy importante para tomarlo en consideración.

Ante la inexistencia de una regulación específica y detallada en materia del uso de cannabis y sus derivados, se está limitando la posibilidad de que el quejoso tuviera acceso a medicamentos que, tras su investigación y aprobación científica, pudieran ofrecer una mayor eficacia y, por tanto, un mejor resultado para controlar sus padecimientos.

Esto supera la postura clásica de la Suprema Corte a reconocer la procedencia del juicio de amparo cuando se impugnan omisiones legislativas. Esto de acuerdo a la nueva redacción del artículo 103 constitucional permite abrir una discusión que parecía cancelada a la luz de la anterior redacción de este precepto constitucional y la derogada Ley de Amparo. La Constitución establece de manera genérica la procedencia del juicio de amparo en contra de “omisiones de la autoridad” sin señalar expresamente que se excluyan las omisiones atribuibles al legislador. En este sentido, resulta pertinente sostener que el Poder Legislativo puede ser una autoridad responsable para efectos del juicio de amparo.

En este sentido, es evidente que las omisiones legislativas son actos de autoridad, de ahí que sea posible sostener válidamente que a través del juicio de amparo indirecto pueden combatirse las omisiones atribuibles directamente al Poder Legislativo.

En algunos casos, los efectos de la protección constitucional no pueden referirse únicamente a la parte quejosa, pues ello sería insuficiente para lograr una efectiva restitución de los derechos violados. mediante la incorporación de derechos humanos que se dirijan a edificar mayores estadios de justicia social -como lo es el derecho humano a la salud, a un medio ambiente sano o a la salud-, no sólo es jurídicamente permisible que los órganos jurisdiccionales –que realizan un control de la constitucionalidad– vigilen que el actuar de los poderes públicos "se ajuste a los principios y valores que la Constitución Federal establece, sino que es obligatorio que lleven a cabo tal función en aras de asegurar que dichos derechos públicos subjetivos tengan una incidencia real en el Estado mexicano; he ahí la función contemporánea del Poder Judicial".

En la actualidad se da una especial configuración de los DESC, donde se exige la flexibilización de los distintos principios del juicio de amparo, entre ellos, la determinación de sus efectos. Uno de los principales problemas que enfrenta el juicio de amparo en estas materias es la tensión que naturalmente se genera entre el otorgamiento de la protección constitucional en esa materia y el principio de relatividad de las sentencias, pues generalmente dicha concesión trasciende a la figura del quejoso y beneficia a otras personas aun cuando éstas no hubieran acudido a la vía constitucional.

En esta tipología de derechos que se torne necesario reinterpretar el principio de relatividad de las sentencias con el objeto de dotarlo de un contenido que permita la tutela efectiva ya sea del derecho a la salud, a un medio ambiente sano o la educación a partir del reconocimiento de su naturaleza colectiva y difusa. Tanto estos derechos humanos como el principio de relatividad de las sentencias, están expresamente reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que su interacción debe ser armónica, es decir, la relatividad de las sentencias no puede constituir un obstáculo para la salvaguarda efectiva de los mismos.

El principio de relatividad admite modulaciones cuando se acude al juicio con un interés legítimo de naturaleza colectiva, lo anterior conforme a la nueva redacción del artículo 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se prevé que es posible acceder al juicio de amparo para obtener la protección de los intereses legítimos y colectivos, que son aquellos que atañen a "un grupo, categoría o clase en conjunto". En cualquier caso, tanto el interés colectivo como el legítimo, comparten como nota distintiva su indivisibilidad, es decir, no pueden segmentarse. De ahí que, si en los intereses colectivos o

legítimos la afectación trasciende a la esfera jurídica subjetiva o individual de quien promovió un juicio de amparo.

Al dar efectos generales a ciertos fallos no se vulnera el principio de relatividad porque dicho principio debe ser reinterpretado a la luz del nuevo marco constitucional que disciplina al juicio de amparo y, por tanto, es perfectamente admisible que al proteger a la persona que ha solicitado el amparo de manera eventual y contingente se pueda llegar a beneficiar a terceros ajenos a la controversia constitucional.

En este supuesto de que un amparo puede tener efectos en la colectividad, uno de los precedentes más importantes para la justiciabilidad del derecho a protección de la salud, el cual se centró en la exigencia de la construcción de un centro de salud en la comunidad indígena de Mini Numa, a partir de que dicha comunidad mixteca solicitó al gobierno del Estado de Guerrero la creación de un centro de salud con personal y medicamentos suficientes, no obstante la autoridad se negó a esta pretensión. En este caso, se determinó que el gobierno local era responsable de que los servicios públicos a la población en general se presten “en establecimientos públicos de salud a los habitantes del estado de Guerrero, que así lo requieran, en atención a que éstos se encuentran regidos por criterios de universalidad y de gratuidad fundada en las condiciones socioeconómicas de los usuarios”.

Con esta misma lógica, esta Suprema Corte ha estudiado otros casos —y en algunos de ellos se han concedido amparos— en los que el planteamiento realizado por el quejoso implicaba que se podía beneficiar terceros ajenos al juicio con una sentencia estimatoria. En el tema que nos ocupa como se ha señalado, al resolver el amparo en revisión 378/2014, se ordenó en la sentencia de amparo que la autoridad responsable considerara remodelar el servicio hospitalario o construir un nuevo pabellón donde pudieran ser tratados los pacientes con VIH/Sida, de tal manera que con dicha concesión se benefició a todos los pacientes —presentes y futuros— del hospital en cuestión y no sólo a los quejosos.

En materia de salud, no se han generado precedentes sobre la reinterpretación del principio de relatividad como sí en el caso del medio ambiente y del derecho a la educación, he ahí una oportunidad para avanzar en la consolidación del derecho a la salud, sobre todo en el mandato sobre la universalización de los servicios de salud y desde luego aquellas medidas que permitan garantizar los principios inherentes al mismo.

