



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**  
**PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**La salud, un derecho humano fundamental.**  
**Alcances, implicaciones y mecanismos de protección.**

**TESIS**

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:

**MAESTRO EN DERECHO**

PRESENTA:

**EL LIC. IVÁN GONZÁLEZ DEL VALLE**

**TUTOR DE TESIS: DR. ADRIÁN RENTERÍA DÍAZ**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MÉXICO, D.F., ABRIL, 2015.**



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.

A Mónica y Ana Sofía,  
mis más grandes motivaciones.

## AGRADECIMIENTOS

**A mis tres pilares, María Luisa, Mónica y Ana Sofía**, quienes me han ayudado a definir y realizar de manera plena mi esencia y existencia a través del tiempo, puesto que lo cual no puedo estar más de acuerdo con Heidegger en este punto, ya que el pasado, el presente y el futuro es lo que definen a una persona.

Esta dimensión o estadía en el tiempo, se detalle en lo que aprendimos, lo que tenemos y lo que buscamos; sin lugar a dudas estas tres etapas están bastante definidas en mi vida, son tres mujeres inexpugnables las que ocupan y ocuparan por siempre mis pensamientos y decisiones en este mundo y a las que les debo mucho más que gratitud, les debo mi felicidad y mis sueños, mi pasado, mi presente y mi futuro, la existencia no sería tan maravillosa sin estas mujeres en mi vida.

No empiezo por trascendencia ya que las mismas están fuera de una escala, empiezo por el tiempo que marcaron en mí existir.

El pasado que forjo mi presente y trazo los caminos de mi futuro, tiene un nombre, María Luisa, más allá de ser mi abuelita, extraordinaria madre de mi madre, y matriarca de la familia, es la gran causante de lo que soy y de lo que tengo, valores e ideales, respeto y educación, amor y lealtad, todo ello nos lo enseñó a la familia con su ejemplo; una persona más que entrañable, una amiga, una mujer noble, leal, dedicada, amorosa, una abuela intachable, sin lugar a dudas la mejor persona que he conocido en mi vida.

Sin el pasado que me formo, mi presente no sería tan maravilloso, esta magnífica etapa de mi vida también lleva un nombre, Mónica, la mujer más admirable, inteligente, hermosa, leal, confiable, directa, apasionado de la vida, sonriente, en fin, mi mujer perfecta, que además de poseer virtudes personales es una profesional exitosa, destacada y por si fuera poco también lleva un rol de madre encomiable, mi esposa, es mi hoy, un hoy que me ayuda a ser mejor y que siempre saca lo mejor de mí, siempre me conmina a ser mejor, siempre nos ponemos retos y siempre juntos los hemos alcanzado y que día a día me permite ser mejor por sus consejos y porque no sus críticas, es indiscutiblemente la mujer de mi vida, ni las novelas de Byron pudieran definir esta majestuosidad de mujer, como dice Stendhal, una mujer extraordinaria que no está sujeta a reglas ordinarias, gracias amor por todo tu apoyo y al lugar donde hemos llegado, porque sin ti, esto habría sido todavía más complicado, te amo Mónica.

La temporalidad tiene un fin, una meta, un objetivo, un futuro, una razón de ser, de continuar y de ir siempre por más, esa añoranza de felicidad es mi Sofi, el fruto de mi presente y la semilla del futuro, la luz que puede iluminar toda la oscuridad, la esperanza, la dicha de toda pareja. Es cierto cuando dicen que la plenitud de un hombre está en su estirpe, en las alegrías y satisfacciones que ofrecen los hijos, en el aprendizaje y la madurez que les dan, es mi motor, es un motivo para ser mejor, es el camino que trace desde mi pasado hasta su porvenir, es la inspiración de todos mis actos, es simplemente la luz que ilumina mi vida, es mi hermosa e inteligente bebe.

Sin lugar a dudas, esta tríada es la que me mueve y me seguirá moviendo en cada acto de mi vida, son y serán las razones de mi existencia pasada presente y futura.

No solo el tiempo, es uno de los factores que determinan el camino de una persona, también están aquellos puntos cardinales que lo ubican, que le sirven de guía a uno para iniciar un camino. Elementos sine qua non para elegir rumbo, brújulas que nos ayudan para orientar el viaje.

Sería malagradecido si situara por encima a estas dos personas, de la temporalidad, son cuestiones distintas, son herramientas distintas, y ante todo enseñanzas y sentimientos tan dispares pero a la vez tan trascendentes en mí, estos mentores y proveedores durante gran parte de mi vida y que sin ellos no podría haber continuado hasta llegar a este punto, son mis padres, Noé y Julia.

Hago la distinción de cada uno de ellos, porque así se lo merecen, empiezo con mi padre, porque ahora sé lo que es uno, una persona seria, pero capaz de dar todo por sus hijos, un esfuerzo más que extraordinario que ha hecho por sacar adelante a su familia por encima de un interés propio, una persona trabajadora, con un objetivo, ver por su familia siempre, y lo logró, tres hijos profesionistas con valores, una verdadera cultura del esfuerzo, de la necesidad, un buen padre, que me dio todo con lo que poco, que cuando lo necesite siempre estuvo ahí, me dio pescado y sobre todo me enseñó a pescar y a dar todo por mi familia, un ejemplo de responsabilidad, de gallardía y sobre todo de amor. Gracias papa.

De mi madre, pudiera llenar un libro completo, pero no sería suficiente, una mujer luchona, alegre, impetuosa, sin miedo, que me enseñó a ir siempre por lo que quiero, a no dejarme caer, a seguir luchando, a exigir siempre lo mejor de mí, a contestar con una sonrisa cualquier agravio, a ver siempre lo bueno de las cosas, a enorgullecerme de todos los logros personales y no personales, a no ser envidioso, a ser una buena persona tal y como lo es ella, a ser propositivo, original, humilde y bueno que me forjo un carácter, te agradezco todo lo que has dado por mi mama, por la vida que he tenido a tu lado y por la confianza que siempre me has tenido, gracias totales.

Aún faltan muchas piezas torales de esta formación, pilares que sostienen mi vida, que sirvieron como sustento de una fastuosa construcción que es el momento en el que me encuentro, sin lugar a dudas dos de los sostenes son mis hermanos, Oziel y Nancy. El primero de ellos un verdadero ejemplo no solo de hermano sino de persona, crecí y sigo creciendo admirándolo, todo lo que ha conseguido personal y profesionalmente me alienta para seguir en la misma senda que él, un hermano y padre genial, inteligente y dedicado a su familia, un orgullo para mí. Gracias Oso.

Mi hermana Nancy, un ejemplo digno de realización, de éxito profesional, de lucha constante y de sueños alcanzados, un mujeron, inteligente, dedicada, estudiosa, que no se deja de nadie, que su trabajo lo hace con mucha dedicación y alegría y que no se deja caer por nada, que siempre cuando la he necesitado ha estado ahí para apoyarme, que me mostró con su ejemplo la independencia, que cuidó de mí desde pequeño y que nunca permitió que me pasara nada,

muchas gracias hermana por las grandes cosas que hemos vivido y espero sigan siendo muchas más historias llenas de éxito, te quiero Nan.

Mi familia no estaría completa, sin todos mis tíos José Antonio, Rosa María, Rubén, Luis, Vero y Bárbara, a quien doy gracias por esta felicidad continua y por su enorme apoyo, todos y cada uno de ellos siempre han creído en mí, han confiado en mí y siempre han estado en todos los momentos, los buenos y los no tan buenos, pero siempre juntos como familia, muchas pero muchas gracias por ser parte de mi vida y sobre todo por compartirla como lo hemos hecho durante tantos años como una familia, una familia envidiable, muy alegre y muy luchona, los quiero un buen a todos.

A Abraham, un primo que siento más como mi hermano menor, una persona con la que he disfrutado muchas cosas en la vida, un excelente amigo, un gran confidente, un apoyo en todos los aspectos, una parte medular de mi infancia y adolescencia, a quien le agradezco siempre su disposición para ayudarme, a quien lo tengo en un lugar especial, muchas gracias primete por estar en mi vida.

A mis primos Rubén, Haydee, Bere, Dafne, por tan buenos momentos en familia, los quiero mucho, gracias por todo.

A mis amigos, la vida te va dando hermanos no consanguíneos, esos son los amigos, tengo la fortuna y la dicha de tener en este plano a grandes personas, leales y sobre todo interesados en los demás, en sus amigos, el espacio no me alcanzaría para señalar a todos, sin embargo, le doy las gracias a los que han marcado y vivido grandes cosas conmigo, Javier, Jorge, Juan, Luis, Alberto, Abril, Alejandro, por más que ser mis amigos, ser un apoyo constante y una parte importante de la alegría que he disfrutado y de los éxitos que hemos cosechado, muchas gracias amigos por estar.

A mi jefe, Leonardo, por todo su apoyo y por las oportunidades brindadas, sin este sostén, no habría llegado hasta este momento, muchas gracias amigo por la confianza, no la defraudare nunca; también le doy gracias a mi equipo de trabajo, ya que su esfuerzo y dedicación me han permitido continuar con mis dos laborales, la cuestión académica y la profesional, gracias por su dedicación en el día a día y por los resultados, gracias a todos.

A mi tutor, el Dr. Adrián Rentería, por su guía en la conducción de esta tesis, por el apoyo y el interés mostrado durante toda la investigación, por los comentarios y sobre todo por enseñarme en estos 3 años parte de sus conocimientos, muchas gracias Dr. Rentería, además de un gran maestro una excelente persona.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, que sin más ni más me ha dado todo, amigos, conocimientos y las bases de mi formación profesional, un verdadero orgullo estar en la mejor universidad del país, la cual cuenta con extraordinarios maestros, muchos de los cuales tuve el honor de ser su alumno.

# ÍNDICE

## LA SALUD, UN DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL. ALCANCES, IMPLICACIONES Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN.