Hacen falta mayores estudios que permitan sistematizar y codificar los derechos subjetivos tendientes a la protección del derecho a la salud derivados de la Leyes generales, Leyes reglamentarias, normas técnicas y políticas públicas.

Se ofrece un estudio jurisprudencial que identifica de manera clara y fiable las líneas jurisprudenciales en relación con las cuestiones litigadas ante los Tribunales. A falta de compilaciones de las principales líneas decisionales, este trabajo busca identificar los patrones decisionales que han acompañado al derecho a la salud en sus distintas dimensiones, particularmente la de atención médica, protección contra riesgos sanitarios y su conexidad con otros derechos, en estos últimos años.

Derivado de los hallazgos de las tesis que componen estos rubros, encontramos que es precisamente el tema del derecho a contar con medicamentos idóneos para el tratamiento y las diversas tipologías de la responsabilidad médica, las líneas que más se han desarrollado por los juzgadores en estos 25 años.

Del estudio de casos, se observa la interdependencia del derecho a la salud con el medio ambiente, la vivienda y el mínimo vital.

Se identificaron las dimensiones internas y externas de este derecho a partir de la emisión de los distintos criterios jurisprudenciales emitidos en los últimos 25 años, como es el caso de los componentes del derecho a la salud y sus condicionantes básicos.

El recorrido que ha seguido en nuestro país el derecho a la salud en nuestros tribunales en este periodo ha sido muy prolifero, principalmente desarrollados durante la novena y décima época.

El análisis de cada tesis o ejecutoria puso de relieve las tendencias que se observan en la jurisprudencia, así como sus posibles inconsistencias, fortalezas y debilidades.

La metodología de construcción de líneas jurisprudenciales nos permitió en algunos casos identificar los distintos nichos citacionales que se comparten en la mayoría de los casos.

De la recopilación de criterios relevantes en el tema de salud, más de una tercera parte de las tesis y jurisprudencias tiene que ver con temas procedimentales y con cuestiones de seguridad social, lo que confirma que las primeras épocas de la jurisprudencia mexicana se enfocaron en esa parte.

Se observa un avance en la protección del derecho a la salud, al menos en sede jurisdiccional, de las siete dimensiones que componen al derecho a la salud *per se*, se un diagnóstico sobre el acceso a estas distintas dimensiones del derecho a la salud en sede judicial, encontrando que en seis de ellos (atención médica, protección contra riesgos, prevención, promoción, vectores y vigilancia epidemiológica) se emitieron criterios, ya sea aislados o en algunos casos obligatorios. Al igual que se aprecia su vinculación con otros derechos humanos en carácter de condicionantes básicos para éste, como es el derecho al medio ambiente, al agua y a la vivienda.

En el caso de investigación en salud, si bien no se generó un criterio al respecto, sí existe un precedente muy relevante a considerar al respecto, en donde el juzgador enfatizó la importancia de la misma en la generación de nuevos medicamentos y su papel para contrarrestar enfermedades emergentes.

Si bien lo anterior representa un avance, aún falta mucho contenido por desarrollar por parte de nuestros jueces como es el tema de la prevención, de la vigilancia epidemiológica, de la promoción, de los vectores y de la investigación en la salud.

Es ineludible e impostergable, establecer en el texto constitucional a que se refiere el legislador con estas modalidades del derecho a la salud, que permitan abarcar de manera macro todos sus rubros, tanto de dimensión individual como social, como ya lo ha estatuido la Corte recientemente, ya que no podemos conformarnos con la definición a medias que tenemos en la actualidad, donde no se especifica ni la atención médica para todos, únicamente para un sector, y mucho menos se prevén medidas de protección, así como robustecer su vínculo con los principios en materia de derechos humanos.

Sería ideal especificar en el texto constitucional el contenido mínimo esencial del derecho a la salud como lo hizo Sudáfrica o China, pero con la visión del modelo de bienestar basado en la atención primaria. O en su defecto, ser más específico en cuanto a la gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud, en consideración a lo contenido en la Observación General No. 14 y diversos instrumentos internacionales que toman en consideración el ámbito preventivo.

Si bien es cierto que no es viable en las Constituciones la articulación a detalle de la gama de derechos económicos, sociales y culturales, inclusive tampoco podría parecer idóneo su amplitud, lo cierto es que una mejor redacción constitucional abonaría en una mejoría en la articulación de las obligaciones a cargo

del Estado y las potestades más amplias que tienen las personas respecto a varios rubros como la atención médica, la protección contra riesgos sanitarios y medidas de salud pública como la prevención de enfermedades y promoción de la salud, así como de interpretaciones judiciales más cercanas al espíritu legislativo, dotando de un margen de maniobra más corto para la discrecionalidad judicial, en aras de facilitar su exigibilidad en todos sus niveles.

Surge la necesidad de concretar este derecho desde un enfoque basado en un marco de derechos humanos, no tanto de la delimitación de competencias de la autoridad, sino del que potestades se tienen frente a la autoridad, frente a las finalidades y acciones que ejerce. Y sobre todo que el ejecutivo tenga elementos suficientes para desdoblar adecuadamente estas directrices.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible, La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, año LXV, número 119, Buenos Aires, 25 de junio de 2001.
- Abramovich, Víctor, and Christian Courtis. "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales". La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales, 1997.
- Abramovich, Víctor, and Laura Pautassi. El derecho a la salud en los tribunales: Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina. Salud Colectiva, 2008.
- Abramovich, Víctor, Christian Courtis, and Luigi Ferrajoli. Los derechos sociales como derechos exigibles. Vol. 2. Madrid: Trotta, 2002.
- Abramovich, Víctor, Courtis, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. La protección judicial de los derechos sociales, vol. 3, 2003.
- Abramovich, Víctor. "Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados". Revista internacional de derechos humanos 2.2 (2005): 195-232.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo. "¿Son los derechos sociales solo aspiraciones? Perspectivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". Von Bogdandy, Armin, et al. "Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina", 2011.
- Aguilera, García, Edgar, El concepto de estándar de prueba, Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, Vol. 4, Núm. 6, enero-junio 2008.
- Aldao, Martín; Clérico, Laura. El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso Poblete Vilches y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables. Colección, 2019;
- Antoniazzi, Mariela Morales, Clérico, Laura. Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.
- Antoniazzi, Mariela Morales, Ronconi, Liliana; Clérico, Laura. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH.
- Arango, Rodolfo, Derechos, constitucionalismo y democracia, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2004 y Bernal Pulido, Carlos, El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.

- Arango, Rodolfo. "Derechos sociales". Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- Arango, Rodolfo. "Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia: aporte a la construcción de un *ius constitutionale commune* en Latinoamérica". Revista de Derecho Público, 2001.
- Atria, Fernando, et al. ¿Existen derechos sociales? Estudios Nueva Economía, 2014, vol. 3, no 1.
- Barragán, Horacio, Fundamentos de Salud Pública, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, 2007.
- Barrigón, Juan Manuel Rodríguez. "J. Bonet Pérez y RA Alija Fernández (eds.), La exigibilidad de los DESC en la Sociedad internacional del siglo XXI: una aproximación jurídica desde el Derecho internacional, Marcial Pons, Madrid, 2016. REIB: Revista Electrónica Iberoamericana, 2016.
- Beauchamp, Tom L., and Ruth R. Faden, The right to health and the right to health care, The journal of medicine and philosophy, 4.2, 1979.
- Belov, Martin, ed. Courts and Judicial Activism Under Crisis Conditions: Policy Making in a Time of Illiberalism and Emergency Constitutionalism. Routledge, 2021.
- Beneitez, María José Bernuz, and Manuel Calvo García, eds. La eficacia de los derechos sociales. Tirant lo Blanch, 2014.
- Benvenuto Lima Jr, Jayme, citado por Ana G. Barros B., "El derecho humano a la educación en América Latina: entre avances y desafíos" en Ely Yamin, Alicia (coord.), Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina. Del invento a la herramienta, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 1ª ed., México, 2006, p. 206.
- Bernal Pulido, C., Camarena González, R. y Martínez Verástegui, A. (coords.), El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, SCJN, 2018.
- Bobbio, Norberto, El tiempo de los derechos, Sistema, Madrid, 1993.
- Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, Debate, Madrid, 1990.
- Bole, Thomas, The rhetoric of rights and justice in health care, Rights to Health Care, Springer, Dordrecht, 1991, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1991.
- Bolívar, Ligia, Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12003.pdf> 1996.
- Brena, Ingrid, et al, Derecho y salud, El Colegio Nacional, 2020.
- Breslow, Lester, The Maturing Paradigm of Public Health. Ann Rev Pub Health, 1994.

- Brundtland, Gro Harlem, Fifty years of synergy between health and rights, Health & Human Rights, 3, 1998.
- Bustos, R. "Derechos sociales: desmontando prejuicios". Los derechos humanos en los umbrales del siglo XXI, 2012.
- Cano Valle, Fernando. "Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México. Hacia la reforma integral del sistema de salud mexicano", México Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- Carbonell, Miguel, et Carbonell José, "La protección de la salud en México: Un derecho fundamental en construcción". Pluralidad y Consenso, 2016.
- Carbonell, Miguel, et Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Los derechos sociales y su justiciabilidad directa. Flores Editor y Distribuidor, SA de CV, 2014.
- Carbonell, Miguel, Cruz Parceros, Juan Antonio y Vázquez Rodolfo, compiladores. Derechos sociales y derechos de las minorías. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Número 28, México, 2000.
- Carbonell, Miguel, Los derechos fundamentales en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie doctrina jurídica, número 185, UNAM-CNDH, México, 2003, haciendo referencia a lo expuesto en la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy.
- Castro, Rosario, and Rubén Pérez, Saneamiento rural y salud, guía para acciones a nivel local. Organización Panamericana de la Salud. OPS. Guatemala, 2009)
- Cervantes Alcayde, Magdalena. Las estrategias sociales en la exigibilidad de los derechos sociales: el caso Mini Numa. Tesis. México: FLACSO México, 2010.
- Cervantes Saavedra, Miguel, citado por José Luis Siqueiros, Don Quijote y la Justicia en Revista de la Facultad de Derecho de México, No. 142-143-144, Julio-diciembre 1985.
- Chapman, Audrey R. (ed.), Health care reform: A human rights approach, Georgetown University Press, 1994.
- Chiassoni, Pierluigi, "The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction", en Bustamante, Thomas y Bernal Pulido, Carlos (eds.), On the Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, número suplementario 133, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, Nomos, 2012.
- Clérico, Laura et al coord. Tratado de Derecho a la Salud, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

- Cobo, Fernanda, Charvel, Sofía. Mexican apex judiciary and its multiple interpretations: Challenges for the constitutional right to health. *International Journal of Constitutional Law*, 2020, vol. 18, no 4, p. 1254-1282.
- Cobo, Fernanda, Charvel, Sofía; Pelcastre-Villafuerte, Blanca Estela. La judicialización del derecho a la protección de la salud desde la óptica de los actores clave, *Salud pública de México*, 2021, vol. 63, no 2, Mar-Abr. Al igual que Tejada, Enrique García, Silva, Juan Guillermo Vieira, *Derecho y políticas públicas: Sentencias judiciales y políticas de salud en México a la luz del caso colombiano*, *Estudios de Derecho*, 2021, vol. 79, no 173.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación General 15. Sobre el derecho a la protección de la salud. México: CNDH, 2009.
- Cook, Rebecca J., *Gender, health and human rights*, *Health & Human Rights*, 1994.
- Coral-Díaz, Ana Milena, Una propuesta de análisis jurisprudencial desde el discurso para casos de violencia contra las mujeres en el marco de violencia de pareja, *Opinión jurídica* 11.22, 2012.
- Cosarin, Víctor E. Abramovich, and E. Víctor. Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Diss. Universidad de Buenos Aires, 1997.
- Cossío Díaz, Jose Ramón, Perez Tamayo Ruy, *Modelos médicos y modelos jurídicos*, Tirant Le Blanc, México, 2016.
- Cossío Díaz, José Ramón, *Problemas para la exigibilidad de los derechos sociales*. Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coordinadores), *Formación y perspectivas del Estado en México*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010.
- Cossío Díaz, José Ramón. *Dogmática constitucional y régimen autoritario*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. Fontamara, México, 1998.
- Cossío Díaz, José Ramón. *Estado Social y Derechos de Prestación*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Courtis, Christian, *La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos*, *La protección judicial de los derechos sociales* 117, 2007.
- Courtis, Christian, *Ni un paso atrás, la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006.
- Courtis, Christian. "Argentina: Some promising signs". *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law*, 2008.
- Cranston, Maurice. "Human Rights, Real and Supposed", 2002.