Introducción. .... 1

### PRIMERA PARTE.

#### “DE LOS DERECHOS EN GENERAL”

Capítulo I: El cambio de paradigma de los ordenamientos jurídicos modernos: el hombre como fuente y valor del derecho, la concepción de un sujeto de derechos. ..... 1

- El momento en que el Derecho empezó a transformarse, el inicio del cambio del paradigma del Derecho a la noción de los derechos de los sujetos. .... 15
- Del cambio de paradigma al enigma. .... 23

Capítulo II. Hacia una definición de los derechos: el derecho subjetivo. ..... 33

- Una primera aproximación a la idea de los derechos de los sujetos: el concepto de derecho subjetivo. .... 34
- La aparición del concepto del derecho subjetivo. Su desarrollo conceptual en la Escolástica española. .... 40
- Los derechos subjetivos en la Ilustración. .... 43
- El positivismo y el concepto del derecho subjetivo en el siglo XIX. .... 46
- Concepciones modernas del término “derecho subjetivo”. .... 49
- Desentrañando el concepto del derecho subjetivo. Un análisis de la explicación hohfeldiana. .... 54
- Derecho subjetivo en sentido estricto. .... 57
- Pretensiones. .... 58
- Potestades. .... 61
- Facultades. .... 63
- Inmunidades. .... 64
- Deberes. .... 66

Capítulo III. La visión metajurídica de los derechos. ..... 69

- Otra clasificación de los derechos subjetivos. La visión filosófica. .... 69
- Privilegios. .... 70
- Libertades fundamentales. .... 72
- Títulos. .... 73
- Triunfos. .... 75
- Reivindicaciones. .... 76
- Conclusión de los derechos de los sujetos. .... 79
- La naturaleza de los derechos de los sujetos. ¿Se configuran cómo derechos positivos o cómo derechos naturales? ..... 82
- ¿Los derechos de los sujetos son derechos naturales? ..... 84
- ¿Derechos subjetivos igual a derechos positivos? ..... 89
- Críticas a estas dos nociones de la naturaleza de los derechos. .... 96
- Reparos en torno al concepto de derecho subjetivo como derechos positivos. .... 96
- Crítica a la noción de los derechos naturales. .... 100
- El fin de la disputa positivista vs iusnaturalista: el reconocimiento positivista de los derechos inmanentes de la persona. .... 104

Capítulo IV. La fundamentalidad de los derechos ¿Qué son los derechos fundamentales? ..... 111

- Un análisis de la respuesta desde la perspectiva de la teoría del derecho. .... 113
- La explicación de los derechos fundamentales a través del derecho positivo. .... 114
- La visión de la filosofía política respecto a los derechos fundamentales. .... 114
- ¿Qué significa que los derechos sean fundamentales? ..... 115
- Condición humana. .... 120
- Justicia. .... 122
- Dignidad. .... 125



- Desarrollo humano. .... 126
- Bienestar..... 127
- Las garantías de los derechos fundamentales: garantías primarias y garantías secundarias en la teoría de Luigi Ferrajoli. .... 129
- De las garantías. .... 130
- Las garantías “políticas” o primarias..... 133
- Las garantías secundarias. .... 135
- Las garantías sociales. .... 136

**SEGUNDA PARTE.**  
**“EL DERECHO A LA SALUD”**

Capítulo V: El derecho a la salud, un derecho humano fundamental. Implicaciones y alcances. ..... 139

- Epílogo al derecho a la salud. .... 139
- Clasificación de los derechos humanos. .... 143
- Los Derechos Civiles y Políticos. .... 145
- Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. .... 148
- El bien humano básico a garantizar: la salud. .... 150
- La relevancia jurídica de la salud. .... 157
- ¿Derecho a la salud o derecho a la protección de la salud? ..... 163

Capítulo VI. La normatividad del derecho a la salud. ..... 177

- El Derecho a la salud en la legislación internacional. .... 177
- La internalización del derecho a la salud como un derecho a la protección. .... 182
- El derecho a la salud en México. .... 185
- Época prehispánica. .... 186
- Época colonial. .... 188
- México independiente. .... 188

• Época revolucionaria. ....	190
• Época actual. ....	191
• La naturaleza jurídica del derecho a la protección a la salud en México. Su devenir conceptual en el ordenamiento jurídico mexicano. ....	195
• El tratamiento teórico sobre el derecho a la protección a la salud en México. ....	198
• El derecho a la protección de la salud como garantía social. ....	199
• El derecho a la protección de la salud como garantía individual. ....	213
• El Derecho a la salud como un derecho humano fundamental. ....	216
• Implicaciones de la reforma en materia de derechos humanos del 10 de junio del 2011. ....	218
<u>Capítulo VII. La fundamentalidad del derecho a la salud.</u> .....	221
• Implicaciones y alcances del derecho a la salud. ....	227
• Inclusividad y conexidad del derecho a la salud. ....	230
• Inclusividad. ....	231
• Conexidad. ....	239
• Principios adyacentes del derecho a la salud. ....	242
• No discriminación. ....	243
• Progresividad. ....	244
• No regresividad. ....	245
• ¿Para qué nos sirve la titularidad del derecho a la salud?.....	246
• Reportes en salud e Indicadores sobre el estado que guarda la misma. ....	249
• Reportes. ....	249

**TERCERA PARTE.**  
**“LA EXIGIBILIDAD Y JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD”**

Capítulo VIII: Los mecanismos de protección del derecho a la salud, hacia una plena exigibilidad del derecho a la salud por parte de sus sujetos obligados. ..... 257

- Preámbulo. .... 257
- ¿Derechos imposibles? ..... 267
- Falta de eficacia directa. .... 271
- Dependencia económica. .... 274
- Falta de contenido esencial. .... 277
- Ausencia de mecanismos jurisdiccionales en el supuesto de violaciones. .... 281
- Reduccionismo a acciones positivas. .... 284
- Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el derecho a la salud). ¿Son derechos humanos fundamentales? ..... 287

Capítulo XIX. Conceptos relacionados con la exigibilidad y el cumplimiento del derecho a la salud. ..... 293

- Eficacia. .... 294
- Eficacia directa e indirecta. .... 298
- Eficacia normativa, social e ideológica. .... 301
- Efectividad. .... 303
- La exigibilidad del derecho a la salud. .... 308
- Tutela legislativa. .... 314
- Tutela administrativa. .... 319
- Políticas públicas. .... 319
- Acciones programáticas. .... 330

<u>Capítulo X. La corresponsabilidad de los titulares en el ejercicio y protección del derecho a la salud.</u> .....	335
• La Justiciabilidad del Derecho humano a la salud. ¿Cuáles son los mecanismos jurisdiccionales de protección del derecho a la salud? .....	345
• Precedentes relevantes emitidos por el Poder Judicial de la Federación.....	349
• Reflexiones finales sobre la exigibilidad y justiciabilidad del derecho a la salud. ....	363
• Conclusiones. ....	369
• Bibliografía. ....	373

- No basta entender racionalmente,  
hay que comprender participativamente -  
Habermas<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

Cuando alrededor del mundo se escucha la frase “derechos humanos”, de manera inmediata vienen a la mente de las personas los ideales morales y políticos más altos, relacionados por lo regular, con una serie de libertades fundamentales pero también con una especie de protección social y sobre todo de bienestar y desarrollo humano.

Pero eso no es todo, esta apelación a los derechos humanos implica todavía más para los seres humanos, esta expresión sin lugar a dudas contiene una carga axiológica muy grande para el quehacer político y social, en donde el discurso humanitario de los derechos de los sujetos tiende a convertirse en el núcleo de la agenda pública de los Estados para mejorar el mundo, estableciéndolos como piedra de toque para la consecución de una nueva era, en donde la dignidad de cada individuo sea fundamental.<sup>2</sup>

En consecuencia, los derechos humanos se convierten en las más altas aspiraciones y promesas de una mejor vida, preceptos que brindan esperanza a la condición humana. Por lo que, si los derechos humanos significan algo, estoy seguro que es respeto y preocupación por la condición humana, por la protección y conservación de lo humano que obra en cada sujeto.

Bajo estas circunstancias, los derechos de los sujetos se vuelven una responsabilidad de realización de todos los miembros de la humanidad, tanto de aquellos que forman parte del Estado y de aquellos que no, es decir de la

---

<sup>1</sup>Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I, racionalidad de la acción y racionalización social*, trad. Manuel Jimenez Redondo, Taurus, España, 1998, p. 70.

<sup>2</sup> Moyn, Samuel, *The last utopia: Human rights in history*, Harvard University Press, 2012.

sociedad civil e inclusive del individuo mismo, siendo una irresponsabilidad no tomarlos en cuenta en las discusiones político-sociales y jurídicas.

Los derechos de los sujetos, hoy en día denominados derechos humanos, no son para poco, no son solamente un discurso jurídico o político, ni mucho menos se configuran como una utopía o una idolatría<sup>3</sup>, ya que los mismos en la actualidad se convierten en los más importantes estándares de batalla para la preservación y desarrollo de la condición humana; entonces, no sobra decir que se conceptualizan como normas básicas de bienestar de la humanidad.

Este hecho de resaltar los derechos humanos no es para menos, ya que éstos se encuentran alrededor de gran parte de la vida de cada uno, basta con analizar un poco la relevancia que los mismos tienen en nuestro quehacer diario, premisas que van desde el bienestar, la protección, la libertad hasta el desarrollo, ya sea en lo político, lo civil, lo económico, social e inclusive lo cultural. Los derechos humanos están aquí y ahora para coadyuvar con el trato humanista que se debe cada individuo con el otro, trato digno que permita a los sujetos un estado de bienestar y en consecuencia una vida plagada de desarrollo.

Si bien es cierto que los derechos humanos contemplan gran parte de nuestras actividades, lo cierto también es que se vuelve imposible darle un tratamiento teórico a cada uno de ellos en este trabajo, por lo cual centraré mis esfuerzos en hablar de uno de los bienes que estimo más fundamentales para la cuestión de bienestar y desarrollo que tienen los seres humanos: la salud.

La salud, a lo largo de la historia, ha sido un tema de preocupación inminente para el mundo entero dada la innumerable cantidad de fenómenos que se le presentan a diario a los seres humanos, no importando el lugar ni las condiciones en que éstos se encuentren; problemáticas que al igual que los derechos humanos van

---

<sup>3</sup> Respecto a la idea de que los derechos humanos son una idolatría Veáse Ignatieff, Michael, *Human rights as idolatry*, Princeton University, April 4–7, 2000.

desde lo político y lo social, hasta lo económico e inclusive lo cultural. En este orden de ideas, existe un sinnúmero de pormenores que influyen de manera negativa en el bienestar de los individuos, entre los que se encuentran aquellos que causan afectaciones severas a su salud, y en consecuencia al desarrollo humano.

Ahora bien, es importante señalar algunos de los factores que ponen en riesgo el estado de bienestar físico, mental y social de las personas: enfermedades transmisibles, respiratorias, cardiovasculares; riesgos sanitarios que ponen en peligro la salud y la vida; efectos nocivos de los factores ambientales en la salud; falta de calidad en la atención médica; alimentos inocuos y nutrición inadecuada; falta de saneamiento básico y salud ocupacional; adicciones como el alcoholismo, el tabaquismo y la drogadicción; agresiones directas a las personas; entre un sinnúmero de cuestiones más, las cuales llegan a perjudicar la salud de los individuos ya sea de manera aguda o grave.

Es menester precisar, que estas circunstancias de afectación a la salud se encuentran de una u otra manera previstas en la legislación sanitaria; es decir, la normatividad en esta materia se encarga de regular los factores de afectación a la salud a través de determinados requisitos; rama del derecho que tiene como finalidad la preservación del bienestar físico y mental de la persona, para contribuir con ello al pleno ejercicio pleno de sus capacidades; al igual que la prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana mediante la protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuvan a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social; condicionantes basados en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud mediante el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente estas necesidades de la población. A lo anterior se la ha englobado en una rama del derecho conocida como derecho a la salud o derecho sanitario.

Por lo anteriormente expuesto, es indispensable analizar el derecho a la salud, en atención a la trascendencia que reviste este bien tanto para la condición humana como para la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e incluso para la legislación internacional, al considerarse este derecho como un derecho humano fundamental, o bien como lo califica Finnis “un bien humano básico”<sup>4</sup>, un elemento necesario para la supervivencia y desarrollo de todo ser humano.

De esta manera, abundaremos en la prerrogativa constitucional que privilegia a la salud como una convicción relevante de la sociedad y del Estado mexicano, estableciéndose en la Ley suprema mexicana la protección de este bien denominado salud como un derecho humano, ejercicio a través del cual los individuos son capaces de obtener servicios relacionados no solo con su bienestar físico, sino también con su estabilidad mental y social.

Asimismo, no podemos dejar de lado la circunstancia de que al satisfacer de manera plena el derecho a la salud, éste conlleva una serie de efectos relacionados de manera inminente con el abatimiento de la pobreza, la desnutrición, la insalubridad, la enfermedad, etcétera; conllevando con su efectivo cumplimiento a un estado pleno de bienestar humano, consistente en dotar de mayores posibilidades a los individuos de vivir en un constante desarrollo.

Por consiguiente, la presente investigación se elabora en un ámbito holístico para este derecho de bienestar y su posible repercusión en un aspecto práctico, ya que trata de explicar a grandes rasgos en qué consiste el derecho a la salud y sobre todo para qué sirve; es decir, cuáles son los alcances e implicaciones de este derecho, pero sobre todo en que radican sus mecanismos de protección y de prosecución de este derecho humano vital para la condición humana.

---

<sup>4</sup> Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego Sánchez con la colaboración de Raúl Madrid Ramírez, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2000.



A saber, este estudio se integra de tres partes, la primera de las premisas abunda sobre las concepciones teóricas del concepto de derechos, continuando en la segunda parte con su contenido esencial; esto es, cuáles son sus alcances e implicaciones, en qué radica su consideración como un derecho humano fundamental y sobre todo la consideración de que sea parte integrante del mínimo vital de las personas, finalizando en la tercera parte con el análisis de los mecanismos de protección de este derecho consustancial para los individuos, pero no desde un enfoque puramente conceptual sino también en un aspecto filosófico-antropológico.

El capítulo primero, que sirve como soporte de la visión antropológica del derecho que se ofrece, da inicio con el cambio de paradigma del Derecho; esto es, la trasfiguración del derecho visto como un instrumento de control a ser analizado y visualizado como un mecanismo de protección de la dignidad humana, constructo social basado en la dignidad del ser humano, al considerársele al individuo como un fin.

Acto continuo, en el capítulo segundo se realiza un análisis de uno de los enunciados que le da título a este trabajo, es decir, se trabaja en descifrar el significado de los derechos de los sujetos, toda vez que no se puede hablar de la especificidad de un derecho, en este caso del derecho a la salud, sin antes haber comprendido la expresión “tener derecho a”. De lo que este capítulo trata es de resolver el entinema de los derechos, buscando a través de las explicaciones que se han dado sobre la premisa de los derechos, brindar una concepción que apoye la visión humanista del mismo.

Por lo que en un inicio este primer examen a la noción de los derechos de los sujetos, derivará en determinadas preguntas que se intentarán resolver a lo largo de este trabajo; cuestiones cómo ¿En qué consiste que las personas tengan derechos? ¿Qué son los derechos? ¿Cuál es la naturaleza de los derechos? ¿Son inherentes a los hombres o son derivados de los ordenamientos jurídicos? ¿Qué

significa que sean fundamentales? ¿Cómo se protegen los derechos? ¿Qué garantías existen para todas estas clasificaciones de los derechos? Interrogantes en las que ahondaré en los primeros cuatro capítulos de esta investigación.

Los razonamientos de este capítulo están basados principalmente en la explicación del concepto del derecho subjetivo en términos hohfeldianos; es decir, se entra al estudio de la clasificación que este autor realiza de este concepto en: Derecho subjetivo en sentido estricto, Pretensiones, Potestades, Facultades, Inmunidades y Deberes.

El siguiente capítulo, el tercero, aborda el tema de los derechos a partir de la perspectiva filosófica; esto es, de una visión alejada de la teoría del derecho, a lo cual han de explicarse si los derechos de los sujetos consisten en: privilegios, libertades fundamentales, títulos, triunfos o reivindicaciones de la condición humana, procediéndose a emitir una conclusión sobre los mismos y discernir acerca de su naturaleza, si los mismos se constituyen como derechos naturales o positivos, ofreciendo una alternativa a esta diatriba jurídica, consistente en un humanismo jurídico basado en consideraciones objetivas de la condición humana.

Posteriormente en el capítulo cuarto se hace un análisis de los derechos fundamentales, en que radica esta circunstancia tanto en la cuestión jurídica como en la filosófica, tratando temas como la justicia, la dignidad, el bienestar, el desarrollo, al igual que los mecanismos de protección de dichos valores a través de las denominadas garantías jurídicas.

Acto seguido y dando paso a la segunda parte de esta tesis, paso a discurrir y reflexionar en el capítulo quinto sobre el derecho a la salud, en específico sobre su contenido esencial; en qué consisten sus alcances y cuáles son las implicaciones de tener este derecho; sirven como guía a este segundo capítulo las siguientes interpelaciones ¿Se denomina derecho a la salud o derecho a la protección de la salud? ¿Cuál es el contenido esencial de este derecho? ¿Qué es lo que implica

ser poseedor de este derecho? ¿Cuáles son los alcances del mismo? ¿Por qué se le considera al derecho a la salud, un derecho humano fundamental?

El capítulo sexto se contrae a exponer la normatividad del derecho a la salud, desde el ámbito internacional y su consecuente inserción en diversos tratados internacionales hasta la internalización del mismo en nuestro país, México, retomando un poco su genealogía en la historia, comenzando con la época prehispánica, colonial, independiente, revolucionaria y actual, analizando también su devenir conceptual en el ordenamiento y la doctrina mexicana, haciendo mención de su clasificación ora como una garantía individual, ora como una garantía social y como un derecho humano.

El siguiente capítulo, siete, habla sobre la fundamentalidad del derecho a la salud, en que consiste esta denominación para la teoría jurídica, cual es el significado de que el derecho a la salud se considere un derecho fundamental. Este apartado también abarca el contenido esencial del derecho a la salud, exponiendo cuáles son sus implicaciones y alcances, así como la inclusividad y conexidad de este derecho. Finalizando el análisis de este derecho con los principios adyacentes y la utilidad del derecho a la salud, sin dejar de mencionar el estado que guarda este derecho en México, para lo cual se ofrecen algunos reportes e indicadores de la situación del mismo en el territorio nacional.

En el capítulo octavo, mismo que da inicio a la tercera y última parte de esta tesis, se aborda el tema de los mecanismos que los ordenamientos jurídicos ofrecen para garantizar al derecho a la salud, por lo cual se buscará contestar a la incógnita de ¿Cuáles son los mecanismos de protección *per se* del derecho a la salud? ¿Si es un derecho exigible o no? ¿Si reviste la característica de la justiciabilidad?

Cuestiones a las que intentaré dar respuesta en el transcurso de la presente investigación, ofreciendo una serie de respuestas que pretendan desentrañar

todas estas incógnitas relativas al derecho a la salud, en aras de reafirmarlo y presentarlo a la población como un verdadero derecho fundamental para todos los seres humanos.

Antes de cerrar el capitulo de mi investigación, en el noveno capítulo se estudian algunos conceptos relacionados con la exigibilidad, la justiciabilidad y el cumplimiento pleno del derecho a la salud, tales como son la eficacia, la efectividad y propiamente los mecanismos de exigibilidad del derecho a la salud como es el caso de la tutela legislativa y administrativa.

Finalmente en el último capítulo, el décimo, se analiza la corresponsabilidad de los titulares del derecho a la salud en el cumplimiento de éste, así como los mecanismos jurisdiccionales del mismo, ofreciéndose algunos precedentes relevantes emitidos por los tribunales mexicanos, que vienen a demostrar la total justiciabilidad de este derecho. Cierre que se enfoca en los mecanismos específicos de protección del derecho a la salud, en su justiciabilidad como derecho social, abatiendo las críticas que los envuelven acerca de si son derechos de verdad o no, reafirmandolo como un derecho humano fundamental; esto es, se deconstruye esta última idea de nuestro título de tesis.

El método a utilizar en esta búsqueda del derecho a la salud como un derecho humano fundamental, es una deconstrucción del título de la tesis “El derecho a la salud, un derecho humano fundamental. Alcances, implicaciones y mecanismos de protección.”