- Croft, Jeremy, Health and Human Rights. A Guide to the Human Rights Act 1998, Londres, the Nuffield Trust, 2003. La traducción es mía.
- Cruz Parceró, Juan Antonio, El concepto del derecho subjetivo, Fontamara, México, 1999.
- Cruz Parceró, Juan Antonio. "Los derechos sociales como técnica de protección jurídica" en Cruz Parceró, Juan Antonio, and Rodolfo Vázquez. Derechos sociales y derechos de las minorías, México, UNAM, 2000.
- Curbelo, Toledo, Fundamentos de Salud Pública, Cuba. La Habana.: Editorial Ciencias Médicas, 2004.
- Currea Lugo, Víctor, La Salud como derecho humano, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos, número 32, Bilbao, 2005.
- David Trubek, Economic, Social and cultural rights in the third world: human's rights law and human needs programs. In: Theodor Meron (Editor), Human rights in International Law: legal and policy issues, Oxford, Clarendon Press, 1984.
- De Alba Medrano, Marcia Muñoz, El derecho a la salud: ¿Un derecho individual o social?, Concordancias, Estudios Jurídicos y Sociales, Chilpancingo, Guerrero, núm. 8, mayo-agosto de 2000.
- De Groot, R. Right to Health Care and Scarcity of Resources. In Gevers, J. K. M., et al. (eds.) Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- De Lora, Pablo y Zúñiga Fajuri, Alejandra. El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva, Madrid, Iustel, 2009.
- Denzin, Norman, The SAGE Handbook of Qualitative Research, SAGE Publications; 2011.
- Díaz, Yusbelly, "¿Qué es la salud?", Disponible en URL: <http://prof.usb.ve/yusdiaz/salud.pdf>, 2011.
- Dworkin, Ronald, and Marta I. Guastavino. Los derechos en serio. Vol. 997. Barcelona: Ariel, 2012.
- Dworkin, Ronald. Law's empire. Harvard University Press, 1986.
- Eide, Asbjorn, Catarina Krause, and Allan Rosas. "Economic, social and cultural rights". Economic Social and Cultural Rights A Textbook, Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1995.
- Eleta, Juan Bautista. Derecho a la salud: Una mirada desde la reciente jurisprudencia de la corte suprema de justicia de la nación. Prudentia Iuris, 2019, no 87.
- Emmanuel Faye, Heidegger. La introducción del nazismo en la filosofía, Acal, 2009, Madrid, España.

- Estrada Tena, Fabiana, participación en la Mesa “El nuevo sistema de Jurisprudencia por Precedentes: Transformaciones y Retos”, Encuentro académico del Poder Judicial de la Federación, foro organizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=7uvoEIJTEiY>
- Estrello, Paulina Pacheco, ed., La calidad de la atención a la Salud en México a través de sus instituciones. Secretaría de Salud, 2015.
- Evans, Tony. A human right to health? *Third World Quarterly*, 2002, vol. 23, no 2.
- Ferrajoli, Luigi, El Derecho como Sistema de garantías, *Jueces para la democracia*, No. 16–17, 1992.
- Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Trotta, 2005.
- Freedman, Lynn P., Reflections on emerging frameworks of health and human rights, *Health and human rights*, 1995.
- Frenk, Julio, La nueva salud pública, La crisis de la salud pública: reflexiones para el debate, Washington, OPS, 1992.
- Fuenzalida Puelma, Hernán L. y Susan Scholle Connor, “The Right to Health in the Americas. A Comparative constitutional Study”, Washington, D. C., Panamerican Health Organization, 1989 en Leary, Virginia A., *The Right to Health in International Human Rights Law*, en *Health and Human Rights*, Boston, vol. 1, núm. 1, otoño de 1994. Traducción propia.
- Gallego Hernández, Ana Cristina. El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Araucaria*, 40, 2018;
- Galvão, L. A. C., Teixeira, P. F. P., Monreal, J., Burgoa, C. S., & Treasure, A. S. O., Agua y saneamiento: derecho humano fundamental. Agua y saneamiento. Disponible en: http://bvspers.paho.org/videosdigitales/matedu/PPT1_JulioMonreal.pdf
- Garat, María Paula. El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho*, 2015, no 11.
- García Manrique, Ricardo, Presentación al libro de Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, 1ª ed., Fontamara, México, 2010, p. 41, en referencia a lo aducido por Alexy en la Teoría de los Derechos Fundamentales.
- García Tejeda, Enrique; Checa, Daniel Torres, La judicialización de la política de la salud en México: ¿cuál es el papel de los jueces ante la pandemia por COVID-19?, *Jurídica Ibero. Revista Semestral del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2021, no 11.