En pocas palabras, el desarrollo de esta investigación parte del hecho de cómo se construye el concepto de los derechos de los sujetos, en el entendido de que se habla tanto de ellos aún y cuando no se les ha explicitado a profundidad, lo que trae consigo un malentendido de su significado por parte sus titulares, por los seres humanos.

Posteriormente y una vez estudiado el fenómeno de la aparición y la significación de los derechos de los sujetos, se describe cuál es la naturaleza de los mismos, si es que se configuran como premisas morales anteriores a los ordenamientos jurídicos o son fruto de la norma jurídica; son atribuciones que otorga el Derecho a los individuos en virtud de una permisión legal, para posteriormente hablar sobre la fundamentalidad de los mismos y como es que se garantizan, todo ello de manera general, ya que es en la segunda parte donde este concepto del derecho a la salud va a tomar su forma.

El trabajo continúa mostrando cómo es que se construyó el título de la tesis, puesto que el mismo se enfoca en el derecho a la salud, en los alcances e implicaciones del mismo, en su consideración como un derecho humano fundamental y en la construcción y relevancia que ha tenido este derecho tanto en el ámbito internacional al ser contemplado en diversos instrumentos normativos así como su inserción a mediados de los 80's en la Constitución mexicana como una garantía individual, hoy en día derecho humano.

Ahora bien, antes de dar inicio propiamente a nuestra investigación es necesario establecer algunas consideraciones torales para la elaboración de este trabajo, tales como: la cuestión del entinema de los derechos, o en otros términos, la supresión de la premisa que explica el significado de los derechos; lo anterior en atención a las condiciones en que hoy más que nunca se encuentra la humanidad, situación sumamente desconsoladora, en donde la única forma de solventar esta crisis humanitaria es retomar y entender el discurso de los derechos humanos, pero sobre todo es imprescindible hacerle caso a Dworkin en el sentido de tomar a los derechos en serio<sup>5</sup>.

Probablemente esta es la única manera de resarcir la situación tan desoladora en la que vivimos, darle la dimensión necesaria a los derechos, pero no desde un ámbito horizontal sino también en un aspecto vertical, donde tanto el Estado como

---

<sup>5</sup> Dworkin, Ronald, *Talking Rights Seriously*, Bloomsbury Academic, New York, 1997.

la sociedad respeten los derechos de cada persona, solo así se podrá revertir la crisis humanitaria de las sociedades contemporáneas.

Algunas personas todavía han de preguntarse ¿Por qué devastadora? A lo cual he de contestarles que el mundo moderno a la par del progreso trajo también la barbarie, la crueldad, el egoísmo, la violencia; una realidad verdaderamente ruinoso la que rodea a los seres humanos, pues solo basta mirar las condiciones actuales de violencia, las guerras, la explotación comercial y sexual, las disparidades sociales, la falta de respeto por todo tipo de autoridad, la expansión de la pobreza, de la enfermedad, en fin, una enorme cantidad de injusticias cometidas a los seres humanos, a su condición humana, lo cual al final del día se traduce en la poca o nula consideración a los derechos humanos y en sí para esta condición humana que afecta también a los diferentes constructos sociales.

Bajo estas premisas, no hay forma de negar la importancia y ante todo la relevancia que conlleva la existencia, protección y el respeto a los derechos humanos en la esfera nacional e internacional, tal y como Cruz Parceró lo menciona “difícilmente no hay un solo movimiento social que no apele a la defensa de tales derechos o que busque su reconocimiento; tampoco hay gobierno alguno que no diga proteger los derechos de sus ciudadanos.”<sup>6</sup>

No obstante, el discurso de los derechos humanos difiere mucho de la realidad, puesto que es solamente una cuestión retórica en la cual los expositores ni siquiera se han detenido a entenderlos de manera profunda, a explicarlos y consecuentemente las acciones por protegerlos y garantizarlos resultan inútiles, ya que lo único que ha pasado es que los derechos humanos se han convertido en una utopía<sup>7</sup>, en una mitología de la salvación, en una mera esperanza.

---

<sup>6</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio, *Las críticas al lenguaje de los derechos*, Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 29, octubre 2008, p. 41.

<sup>7</sup> Al respecto, sobre la consideración de los derechos humanos como un simple utopía y un catálogo de buenas intenciones, véase Moyn, Samuel, *The last utopia: Human rights in history*, Óp. cit., nota 2.

En este sentido, es muy curioso el hecho de que sin más ni menos las personas hablen de estos derechos como algo ya predeterminado y plenamente conocido y entendido que no existe ni siquiera la necesidad de explicar expresiones tales como “es mi derecho”, “actúo por mi propio derecho”, “pero cómo, ese es tu derecho ¡exígelo!”, “tengo derecho a tal o cual” o “a X le asiste el derecho”, en fin, son muchas las referencias a los derechos de los sujetos que se pueden dar, pero en realidad, ¿las personas saben lo que ello significa? ¿Cuál es el verdadero significado de poseer derechos?

Aún más preocupante resulta el hecho de que se le ponga nombre determinado a los derechos y se hable a diestra y siniestra de un sinfín de estos derechos de manera específica, sin antes conocer el contenido de los mismos; esto en el entendido de que sea normal que se hable del derecho al voto, del derecho a un juicio justo, del derecho a una vivienda digna, del derecho a la salud, por mencionar solo algunos, sin tener una idea clara de lo que significa esta cuestión, de lo que realmente quiere decir que se tenga un derecho al voto; ignorándose cuáles son las implicaciones de tener derecho a un juicio justo; que involucra tener una vivienda digna o en su caso cuál es el alcance de poseer un derecho a la salud.

Asimismo, no es desconocido para la sociedad tampoco el hecho que de manera general se ignore cómo se protegen estos derechos, cuales son los mecanismos de salvaguarda de los derechos, cuáles son las obligaciones inherentes a los derechos y en el presente caso este derecho a la salud, al igual que no se sabe ante quién ni cómo hacer exigibles estas prerrogativas constitucionales; ni siquiera se tiene la idea sobre cómo reclamar las prestaciones concernientes al derecho a la salud.

Es más, por si fuera poco este desconocimiento, todavía la teoría del derecho va más lejos, en el entendido de que los derechos se toman como premisas ya ciertas, como entinemas, donde se da esta supresión de la significación completa

de los derechos, complicando aún más esta comprensión de los derechos al catalogarlos como “derechos humanos fundamentales”.

Elementos sobre los cuales la teoría ni la práctica del derecho han resuelto, esto más que nada a que el primer elemento fundamental de los derechos humanos fundamentales; es decir, los derechos no han podido ser definidos, y mucho menos la circunstancia de que sean llamados humanos y por si fuera poco fundamentales.

Lo que quiere decir que se sacan conclusiones sobre los derechos de los sujetos, dando por sobreentendido que se sabe sobre lo que se está hablando, que se tiene una comprensión absoluta del significado de los derechos, lo cual es absolutamente falso, puesto que los derechos son un problema polifacético.

Ahora bien, de lo anterior, surgen algunas interrogantes acerca de los derechos de los sujetos que se deben establecer para resolver estas premisas “obvias”, en primer término la pregunta lógica que derivada de todo ello, es ¿Qué significan los derechos?, con toda y cada una de las implicaciones que conlleva esta pregunta como lo son: a) el hecho de que un sujeto se ostente como titular de derechos; b) la cuestión relativa al contenido sustancial del derecho; c) los sujetos obligados frente a ese derecho; es decir, ante quienes resultan exigibles estos derechos. Pregunta que se suele resumir en una explicación tridimensional de los derechos, respuesta de la que se ha servido el Derecho a duras penas para explicar la idea de que los sujetos tienen derechos.

En este tenor, se formula la explicación de los derechos de los sujetos mediante una concepción triádica, la cual trae implícita toda una serie de reflexiones filosófico-jurídicas, tales como:

1) La individualización o subjetivación del derecho, lo cual obedece a este cambio de paradigma del derecho, que va de la sujeción del sujeto al Derecho a



*un sujeto dotado de derechos*, lo cual comúnmente llega a traducirse en la expresión “A tiene derecho”,

2) En lo que concierne al objeto *per se* del derecho, es decir, a su contenido esencial, indudablemente habrá que preguntarse por qué dicho contenido y no otro, resulta relevante para que lo acobije en su seno el derecho y como es protegido dicho bien, traduciéndose esta idea de este objeto-bien cuando se habla de *un derecho a*.

3) Finalmente en esta relación trídica, es preciso señalar que en la mayoría de los casos encontramos a un sujeto obligado frente a este derecho; es decir, un tercero frente a quien se haga valer este derecho, en otros términos, un sujeto que se encuentra constreñido a la realización de dicho derecho, lo que viene a expresar en la frase *derecho en contra de o frente a*, o bien *A tiene derecho frente a B*.

De manera primaria al englobar estos tres elementos de los derechos de los sujetos, se tiene a la conocida expresión “A tiene *el derecho a un bien X frente a B*”. Que en suma, es como viene a explicar la teoría del derecho que los sujetos sean poseedores de derechos, con todas las implicaciones que ello representa.

Otra de las preguntas ineludibles en estas reflexiones de los derechos, se contrae a especificar y a delimitar el contenido de los derechos, porque se le llama de tal forma y no de otra, que diferencia a un derecho de otro, porque derecho al trabajo, porque derecho a la salud, en sí, se trata de señalar cuál es el alcance de los derechos, en qué consisten y en que se traduce que tengamos derecho a algo. La tesis que hoy nos ocupa pretende definir de manera clara y precisa el contenido del derecho a la salud, cuáles son las implicaciones, sus alcances y como es que se protege este derecho, que mecanismos de salvaguarda existen para que efectivamente se cumpla y no quede como un simple ideal político-social.

Finalmente, encuentro en esta aporía de los derechos de los individuos interrogantes tales como ¿Qué quiere decir que los derechos sean humanos y en que radica que sean fundamentales? ¿Son humanos porque se refieren a las personas o porque se quiere ser tajante con la distinción entre animales y humanos? ¿Existen derechos humanos y derechos no humanos? ¿Por qué o para quién son fundamentales? Interpelaciones que siguen siendo causa del debate teórico sobre los derechos de los sujetos y que al igual que la discusión entre la relación existente sobre derecho y moral pueden durar una infinidad.

Preguntas que aún y cuando sean difíciles de explicar, sería una irresponsabilidad dejarlas desapercibidas, puesto que no se puede negar el hecho que causa la incertidumbre sobre los derechos de los sujetos, ya que no se quiere caer en lo de siempre, en colocar a los derechos en un plano de certeza y de aceptación acerca de su significación, sin antes haber elucidado sobre ellos; motivos por los cuáles la presente investigación se interesa, intentado discernir para ello todos estos enigmas de los derechos de los individuos, con el único objetivo de brindar mayor claridad a sus titulares sobre la noción de ser detentadores de derechos y claro para qué sirven.

Cruz Parceró aduce que “cuando se trata de hacer aserciones sobre los derechos de los sujetos, la doctrina tiende a hacer referencia a relaciones sustantivas complejas entre varios términos, principalmente a la relación entre dos sujetos respecto a un objeto, lo que quiere decir que cuando se habla de derechos de las personas, por una parte se suele referir al sujeto o titular que se encuentra en posición de reclamar o que es titular del derecho, o bien al contenido u objeto del derecho o al sujeto frente a quien se tiene el derecho. Aunque el principal problema de la definición del derecho de los sujetos consiste en enfatizar alguno de los elementos de esta relación trídica”.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio en *Derechos morales: concepto y relevancia*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 15, octubre 2001, p. 73.

A lo cual, es evidente que cuando los tratadistas se refieren a los derechos de los sujetos, éstos suelen referirse de manera indistinta tanto al objeto del mismo como al sujeto dotado de esta *facultas* o *potestas*, tal y como se desentrañará en el capítulo inicial de esta tesis.

Indudablemente el estudio de este término está comprometido, toda vez que o bien se opta por definirlo de esta manera o de esta otra, enfocándose unos cuantos tratadistas en la titularidad de los derechos; es decir, se concentran en el sujeto abstracto y en consecuencia dejando de lado el objeto del derecho o más bien el contenido del mismo así como los sujetos obligados, o de manera contraria, centrándose en el bien jurídico a tutelar y olvidándose de plano tanto de los sujetos facultados como de los obligados frente a estos derechos.

Ahora bien, esta definición tridimensional de los derechos de los sujetos, tales como la titularidad del derecho por parte del individuo, el bien sobre el que se tiene el derecho y la obligación de respetarlo por parte de un tercero, resultan de gran ayuda en esta investigación, puesto que con ello se pretende justificar y a la vez determinar en primer término a qué obedece que el hombre sea titular derechos y derivado de ello, cuáles son los alcances e implicaciones que persisten en cuanto a la noción de que los individuos tengan un derecho a la salud, un derecho catalogado como un derecho humano fundamental.

Bajo este contexto, la presente investigación no niega la importancia que esta teoría tríadica de los derechos de los sujetos puede revestir en el discurso jurídico; sin embargo, en una opinión personal dicha explicación nos deja mucho que desear, en atención a que la misma es insuficiente para definir la justificación y objetivo de los derechos, ya que ésta solamente contempla los tres elementos que se han venido mencionando y no así a estos dos factores esenciales en la comprensión de todo fenómeno social, como lo son el fundamento y finalidad que conllevan los derechos de los sujetos.

Es importante señalar que derivado de esta connotación más amplia de los derechos de los sujetos, aparecen dos aristas, la primera ellas se refiere al propósito de los derechos de los sujetos, lo cual irremediamente nos conduce a la utilidad del derecho, a concebir al derecho como un medio para un fin, pero no cualquier fin, sino más bien un fin kantiano, donde la premisa fundamental sea “tratar a los hombres siempre como fines y nunca como medios”,<sup>9</sup> tal y como observo al derecho, como un mecanismo que tiende a la protección de la persona.<sup>10</sup>

Por otra parte, en lo que toca a la segunda de estas aristas, la misma se dirige al fundamento de los derechos de los sujetos; es decir, a las causas que dieron origen al cambio paradigmático de la sujeción de los individuos al Derecho a un sujeto dotado de derechos; explicaciones que serán de gran ayuda para la justificación y sobre todo comprensión de los mismos.

Es en este orden de ideas, se aprecia la falta de una teoría que abarque todos estos elementos (sujeto, contenido, responsable, fundamento y finalidad); una cosmovisión de los derechos de los individuos que deje de ser tridimensional y que sea más amplia, que se da la necesidad de construir una teoría que abarque tantos elementos y que contemple tanto la finalidad de los derechos así como su fundamento. Este trabajo intentará formularla, uniendo para ello todos los elementos de los derechos de los sujetos, lo cual tenga como consecuencia mejores posibilidades de entendimiento sobre la significación de que los individuos cuenten con un derecho a la salud.

---

<sup>9</sup> Kant, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Trad. de Manuel García Morente, ed. Las cuarenta, p. 14.

<sup>10</sup> Es lo que se ha denominado en los ordenamientos jurídicos actuales, el principio *pro homine*, el cual es considerado como “un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos; esto es, estar siempre a favor del hombre. Mónica Pinto, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, 1997.

Como se mencionó, esta integración de diversos elementos de los derechos obedece a que la mayoría de los autores aíslan cada uno de estos elementos, olvidándose en su mayoría de conjuntar tanto el ¿Qué?, como el ¿Quién?, el ¿Contra quién?, el ¿Para qué? y desde luego, el ¿Por qué?, Incógnitas que sirven para explicar en su totalidad cualquier fenómeno social.

Soy de la idea, tal y como la desarrollo más adelante, que se tienen derechos para 1) respetar nuestra condición humana<sup>11</sup>, bajo el argumento de que no se vulnere ni menosprecie ésta, y 2) para estar en condiciones óptimas de tener una vida digna, llena de bienestar y en constante desarrollo.

Lo anterior en atención a que el veredicto o la conclusión de la individualización del derecho, es que el mismo ya no es más un instrumento del Estado para reprimir las conductas, un elemento que deja de configurarse como un medio de poder de los detentores de los medios de producción, ni que deba observarse como estas herramientas de legalidad disfrazada que para lo único que sirven es para generar injusticia, una especie de injusticia legítima, sino que el discurso jurídico y propiamente el derecho de nuestros días se constituya como un mecanismo de salvaguarda y acrecentamiento de la condición humana, como un medio tendiente a proteger y desarrollar las condiciones de vida humana, como una forma de reivindicación de la condición humana y un escudo ante todos los intentos habidos y por haber de erradicarla o de verla reducida a un simple anhelo.

Este trabajo pretende ser enfático en los cinco constituyentes de los derechos, a saber: sujeto titular, contenido u objeto del derecho, sujeto obligado o responsable frente a los derechos, fundamento y finalidad de los mismos; siendo imprescindible atender todas las consecuencias e implicaciones que se deriven de éstos; en especial cuál es el significado de ser titulares de un derecho, en este caso, del

---

<sup>11</sup> Este concepto lo hemos de mencionar durante toda nuestra investigación, aclarando que el mismo se tomó de Hannah Arendt y el cual se contrae a esta condición que está ligada a las necesidades vitales producidas y alimentadas por la labor en el proceso de la vida. La condición humana es la misma vida. La pluralidad es la condición de la acción humana debido a que todos somos lo mismo, es decir, humanos. Arendt, Hannah, *La condición humana*, Paidós, España, 1993, p. 22.

derecho a la salud; quienes son los sujetos constreñidos a cumplir con la consecución de este derecho humano fundamental como es el derecho a la salud; de donde proviene este derecho y todos los derechos propiamente.

Una consideración antropocéntrica del derecho que llevará a considerar en qué consisten los fines del derecho y de qué sirve que los sujetos sean detentadores de ellos, por lo que dar cuenta de nuestro tema principal que es el derecho a la salud, al igual que todos los derechos humanos, es una tarea sumamente compleja que involucra analizar antes que nada todos estos aspectos sobre la idea de que los individuos poseen derechos y como es que se protegen los mismos.

En la actualidad es muy común escuchar las expresiones “es mi derecho”, “actúo por mi propio derecho”, “pero como, ese es tu derecho ¡exígelo!”, “tengo derecho a tal o cual”, “le asiste el derecho”; en fin, son muchas las referencias a los derechos de los sujetos que se pueden dar; sin embargo, estas exclamaciones no son sometidas al escrutinio de su posible significación, por lo cual no se sabe en realidad lo que significan, ya que para empezar no se tiene la noción de que somos poseedores de derechos; es decir, que somos los titulares de estas exigencias jurídico-morales.

No cabe duda que en estos días existe un enorme grado de incompreensión en relación a los derechos, en lo que cabe a su titularidad, a las implicaciones, alcances y sobre todo a la utilidad de los mismos, basta demostrar este hecho con una simple pregunta ¿Qué significa “tener derechos”? en donde se revelaría esta inconsciencia acerca de la significación de nuestros derechos.

Si bien es cierto este estudio se centra en 1) el significado de los derechos, 2) en que consiste el derecho a la salud y, 3) como se protege este derecho, también lo cierto es que antes conviene adentrarse al análisis acerca del cambio de paradigma que sufrió el Derecho para convertirse en el derecho de los sujetos,

analizando para tales efectos la centralidad de los individuos en los ordenamientos jurídicos, dada su consideración en el mundo como sujetos de derechos, puesto que hablar en nuestros días sobre Derecho, es hablar sobre derechos.

Entre los hallazgos contemplados en todos los capítulos de este trabajo se encuentran temas a la vez tan fundamentales y a la vez tan polémicos para la doctrina de los derechos humanos, como lo son el análisis del concepto del derecho subjetivo, desde sus primeras apariciones en el siglo XII hasta sus elucidaciones actuales, al igual que las diversas posiciones que tienden a explicarlo; esto es, la consideración de estas premisas ya sea como un derecho positivo o un derecho natural.

Una vez habiendo tomado partido entre la idea de que si los derechos de los sujetos son derechos subjetivos derivados del ordenamiento legal o derechos naturales que encuentran su fundamento en la naturaleza del hombre y que son previos a cualquier normatividad, se ofrece una teoría de los derechos fundamentales, explicando en qué consiste este término y cuáles son las respuestas ofrecidas por la doctrina al respecto.