- García Tejeda, Enrique; Silva, Juan Guillermo Vieira, Derecho y políticas públicas: Sentencias judiciales y políticas de salud en México a la luz del caso colombiano, Estudios de Derecho, 2021, vol. 79, no 173.
- Gargarella, Roberto. El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la Constitución (1980-2010). Gaceta Constitucional, vol. 48, 2011.
- Garza, Magda Yadira Robles, El derecho a la salud y la reforma de los Derechos humanos en México, Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad, 2015.
- Gascón Abellán, Marina, “Motivación de las sentencias y jurisprudencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia su función?”, en Marina Gascón y Álvaro Núñez Vaquero (coords.), La construcción del precedente en el Civil Law, Barcelona, Atelier, 2020.
- Gómora Juárez, Sandra. La jurisprudencia mexicana y el principio de legalidad: una compleja relación. Boletín mexicano de derecho comparado, 2019, vol. 52, no 155.
- Gómora Juárez, Sandra. Un análisis conceptual del precedente judicial, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- González del Valle, Iván, sustentante, La salud, un derecho humano fundamental: alcances, implicaciones y mecanismos de protección, UNAM, 2015. Disponible en <http://132.248.9.195/ptd2015/abril/0727695/Index.html>
- González Fernández, José Antonio. El derecho a la salud y las garantías sociales. “Revista de investigaciones jurídicas”. Escuela Libre de Derecho, Año 6, No. 6, 1982.
- González Joaquín, Obras completas, volumen III, la plata, 1935.
- González Piña, Alejandro, Los derechos sociales y su exigibilidad. Algunos problemas para su protección a través del juicio de amparo, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 2019.
- Goodman, Timothy, Is there a right to health?, The Journal of medicine and philosophy, 30.6, 2005.
- Gruskin, Sofia. "Fifty Years of the Universal Declaration of Human Rights". Health and Human Rights. 3, 1998.
- Guastini, Ricardo. Estudios de Teoría Constitucional, Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, 2001.
- Guastini, Riccardo. Interpretación y construcción jurídica. Isonomía, 2015, no 43.
- Gutiérrez Domínguez, Fernando. "Secretaría de Salud: la salud en la Constitución mexicana", Colección INEHRM, 2018.
- Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo, “La justiciabilidad del derecho a la salud en México”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, México, año III, núm. 5, julio-diciembre de 2017.

- Gutiérrez Rivas, Rodrigo. "La Justiciabilidad del derecho a la salud en México." <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/publicaciones> , 2017
- Hart, Herbert Lionel Adolphus, and Genaro R. Carrió. El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.
- Hernández, Luis Jorge, et al. "El modelo de la OMS como orientador en la salud pública a partir de los determinantes sociales." *Revista de Salud pública*, 19, 2017.
- Hierro, Liborio en Alexy, Robert, et al. Derechos sociales y ponderación. Distribuciones Fontamara, SA, 2010.
- Hunt, "El movimiento por la salud y los derechos humanos: avances y obstáculos", *Journal of Law and Medicine*, 2008.
- Hunt, Paul, and Gunilla Backman, Health systems and the right to the highest attainable standard of health, *Health and human rights*, 2008.
- Hunt, Paul, and Rajat Khosla, El derecho humano a los medicamentos, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 5, 2008.
- Ihering, Rudolf von, El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo, T. IV, DeBailly-Baillere e Hijos, Madrid, 1892.
- Brena, Ingrid, Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Número 1. Donación de Órganos. Inconstitucionalidad del Artículo 333, Fracción VI, de la Ley General de Salud.
- Iturralde, Victoria, Precedente judicial, *EUNOMÍA, Revista en Cultura de la Legalidad*, 2014.
- Jijón, Víctor Hugo, en los DESC (DESC) en América Latina: Obstáculos para su eficacia, publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), a través de la Oficina de la UNESCO en México, México, 2003.
- Jinesta, Ernesto, Retos de la Organización Administrativa contemporánea, X foro de Iberoamericano de Derecho Administrativo, El Salvador, 2011.
- Keyes, C.L.M. The mental health continuum: From languishing to flourishing in life. *Journal of Health and Social Behavior*, 2002.
- Kirby, Michael. The right to health fifty years on: Still skeptical?, *Health & Human Rights*, 1999.
- Kohler, Georg, Foreword: The Right to Health as an Example in Realizing the right to health, Zurich, Rüffer and Rub, 2009.
- Kugelmann, R. Health in the Light of a Critical Health Psychology, 2003.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, La Jurisprudencia en México, 2a. ed., Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

- Lalonde M. A, New perspective on the health of Canadians. A working document. Ottawa: Government of Canada, 1974.
- Lamprea, Everaldo, The judicialization of health care: a global south perspective, *Annual Review of Law and Social Science* 13, 2017.
- Langford, Malcolm, Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico, *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, 6, 2009.
- Lara Ponte, Héctor, Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, 1993.
- Lauerman, John F. *Welcome to Health and Human Rights*, 1994.
- Lavielle, Briseida, Reforma desde una perspectiva integral del Derecho a la Salud, revista electrónica comunidad curul 501, Año 4, número 9, Marzo – Septiembre, 2011.
- Lema Añón, Carlos, El derecho a la salud: Concepto y Fundamento, *Papeles el tiempo de los derechos*, 2010.
- Lima Jr, Jayme Benvenuto, Los derechos humanos económicos, sociales y culturales, La Paz: Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 2001.
- López Arellano, Olivia y Blanco Gil, José, Avances y límites para hacer realidad el derecho a la protección de la salud en México en *Derecho a la protección de la salud*, Cuadernos de Derecho y Ciencia, Número 1, volumen 1, Primer trimestre, 2010, ITAM.
- López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, 2a. ed., Bogotá, Legis, Universidad de los Andes, 2009.
- López Medina, Diego, Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho. *Precedente, Revista Jurídica*, 2015, vol. 7.
- López Sterup, Henrik, Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la praxis judicial: evaluación sobre el impacto en la consolidación de una democracia constitucional, Universidad de Alicante, 2015.
- López, M. J., F. L. R. Durán, and T. F. Hernández. "La calidad de la atención a la salud en México a través de sus instituciones". Doce años de experiencia. Secretaría de Salud, 2012.
- Mac-Gregor Ferrer, Eduardo. "La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad y no regresividad (a propósito del caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala)". *Boletín mexicano de derecho comparado* 2019.
- Mac-Gregor, Eduardo Ferrer, La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

- Mac-Gregor, Eduardo Ferrer. "Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal." *Revista IIDH* 59, 2014, 29-118.
- Mac-Gregor, Eduardo Ferrer. *Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica: a 200 años del Tribunal de Ario de Rosales*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- Mann, Jonathan M. *Health and human rights*, 1996.
- Mann, Jonathan M. *Public Health: leadership is a global issue*, 1997, *Lancet*, 350.
- Mann, Jonathan. "A new journal: a new beginning", *Health & Hum. Rts.*, vol. 1, 1994.
- Mann, Jonathan, Gruskin, M. Grodin y G. Annas (eds), *Health and Human Rights: A Reader*, Nueva York y Londres, Routledge, 1999
- Marks, Stepehn citado en Gruskin, Sofia y Tarantola, Daniel, "Health and Human Rights" en Gruskin, Sofia et al., editores, *Perspectives on Health and Human Rights*, Nueva York, Routledge, 2005. La traducción es mía.
- Martínez Bullé Goyri, Víctor M., "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales" en *Derechos económicos, sociales y culturales. Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores-Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2005.
- Martínez Ramírez, Fabiola, *El juicio de amparo, su naturaleza jurídica y relación con los tribunales constitucionales en González Oropeza, Manuel, and Eduardo Ferrer Mac-Gregor, El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia, tomo II*, 2019.
- Medina Arellano, María de Jesús, *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Cuaderno 84, Derecho a la salud*, 2016.
- Meier, Benjamin Mason, et all, *Rights Based Approaches to Public Health Systems*, *Rights Based Approaches to Public Health*, 2010.
- Melo, Gabriel S. Galán. "La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Evolución de su aplicación en la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Iuris Tantum*, 2019.
- Mezzich, J.E., *Positive Health: Conceptual Place, Dimensions and Implications*. *Psychopathology*, 2005.
- Moctezuma Barragán, Gonzalo, *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*, 2ª ed., México, UNAM, 2000.
- Montiel, Lucía. "Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria". *Revista IIDH* 40.1, 2004.
- Moyn, Samuel. *The last utopia*. Harvard University Press, 2010.

- Nancy, Heckel, Cairns, Gail, Disposiciones sobre la salud en las constituciones del mundo. Salud pública de México, 1986, vol. 28, no 4.
- Narro Robles, José, Derechos y políticas sociales, Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo, Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego, UNAM-EI Colegio Nacional, México, 2011.
- Nelson, William M., La Justificación de la Democracia, citado en Habermas, Jürgen, Validez, eficacia y legitimidad de la norma jurídica: ¿Qué la hace exigible? Revista Barco de papel II etapa III, diciembre, 2005.
- Ngwena, Charles, and Rebecca Cook. "Rights concerning health". Socio-economic rights in South Africa, Pretoria University of Law Press, Pretoria, 2005.
- Niebrój LT, Defining Health/Illness: Societal and/or Clinical Medicine?, Journal of Physiology and Pharmacology, 2006.
- Nordenfelt, L. On holism and conceptual structures. Scandinavian Journal of Public Health, 1997.
- O'Donnell, M.P., Definition of health promotion: part III: expanding the definition, American Journal of Health Promotion, 1989.
- Observatorio de Política Social y Derechos Humanos, 2009.
- OMS. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Organización Mundial de la Salud, 1972.
- OMS. Strengthening health systems to improve health outcomes: WHO's framework for action (fortalecimiento de los sistemas de salud para mejorar los desenlaces en salud: el marco de acción de la OMS). Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2007
- ONU, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt. A/HRC/4/28.
- ONU. Los DESC Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos, Serie de Capacitación Profesional n.º 12, Nueva York y Ginebra, 2004, consultado el 29 de abril de 2021 en <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12sp.pdf>
- Organización Mundial de la salud. Declaración de Alma-Ata. Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata: OMS; 1978. Disponible en: <http://whqlibdoc.who.int/publications/9243541358.pdf>
- Otto, Dianne. "Linking health and human rights: A critical legal perspective." Health and Human Rights, 1995.
- Ozar, David T., Justice and a universal right to basic health care, Social Science & Medicine. Part F: Medical and Social Ethics, 15.4, 1981.

- Parceró, Juan Antonio Cruz. "Los derechos sociales y sus garantías: un esquema para repensar la justiciabilidad." Monteros, Javier Espinoza de los; Ordóñez, Jorge. Los derechos sociales en el Estado Constitucional. Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 2013.
- Parra Vera, Oscar, La protección del Derecho a la Salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Laura Clérico, et al coord., Tratado de Derecho a la Salud, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
- Parra Vera, Oscar. El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad, Courtis C, comp. Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.
- Peña, Freire, Antonio, Manuel, La garantía en el Estado constitucional de derecho, Madrid, Trotta, 1997.
- Piovesan, Flavia, Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos. Sur Revista de Derechos Humanos", 2004.
- Pisarello, Gerardo, Los derechos sociales y sus garantías, Madrid, Trotta, 2007
- Pisarello, Gerardo. "Los derechos sociales y sus enemigos: elementos para una reconstrucción garantista". AAVV, Defender y repensar los derechos sociales en tiempos de crisis. Barcelona: Observatorio DESC, 2009.
- Rabasa Salinas, A., Camaño, D., Carrillo, J., y Medina, R. (2020). Contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano. Cuadernos de Jurisprudencia, serie Derechos Humanos, no. 3. México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. <http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/2020/000300032/000300032.pdf>
- Rangel, Laura, Notas sobre la justiciabilidad y construcción jurisdiccional del derecho a la protección de la salud en México en
- Raz, Joseph, The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- Rentería Díaz, Adrián. "Derechos Humanos: Justificación y garantías". Isonomía 28, 2008.
- Riedel, Eibe, The human right to health: conceptual foundations, Realizing the right to health, Zurich, Rüffer and Rub, 2009.
- Robles, Magda Yadira. El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014), Cuestiones constitucionales, 2016, vol. 35
- Roemer, Rith, El derecho a la atención médica en Fuenzalida-Puelma y SS Connor (eds) El derecho a la salud en las Américas: Un estudio constitucional comparado, 1989.