En este contexto se centran los primeros cuatro capítulos de esta investigación, en desentrañar la idea de la titularidad de los derechos, noción que resulta fundamental para dar parte de cualquier derecho del individuo; ante ello es requisito indispensable analizar los diversos aspectos de esta relación individuo-objeto-tercero, comenzando con: la titularidad *per se* del derecho, pasando por el contenido de dicho derecho y finalmente las formas o mecanismos de protección frente a terceros. Lo cual nos va a conducir irremediablemente a preguntarnos de donde vienen y para que nos sirven los derechos.

En este sentido, nuestra investigación parte de la relación tríadica “A tiene *derecho* a un bien X *frente* a B”, y toda vez que en toda fórmula matemática es condición suficiente y necesaria saber a qué se refiere cada uno de los elementos, es

menester despejar esta incógnita comenzando con *A tiene derecho*, esto es, un sujeto A tiene derecho, en otras palabras, es la individualización del derecho, que va a tomar al hombre como referente en la construcción del ordenamiento jurídico, lo cual se observa como la titularidad por parte de los individuos de derechos.

Ahora bien, he elegido al derecho a la salud para formular nuestro estudio, en donde intentaré integrar todos estos elementos de los derechos, a saber, el sujeto detentador del derecho, el contenido mínimo esencial de ese derecho, sus mecanismos de protección y sobre todo las implicaciones que conlleva ser titulares de tan valioso derecho.

Como punto de partida para explicar esta titularidad de los derechos de los sujetos tomo al concepto del derecho subjetivo, ofreciendo para tal efecto un panorama histórico desde sus primeras referencias axiológicas y teológicas hasta su enfoque positivista; esto es, el derecho se ha visto desde sus orígenes como una facultad, una potestad de los individuos hasta la idea actual de pretensiones, reclamos o acciones legales dotadas de la fuerza de la coacción para hacer efectivo su cumplimiento.

Prosigo el análisis de la titularidad en los términos en que lo hizo Hohfeld; esto es, en los distintos tipos en que se ha venido utilizando esta palabra: potestad, privilegio, inmunidad, derecho subjetivo en sentido estricto<sup>12</sup>; lo anterior para tratar de esbozar una idea de todas estas relaciones jurídicas englobadas en el concepto del derecho subjetivo. En esta misma tesitura, analizamos otra clasificación de los derechos de los sujetos, una de corte más filosófico, la cual concibe a los derechos como libertades positivas y negativas, títulos del individuo, triunfos ante el poder político y reivindicaciones de la condición humana.

---

<sup>12</sup>Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning*, Yale Law Journal, XXIII, 1913, No. 1, p. 47.



Acto continuo, doy cuenta de las diversas teorías que han intentado explicarlo, partiendo ya sea de la voluntad, de la elección, de la pretensión, de la titularidad del sujeto, de su protección, en suma de todas aquellas explicaciones sobre los derechos subjetivos, en razón de observar cual es el origen metajurídico del término, en que radica su utilidad, como y porque es que se dan estas relaciones jurídicas, llámense éstas derecho subjetivo en sentido estricto, potestades, facultades, deberes inmunidades o esta cuestión filosófica de triunfos, títulos, libertades fundamentales, privilegios, reivindicaciones etc., lo anterior como sustento de las consideraciones previas de la noción del derecho subjetivo o derecho de los sujetos.

Avanzando con el estudio del derecho subjetivo, es necesario atender también a las críticas a las que ha sido sometido dicho término, por lo que en un apartado enunciaré los reparos a la idea de que los individuos poseen derechos en su existir, en el entendido de que éstos se contraen a la voluntad de la ley, la cual es la que determina las conductas permitidas y las prohibidas, así como las acciones a ejecutarse en caso de que se infrinjan estas conductas y no así el individuo, y en todo caso debería de hablarse de deberes para con todos y no derechos de los sujetos.

El motivo principal para hablar del derecho subjetivo en su sentido estricto y en un aspecto más específico, atiende a que estas definiciones van a devenir en el concepto de derechos humanos, ya que los mismos son ininteligibles sin este concepto del derecho individualizado, sin el derecho de los hombres, puesto que dilucidar en la respuesta a la pregunta ¿Qué significa tener un derecho? es un paso obligado en la construcción de una teoría que pretenda servir como una fundamentación al discurso actual de los derechos.<sup>13</sup>

En esta nueva connotación de los derechos de los sujetos a los derechos humanos, trato de ofrecer una alternativa a las definiciones clásicas de la

---

<sup>13</sup>González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, UNAM-III, México, 2008, p. 160.

expectativa positiva y negativa que implica la horizontalidad de los derechos respecto al Estado, olvidándose de que la sociedad también puede conculcar estas potestades de la condición humana.

Luego he de atender a los fundamentos de los derechos, esto es, a su origen ya sea este iusnaturalismo de corte teológico, racional o de la naturaleza humana así como del positivismo; pretendiendo con ello realzar esta lucha por la reivindicación de la condición humana, debido a que se hace énfasis en que los derechos son luchas, y no solamente estos triunfos de Dworkin ante el poder político, son peleas ganadas por el hombre a la economía, la sociedad, el derecho, son conquistas del hombre ante quienes quieren ver reducida o exterminada su condición humana.

Como parte de esta titularidad y de sus respectivos fundamentos intentaré dar una solución a esta disputa sempiterna de a quien se le debe atribuir estos derechos, si es a la ley o al valor de la naturaleza humana, coligiendo que estos extremos del positivismo y del iusnaturalismo deben superarse; sobra decir por el momento y es como se explica el constitucionalismo ha tenido a bien insertar en su parte dogmática derechos eminentemente axiológicos, previos y superiores al mismo ordenamiento, bajo el argumento de que le pertenecen al individuo y que solo que en aras de protegerlos y brindarles una plena exigibilidad, los garantiza de manera institucional. Parte que desentrañaré en la tercera parte donde abordo el reconocimiento constitucional de los valores iusnaturalistas o más bien una visión antropocéntrica de los ordenamientos jurídicos.

En la segunda parte de la tesis, es decir, en el capítulo quinto se analiza a fondo el contenido esencial del derecho a la salud; analizaré la clasificación que se ha hecho respecto a los derechos humanos, principalmente, y por ser de especial interés en la presente investigación, atendiendo la visión que los divide en derechos civiles-políticos y derechos económicos, sociales y culturales, toda vez que dentro de ellos, encontramos al derecho a la salud.

Doy comienzo a este capítulo analizando otro de los elementos de la relación triádica: el contenido del derecho; por lo cual propiamente entraré al estudio del *derecho a*, atendiendo principalmente la clasificación que se le ha dado a los derechos de los sujetos, en Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales; distinción que servirá también en la última parte de este trabajo para comprender los reparos a la segunda clasificación, esto es, a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Última clasificación en la que se encuentra el derecho a la salud.

Como ya se dijo, el quinto capítulo remite al objeto del derecho, esto es, a la salud, a las implicaciones que conlleva considerarla como un derecho humano, a los alcances que tiene poseer este derecho en cuanto al desarrollo, bienestar e inclusive la felicidad, como acertadamente en varias ocasiones señaló Schopenhauer “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”.<sup>14</sup>

Capítulo que trata de considerar a la salud como un elemento indispensable para la subsistencia de la condición humana, fundamental para el hombre, una atribución que tiene de que se le proteja de los actos de terceros que pretendan vulnerarla y también de atenderla cuando esta se encuentre enferma; la salud juega un rol trascendental en nuestras vidas aunado a la conexidad el disfrute de otros derechos humanos. Buscando establecer los alcances de este contenido del derecho a la salud, catapultándolo al rango de un derecho humano fundamental para la condición humana y trascendental en el desarrollo humano.

Parto de la distinción entre el derecho a la salud y el derecho a la protección de la salud, considerando a la primera como un espectro más amplio y la segunda como

---

<sup>14</sup>Schopenhauer, Arthur, *Aforismos sobre el arte de vivir*, Alianza editorial, 2009.

esta provisión de bienes y servicios por parte del Estado en cuanto a la protección de la salud de sus pobladores, para llegar a su consideración como un derecho humano fundamental para la condición humana.

Acto seguido y como siempre resulta ser de suma utilidad se ofrecen algunos breves antecedentes de la regulación de la salud en México, teniendo como piedra de toque la época prehispánica, pasando por la colonia, la época revolucionaria hasta llegar a los tiempos presentes.

Continúo este análisis del derecho a la salud con un estudio sobre la naturaleza jurídica del mismo, partiendo en un orden genealógico de su concepción como una garantía o derecho social, dada su novedosa inclusión en la Constitución del 17; la no tan lejana reforma del 83 pertinente a la parte dogmática de nuestra Carta Magna que le dio el carácter de garantía individual; y su progresiva clasificación como un derecho humano de primer orden en nuestro ordenamiento jurídico, en atención a la reforma paradigmática en materia de derechos humanos en el 2011. Prosigo el estudio de este derecho humano fundamental con las implicaciones del mismo y sus consideraciones como un derecho inclusivo y conexo; es decir, la interdependencia del derecho a la salud con otros derechos humanos; de igual manera, se puntualiza a la salud como un bien básico humano tan preciado y el cual forma parte del mínimo vital, un derecho fundamental para el desarrollo humano y como tal el mismo siempre debe atender a determinados principios como los de no discriminación, progresividad y no regresividad.

A efecto de encontrar la preponderancia y la primacía de este derecho en el orden constitucional, se aborda de manera breve la llamada colisión de los derechos; esto es, cuando los derechos entran en juego y en un posible conflicto, y es aquí donde se trata de señalar los mecanismos de los que se ha servido la doctrina para guiar a los tribunales en sus decisiones, estos criterios interpretativos van desde la ponderación, la proporcionalidad, la jerarquía, el establecimiento de límites a los derechos, así como la llamada delimitación de estos.

Es importante no dejar pasar que este importante bien humano básico se apoya en la consideración de Finnis<sup>15</sup>, respecto a la primordialidad de determinados bienes necesarios para la subsistencia de la condición humana.

En el desarrollo del segundo capítulo, se intentan aclarar todo tipo de interrogantes relacionadas a la clasificación de la salud como un derecho humano fundamental, así como las implicaciones y alcances que tiene la misma en su consideración como tal, cual es la relación inmediata entre derechos y salud, a que conlleva todo esto; cuáles son las consecuencias de que este bien fundamental y necesario se encuentre protegido por el ordenamiento legal; no sin antes dejar en claro que no es una tarea fácil determinar con claridad los alcances de este derecho.