- Roldán Xopa, José en Sociología del derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Volumen II, Regulación, cultura jurídica, multiculturalismo, pluralismo jurídico y derechos humanos, José Antonio Caballero Juárez et al (coord.), UNAM-IIJ, México, 2010.
- Rosillo, Alejandro, Derechos humanos desde el pensamiento latinoamericano de la liberación, tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2011.
- Rubenson, Birgitta, Health and human rights, Sida, 2002.
- Ruiz Massieu, José Francisco, Cuestiones de Derecho Político (México y España), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, estudios doctrinales, número 144, UNAM, México, 1993.
- Ruiz Massieu, José Francisco, Nuevo Derecho Constitucional, México, Porrúa, 1983.
- Ruiz-Massieu, José Francisco, El contenido programático de la Constitución y el nuevo Derecho a la Protección de la Salud, Salud Pública de México, Vol. 25, No. 4, 1983.
- Sade, Robert. "Is health care a right? negative response, Image 7.1, 1974.
- Sanabria-Moyano, Jesús Eduardo; Merchán-López, Cindy Tatiana; Saavedra-Ávila, Mayra Alejandra. Estándares de protección del Derecho Humano a la salud en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Ágora, 2019, vol. 19, no 1;
- Sánchez Cordero De García Villegas, 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. Participación en el Simposio Internacional "Por la calidad de los servicios médicos y la mejoría de la relación Médico Paciente", celebrado en el Auditorio Jaime Torres Bodet Del Museo Nacional de Antropología e Historia en la Ciudad de México, el 9 de octubre de 2000.
- Sánchez, Paula Andrea Roa, El derecho a la salud en la Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿progreso o exceso? Online, 2019, vol. 38, no 1.
- Sandoval, Arely, and Carlos De la Torre, Los derechos económicos, sociales y culturales, exigibles y justiciables, 2010.
- Santaella Quintero, Héctor. La línea jurisprudencial como instrumento esencial para conocer el Derecho. 2 Docencia y Derecho, 2016, no 10.
- Saracci, R. "The World Health Organization Needs to Reconsider Its Definition of Health." BMJ (Clinical research ed.) 314.7091, 1997.

- Saura Estapá, Jaume, La exigibilidad jurídica de los Derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales, 2011.
- Sen, Amartya. Desarrollo y libertad. 3a . ed. Barcelona, España: Editorial Planeta; 2000.
- Sepulveda, Magdalena, The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Amberes, Intersentia, 2003.
- Shinn, Carolynne, The Right to the Highest Attainable Standard of Health: Public Health's Opportunity to Reframe a Human Rights Debate in United States, en Health and Human Rights. An International Journal, Boston, vol. 4, núm. 1, 1999.
- Suero Alva, José Saturnino, Contradicciones de Tesis Jurisprudenciales, Concepto y breves antecedentes históricos de la jurisprudencia en México. Instituto de la Judicatura Federal, México, 2018.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2020). Cuadernos de jurisprudencia núm. 1, Libertad de expresión
- Tarantola, Gruskin Sofia, Health and Human Rights, en Grodin, Michael, et al., eds. Health and human rights in a changing world. Routledge, 2013.
- Toebes, Brigit, Hacia una mejor comprensión del derecho humano internacional a la salud, 1999, 21 Human Rights Quarterly.
- Toebes, Brigit, The Right to Health as a Human Right in International Law. Antwerp/Groeningen/Oxford: Intersentia-Hart, 1999.
- Toebes, Brigit. "The right to health and the privatization of national health systems: A case study of the Netherlands". Health and Human Rights, 2006.
- Toebes, Brigit. The right to health en Economic, social and cultural rights, Brill Nijhoff, 2001.
- Trindade, Antonio Augusto Cansado, La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional, Lecciones y ensayos, 1997, no 98.
- Van Boven, citado por Leary, Virginia A., The Right to Health in International Human Rights Law, en Health and Human Rights, Boston, vol. 1, núm. 1, otoño de 1994. Traducción propia.
- Veil, Simone, A personal perspective on human rights and health, Health & Human Rights, 1996, vol. 2.
- Velásquez, Raúl, Hacia una nueva definición del concepto "política pública", en Revista Desafíos, Bogotá, Colombia, 2009.

- Ward, Andrew, Pamela Jo Johnson, and Mollie O'Brien. "The normative dimensions of health disparities." *Journal of health disparities research and practice*, 6.1, 2013.
- Wilson, Barbara, *Social determinants of health from a rights-based approach, Realizing the right to health*, Rüffer and Rub, Zurich, 2009.
- Winslow, Charles, citado por Velázquez García, José Miguel (colaborador), *El acceso a la salud y el bienestar en México, como parte de los Derechos Fundamentales*, Movimiento Ciudadano, México, 2013.
- Witker, Jorge. *Juicios orales y derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- Yamin, "Viajes hacia la ciudad espléndida", *Human Rights Quarterly* 26, 2004 Hannum 'La DUDH en el derecho nacional e internacional, 1998, 3 (2) *Salud y Derechos Humanos*.
- Yamin, Alicia Ely. *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina: del invento a la herramienta*. IDRC, 2006.

MARCO NORMATIVO

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Observación General 14. Ginebra: CESCR; 2000. (E/C. 12/2000/4). *Salud colectiva*, Buenos Aires.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Cumbre de Río de Janeiro (1992). Agenda 21.

Declaración de Alma Ata, Conferencia internacional sobre atención primaria de salud, Alma-Ata, URSS, 1978.

Declaración de Quito, Acerca de la exigibilidad y realización de los DESC en América Latina y el Caribe, Quito, Ecuador 24, 1990.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la LGS y de la Ley de los Institutos Nacionales de Salud, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de noviembre de 2019.