También se ha de analizar la definición de este derecho, en razón a que en el ámbito internacional es definido como derecho a la salud, mientras que la constitución mexicana optó por el carácter programático y paternalista de los derechos sociales al nombrarle derecho a la protección de la salud.

Por lo que, de inicio se disipan las dudas respecto a esta diferencia entre el derecho a la salud y el derecho a la protección de la salud, como es que se han conceptualado cada uno de estos y en que puede ayudar a conocer el contenido *per se* del mismo.

Igualmente, se busca conocer cuáles son los alcances e implicaciones de ser titulares de este derecho, reservándonos para el último capítulo sus mecanismos de salvaguarda, incluyendo entre éstos, su justiciabilidad y sobre todo la corresponsabilidad de los propios individuos en el cuidado de su salud; aunado a la visión de no interferencia en el estado de salud de sus semejantes, ya que como se verá más adelante este bien implica tantos derechos como libertades.

---

<sup>15</sup>John Finnis en su libro *Natural Law and natural Rights* señala a la vida, al conocimiento de la verdad, al juego, a la experiencia estética, a la sociabilidad o amistad, a la razonabilidad práctica y a la religión como bienes humanos básicos. Finnis, John, Óp. cit., nota 4.

Posteriormente, se irá viendo la aparición de este bien en el ámbito jurídico internacional a la luz de su consideración como un tema de interés global; es decir, su clasificación como un derecho humano, sin que esto implicará en su momento un efecto expansivo en la inclusión de este derecho en los ordenamientos nacionales, por lo que la salud al igual que todos los demás bienes, en especial aquellos que eran considerados como de segunda generación, eran vistos como un ideal o una aspiración social y no como una exigencia real por parte de los individuos dentro de sus respectivos países.

Se continúa este análisis del contenido del derecho a la salud estableciendo las fuentes normativas de este derecho en el plano jurídico interno y en el ámbito externo; esto es, en su carácter internacional, en aras de proporcionar mayores elementos para su ulterior definición. Acto seguido, con el objetivo de una mejor comprensión del devenir de este derecho, me avoco a mencionar algunos antecedentes breves del régimen jurídico concerniente a la protección propiamente dicha de la salud en México.

De manera posterior, me adentró en un examen sobre la naturaleza jurídica que le ha dado la doctrina mexicana a este derecho, partiendo de su concepción inicial como una garantía o derecho social, derivado de su novedosa inclusión en la Constitución de 1917, la no tan lejana reforma de 1983 pertinente a la parte dogmática de nuestra Carta Magna que le dio el carácter de garantía individual y su progresiva clasificación como un derecho humano de primer orden en nuestro ordenamiento jurídico, en atención a la reforma paradigmática en materia de derechos humanos en 2011.

En el siguiente apartado, se analizan cuáles son las implicaciones del derecho a la salud en vísperas de su concepción como un derecho inclusivo y conexo; es decir, cuál es la interdependencia que tiene con otros derechos humanos y cuál es el vínculo ineludible con otros derechos como la vida y la integridad física, asimismo, puntualizo como este bien tanpreciado forma parte del mínimo vital y el cual

resulta ser un bien fundamental para el desarrollo humano y para el bienestar, el cual siempre debe ser progresivo y nunca regresivo.

Pasando a escogitar acerca de la llamada colisión de los derechos o cuando los derechos entran en juego, para lo cual se señalan los mecanismos de los que se ha servido la doctrina para guiar a los tribunales en sus decisiones; criterios interpretativos que van desde la ponderación, la proporcionalidad, la jerarquía, el establecimiento de límites a los derechos, así como la llamada delimitación de estos.

Finalmente a efecto de dar un panorama de la situación de la salud, se señalan al final de nuestra investigación algunos indicadores a manera ilustrativa con la finalidad de ofrecer una solución a la problemática jurídica del sector salud en nuestro país, puesto que hablar en otros términos que no sean la exigibilidad y la justiciabilidad rebasa por mucho los alcances de la presente investigación, la cual se contrae a la consideración de la salud como un derecho humano fundamental para la condición humana y un elemento primordial en el desarrollo, bienestar y felicidad de las personas; para llegar a concluir en lo manifestado por Tamanaha<sup>16</sup>, en ver al derecho como un medio para un fin, un fin llamado hombre.

Por lo que este capítulo va a contraerse en la consideración de la salud como un derecho humano fundamental para la condición humana y un elemento primordial en el desarrollo y bienestar de las personas.

En suma este capítulo trata de establecer como indispensable y como un mínimo vital y un pilar del desarrollo humano al derecho a la salud y a la protección a la salud, dada su trascendencia en el disfrute y goce de otros derechos, señalándolo como el derecho a tener un bienestar físico y mental, a través del cual se propicien las condiciones que permitan al individuo contar con un contexto de desarrollo social, económico y cultural.

---

<sup>16</sup>Tamanaha, Brian, *Law as a means to an end: Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2006, p. 96.

En tercer término, en la última parte, en específico en el capítulo octavo, se encuentran los mecanismos de protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en específico en el derecho a la salud, donde se ve inmersa la llamada justiciabilidad de los derechos.

El primero de estos términos se ha limitado a la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mientras que el segundo se ha enfocado principalmente en el reclamo judicial de estas prerrogativas, lo que en este estudio se busca es una visión más amplia de la materialización de estos derechos, todo ello mediante las garantías aducidas en nuestra Carta Magna consistentes en nuestro entender en la formulación y ejecución de diversas acciones programáticas, políticas públicas, acciones legislativas<sup>17</sup>, el caso del reclamo judicial cuando se vea vulnerado este derecho, ya sea por la acción u omisión del Estado, pero sobre todo el punto trascendental de esta obra y sobre todo la panacea consiste en la corresponsabilidad de los individuos en el ejercicio de sus derechos y en la previsibilidad de los efectos en el descuido de este derecho humano fundamental, es una especie de teoría Hegeliana<sup>18</sup> que se contrae al respeto del derecho a la salud de los demás.

El examen al que son sometidos los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, inicia con las críticas que los califican como derechos imposibles dada la falta de eficacia directa y de carácter vinculante para los poderes públicos, de que se configuran como simples directivas programáticas, en la falta de mecanismos jurisdiccionales en el supuesto de violaciones de los mismos, en la limitante a acciones positivas por parte del Estado, en suma que no son justiciables y por ende no pueden ser fundamentales.

Lo anterior obedece a que el Derecho a la salud y los otros Derechos Económicos, Sociales y Culturales aparecen como reivindicaciones del hombre, de las clases

---

<sup>17</sup> Ya Rawls en su liberalismo político establecía que el gobierno era el encargado de crear las oportunidades para que los individuos pudieran realizar sus planes de vida. Rawls, John, *Liberalismo Político*, trad. Antoni Domènech, Barcelona, Crítica, 1996.

<sup>18</sup> Veáse Charles Taylor, *Hegel and Modern Society*, Cambridge University Press, 1972.



menos favorecidas del liberalismo político y económico frente al Estado y gracias al Estado social, en un intento de justicia social, buscando para ello reducir las brechas sociales, en aras de brindarle asistencia a los individuos respecto a los bienes mínimos vitales, mismos que sobra decir, no pueden costearlos de manera privada.

Posteriormente y una vez que se da contestación a las objeciones acerca de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establezco cuáles son los mecanismos de protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en específico el derecho a la salud, consistentes en su tutela legislativa, en la tutela administrativa, consistente en el establecimiento de políticas públicas y de acciones programáticas y finalmente con su tutela judicial.

Dentro de la tutela judicial, se encuentran diversos precedentes de los tribunales federales mexicanos y algunas referencias a fallos internacionales en torno al derecho a la salud, señalando los argumentos y conclusiones de dichas controversias.

Este estudio se presenta como un ejercicio de razonabilidad práctica parafraseando a Kant<sup>19</sup>, esgrimiendo razones tendientes a argumentar la posición que se desea utilizar, distinguir qué es lo que debe ser considerado como un derecho y que no.

Por lo cual, esta reflexión recae en lo expresado por Berlín sobre Rousseau, en el sentido de que “lo que se dice aquí no es nada que no se haya dicho anteriormente, lo que cambia es la fuerza y el vigor de como se dice”<sup>20</sup>.

Investigación que si bien recopila muchos ensayos, trabajos e incluso tratados de diversos autores en el tema del derecho subjetivo, de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en especial del derecho a la salud, lo que se trata con ello

---

<sup>19</sup> Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, Traducción de J. Rovira Armengol, la página, Argentina, 2003.

<sup>20</sup> Berlín, Isaiah, *La traición de la libertad: seis enemigos de la libertad humana*, FCE, 2004, p. 50-51.

es de brindar un enfoque integral del ¿Qué?, ¿Cómo? ¿Por qué? y ¿Para qué? de este derecho vital fundamental para la condición humana.

Justificación que habrá de realizarse mediante diversos enfoques epistemológicos, como lo son los ámbitos ontológicos, esto es, como se conceptualizan los derechos humanos; que son los derechos humanos y ante todo el derecho a la salud; genealógico, como han devenido en el discurso jurídico hasta su nombramiento tal y como se les conoce en estos días; teleológico, que es lo que se pretende materializar con ellos y finalmente un abordaje pragmático, como se observan en el ámbito práctico y académico.

El capítulo octavo al que se denomina “Mecanismos de protección del derecho a la salud. Exigibilidad y justiciabilidad. (Hacia una plena exigibilidad del derecho humano a la salud) atiende en un inicio de manera sistemática cada una de las objeciones concernientes a la exigibilidad, justiciabilidad y fundamentalidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en específico las que niegan ese carácter al derecho a la salud.

Por lo cual, se señalan los pasos necesarios a seguir para la correcta implementación de este derecho humano fundamental, ya que no cesaré de repetir que este preciado bien se traduce en una necesidad esencial de la supervivencia y del desarrollo humano, consustanciales para la dignidad del ser humano.

Por tal motivo, se estudian algunas opiniones concernientes a la imposibilidad jurídica y material de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, haciendo énfasis en la supuesta inexigibilidad del derecho a la salud, en virtud del supuesto carácter programático que presuntivamente reviste, para dar paso a las réplicas a dichas críticas, con el objetivo de una defensa de la fundamentalidad de los mismos, tendientes a la reivindicación de su consideración como auténticos derechos.