Informes de los relatores especiales sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de Paul Hunt y de Anand

Grover, en los que se da cuenta de distintas problemáticas a las que se enfrenta en su satisfacción este derecho. Véase

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>,
<https://www.who.int/nmh/events/2014/rapporteur.pdf> y <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/076/04/PDF/G1707604.pdf?OpenElement>

Ley General de Salud

Norma Oficial Mexicana NOM-017-SSA2-2012, Para la vigilancia epidemiológica.

Observación general N° 14 sobre el derecho a la salud, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000.

PROGRAMA de Reforma del Sector Salud 1995-2000 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de marzo de 1996, en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4875243&fecha=11/03/1996

Programa Nacional de Salud 1984-1988 publicado en el Diario Oficial el 23 de agosto de 1984.

Programa Nacional de Salud 1990-1994". Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 1991, en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4698929&fecha=11/01/1991

Programa Nacional de Salud 2001-2006. "Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de septiembre de 2001, consulta el 29 de abril de 2021 a las 23:00 horas en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=761184&fecha=21/09/2001

Programa Sectorial de Salud 2007-2012 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 2008, consulta el 29 de abril de 2021 a las 23:00 horas en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5028687&fecha=17/01/2008

Programa Sectorial de Salud 2013 a 2018 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de diciembre de 2013, consulta el 29 de abril de 2021 a las 23:00 horas en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5326219&fecha=12/12/2013

Programa Sectorial de Salud 2020-2024 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de agosto de 2020, consulta el 29 de abril de 2021 a las 23:00 horas en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5598474&fecha=17/08/2020

Programas sectoriales de Salud, "Programa Nacional de Salud 1984-1988". Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de agosto de 1984, consulta el 29 de abril de 2021 a las 23:00 horas en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4684764&fecha=23/08/1984#:~:text=El%20prop%C3%B3sito%20del%20Programa,social%20de%20os%20grupos%20vulnerables%2C

Protocolo de San Salvador. Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales, Protocolo de San Salvador. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturales, 1988.

Reglamento de Control Sanitario de Productos y Servicios

Reglamento de Insumos para la Salud

Reglamento de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario para la Producción, Investigación y Uso Medicinal de la Cannabis y sus Derivados Farmacológicos y demás instrumentos normativos en salud

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Sanidad Internacional

Reglamento en Materia de Registros, Autorizaciones de Importación y Exportación y Certificados de Exportación de Plaguicidas y Nutrientes Vegetales y Sustancias y Materiales Tóxicos o Peligrosos

Sentencia SU047/99 de la Corte Constitucional de Colombia. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU047-99.htm>

SENTENCIAS ANALIZADAS

- Amparo administrativo 1157/2007-II
- Amparo Directo 195/2017
- Amparo directo 2/2012
- Amparo directo 251/2011
- Amparo directo 51/2013
- Amparo directo 584/2013
- Amparo directo en revisión 10/2012.
- Amparo directo en revisión 1200/2014
- Amparo directo en revisión 195/2017.
- Amparo directo en revisión 2357/2010
- Amparo directo en revisión 3516/2013
- Amparo en revisión 1019/2006
- Amparo en revisión 1049/2017

- Amparo en revisión 1068/2011
- Amparo en revisión 1070/2008
- Amparo en revisión 115/2008
- Amparo en revisión 117/2012
- Amparo en revisión 1215/2008
- Amparo en revisión 123/2009
- Amparo en revisión 1233/2016
- Amparo en revisión 1291/2015
- Amparo en revisión 133/2017
- Amparo en revisión 1338/2005
- Amparo en revisión 136/2015
- Amparo en revisión 158/2014
- Amparo en revisión 160/2009
- Amparo en revisión 1631/2005
- Amparo en revisión 173/2008
- Amparo en revisión 1751/2005
- Amparo en Revisión 180/2016
- Amparo en revisión 1803/2005
- Amparo en revisión 1835/2005
- Amparo en revisión 192/2013
- Amparo en revisión 1982/2005
- Amparo en revisión 201/2020
- Amparo en revisión 203/2016
- Amparo en revisión 2162/2014
- Amparo en revisión 223/2011
- Amparo en revisión 2231/1997
- Amparo en revisión 2237/2005
- Amparo en revisión 226/2020
- Amparo en revisión 227/2020
- Amparo en Revisión 230/2011
- Amparo en revisión 234/2009
- Amparo en revisión 237/2014
- Amparo en revisión 240/2018
- Amparo en revisión 243/2019
- Amparo en revisión 251/2016
- Amparo en revisión 307/2016
- Amparo en revisión 314/2012

- Amparo en revisión 315/2010
- Amparo en revisión 342/20
- Amparo en revisión 343/2019
- Amparo en revisión 347/2015
- Amparo en revisión 349/2014
- Amparo en revisión 350/2014
- Amparo en revisión 351/2014
- Amparo en revisión 365/2014
- Amparo en revisión 373/2017
- Amparo en Revisión 378/2014
- Amparo en revisión 416/2019
- Amparo en revisión 544/2018
- Amparo en revisión 57/2019
- Amparo en revisión 5858/2005
- Amparo en revisión 611/2015,
- Amparo en revisión 648/2017
- Amparo en revisión 7/2009
- Amparo en revisión 737/2012
- Amparo en revisión 856/2016
- Amparo en revisión 858/2006
- Amparo en revisión 864/2016
- Amparo en revisión 921/2014
- Amparo en revisión 932/2008
- Amparo en revisión 932/2014
- Amparo en revisión 96/2009
- Amparo en revisión 97/2009
- Amparo en revisión 123/2009
- Contradicción de tesis 238/2013
- Contradicción de tesis 386/2009
- Contradicción de tesis 39/2021
- Contradicción de tesis 459/2009
- Contradicción de tesis 517/2019
- Contradicción de tesis 93/2011.
- Incidente de inejecución de sentencia 10/2016
- Queja 99/2016
- Queja 123/2016
- Queja 124/2016