Procediendo a señalar algunos precedentes sobresalientes emitidos por los tribunales federales de este país, tales como: las medidas de seguridad sanitaria del tabaquismo, el respeto a los derechos humanos entre particulares derivado de una mala praxis en una intervención quirúrgica, el caso más conocido del acceso a medicamentos no incorporados al Cuadro Básico de la Secretaría de Salud por parte de un enfermo con VIH/SIDA, la negación del tratamiento médico a un procesado y el caso de la comunidad indígena de Mini Numa en el que se solicitó la instalación de un centro de salud.

Entrelazar todos estos temas, luce demasiado complicado; sin embargo, se torna necesario para una mejor comprensión de los derechos en su conjunto, y ante todo del derecho a la salud, ya que es imprescindible dar un giro en cuanto a esta relación triádica, contemplando tanto a la finalidad como al fundamento de este constructo humano como es el derecho, con el objetivo primordial de concebir a los derechos de los sujetos, sea cual fuere, en su plenitud.

El tema de la salud y de su protección a través del derecho a la salud, es de interés general, por tratarse de un tema que no es solamente nuevo, sino también, de los más importantes hoy en día; al grado de que se le consagra dentro del amplio catálogo de los derechos sociales contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual, ha permitido que la salud no se vea como un simple objetivo de política pública, sino que se entienda como un derecho del que todos los mexicanos puedan disfrutar, porque las condiciones técnicas y tecnológicas así lo permiten.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup>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, pp. II.



Once upon a time there was an outlook called 'humanism'.

In one sense there still is: It is a name given these days to a movement of organized, sometimes militant, opposition to religious belief, in particular to Christianity.”

- Bernard Williams -<sup>1</sup>

## **CAPÍTULO UNO. EL CAMBIO DE PARADIGMA DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS MODERNOS, EL HOMBRE COMO FUENTE Y VALOR DEL DERECHO, LA CONCEPCIÓN DE UN SUJETO DE DERECHOS**

Una de las preguntas que más ha interesado a la teoría del Derecho y por supuesto a la filosofía jurídica, es aquella que gira en torno al papel que cumple el Derecho en la sociedad; si es que éste se presenta como un instrumento de control social del cual se aprovecha el Estado para conservar su poder<sup>2</sup>; o si es que el mismo funciona para regular y proteger las relaciones sociales, a efecto de que no se hagan daño, tal y como lo proscribieron Locke y Hobbes<sup>3</sup>; o más bien, si el Derecho se configura como un medio para un fin<sup>4</sup>, es decir, si el orden jurídico se visualiza como un mecanismo de bienestar del que se sirven las sociedades para la consecución del bien social<sup>5</sup>; o si finalmente éste, se conceptualiza como una especie de defensa y empoderamiento de los individuos ante los abusos, explotación, opresión y exclusión que han sufrido en su condición humana por parte del Estado a lo largo de la historia de la humanidad.

---

<sup>1</sup> Bernard Williams sostiene que alguna vez en nuestra historia hubo una época llamada humanismo, refiriéndose al humanismo del renacimiento donde los hombres en general estaban interesados en la naturaleza humana y que en cierto sentido esa forma de ver al hombre todavía existe, pero ahora aparece de una forma secularizada, de una negación profunda al cristianismo, pero no a sus valores, se traduce en un humanismo secular, en un humanismo racional. En la opinión del suscrito, este movimiento humanista encuentra cabida en el discurso de los derechos humanos. Williams, Bernard, *Philosophy as a humanistic discipline*, Princeton University Press, New Jersey, United States of America, 2006, p. 135.

<sup>2</sup> Al respecto de esta consideración sobre la percepción del Estado como opresor y dueño de los recursos persuasivos de la Ley, véase el ensayo de Judith Shklar "Liberalism of the Fear". Shklar, Judith, "Liberalism of the Fear" en Rosenblum, N., *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, pp. 91-106.

<sup>3</sup> Al respecto véanse *El Leviatán* de Hobbes y *Ensayo sobre el gobierno civil* de Locke. Hobbes, Thomas, *El Leviatán*, Losada, Argentina, 2003, y Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Porrúa, 2005.

<sup>4</sup> Sobre la cosmovisión del Derecho como un medio para la obtención un bien social véase Tamanaha, Brian, *Law as a means to an end: Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2006.

<sup>5</sup> Ídem.

Las respuestas que se intenten dar ante esta incógnita serán tan variadas como cada autor que pretenda ahondar en el tema de la utilidad del Derecho; unos defenderán principalmente la posición iusnaturalista y otros abogaran por la cuestión positivista, e inclusive intentarán fusionar estas dos en un corriente incluyente del Derecho<sup>6</sup>, entendiéndose esta última como una posición intermedia de estas dos posturas iusfilosóficas, en donde el formalismo deje de lado su divorcio con la moral y establezca una serie de cuestiones axiológicas vinculadas principalmente con el individuo, a decir de Pedro Serna a este tipo de sistemas jurídicos se le denomina positivismo jurídico incluyente, el cual se caracteriza por la admisión de la posibilidad de que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico contenga explícitamente criterios morales de los que dependa la validez normativa.<sup>7</sup>

No se puede cuestionar esta posición incluyente del Derecho y sobre todo su función antropocéntrica, en la que los ordenamientos jurídicos se basan, a decir de Bobbio, en la existencia de valores humanos, contexto jurídico que conlleva a una nueva era, al tiempo de los derechos<sup>8</sup>; donde el reconocimiento de los mismos es un indicador del progreso histórico de la humanidad.<sup>9</sup> Perspectiva que se convierte en la actual cosmovisión del Derecho, mediante una serie de premisas en donde ha de prevalecer la condición humana y la conquista de sus respectivos derechos<sup>10</sup>; visión iushumanista que ha de complementarse con lo señalado por Benn en el entendido de que “el discurso de los derechos ha reemplazado al discurso de la justicia en las sociedades modernas.”<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> Esta postura ha sido principalmente desarrollada por Hart, al comentar que el Derecho tiene un contenido moral, es decir un contenido mínimo del Derecho natural, lo cual rompe con esta estructura rígida del positivismo, misma que no permite que los principios y valores morales figuren entre los posibles fundamentos que un sistema jurídico acepta para determinar la existencia y contenido de las normas jurídicas. Hart, H. L. A, *Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1994.

<sup>7</sup> Serna, Pedro, “El positivismo incluyente en la encrucijada” en Cáceres, Enrique et all, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, UNAM, México, 2005, p. 683-684.

<sup>8</sup> Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1993, p. 14.

<sup>9</sup> Ídem.

<sup>10</sup> Resulta interesante esta concepción de la lucha por el Derecho expuesta por Ihering, para mayor referencia véase la Lucha por el Derecho. Ihering, Rudolf von, *La lucha por el Derecho*, Editorial Cajica, 1957.

<sup>11</sup> Benn, Stanley, *Rights*, Enciclopedy of Philosophy, New York, 1967, p 199.

Es destacarse que con el cambio de modelo del Derecho y la consecuente la aparición de los derechos, el mundo o al menos el discurso jurídico, comenzaría a utilizar a los derechos como un instrumento de justicia de la condición humana, por lo cual es de suma importancia, indagar en esta nueva cosmogonía de los ordenamientos jurídicos basada en la dignidad de la persona.

La presente investigación parte de la explicación de cómo los ordenamientos jurídicos van a comenzar a favorecer el discurso y sobre todo la aplicación de los derechos humanos, enfocando el presente estudio más que nada en las implicaciones y alcances que este cambio de modelo jurídico y en específico los derechos humanos tienen para los individuos.

Análisis sobre esta transformación del Derecho que atiende al hecho de que aún y cuando el estudio del Derecho haya cautivado a un sinnúmero de investigadores en las diferentes ramas del conocimiento, tales como filósofos, economistas, sociólogos, antropólogos, etcétera, lo cierto es, que muy pocos investigadores se han aventurado a estudiar este cambio paradigmático de los ordenamientos jurídicos, en específico, como se fue desarrollando la transformación de este concepto a lo largo de la historia.

Antes de proseguir con esta transfiguración del Derecho a “el tiempo de los derechos”<sup>12</sup>, es importante precisar que esta idea del iushumanismo, donde el eje principal de los ordenamientos es el ser humano, no siempre fue así; basta con señalar que la explicación y utilización de este concepto en tiempos remotos y no tan remotos, se enfocaba en su utilidad como un medio de control social y opresión del Estado; el Derecho se veía más como un instrumento de poder de los Estados para regular la conducta de los individuos y así castigarlos, más allá de la intención de proteger a sus individuos ante los abusos de poder, muchas de las veces cometidos por éstos. Aunque es preciso señalar que en la actualidad, estas violaciones no son exclusivas de los Estados, sino que también se han hecho

---

<sup>12</sup> Bobbio, Norberto, Óp. cit. Nota 8.

extensivas dichas vejaciones a la dignidad humana por parte de la sociedad, tal cual lo denunció Stuart Mill en su famoso libro “Sobre la Libertad”.<sup>13</sup>

De ahí que se siga que los ordenamientos jurídicos en un inicio fueron utilizados como mecanismos de estabilidad y algunas veces de “legitimidad” para los Estados<sup>14</sup>, o sea, de un control social absoluto apoyado en la coacción del Derecho, independientemente de que sus actos fueran en contra de la propia humanidad<sup>15</sup>; y que con el transcurso del tiempo irían adaptándose para proteger a la condición humana para dar nacimiento a la concepción de los derechos, a una percepción moderna de los ordenamientos jurídicos, donde la visión es que los individuos sean protegidos por el mismo a través de determinadas facultades y potestades.<sup>16</sup>

No es muy aventurado decir que este cambio de *sujeción a potestad* de los ordenamientos jurídicos es el cambio más importante que ha sufrido en su haber el Derecho, que al final del día se traduciría en el cambio de paradigma de éste, al pasar de ser un instrumento de control social, a establecerse como un enorme haz de facultades y potestades que tienen los individuos en su quehacer civil, político y social, mediante la materialización de sus derechos.

Bajo este orden de ideas, es necesario puntualizar, como se presenta esta concepción actual del Derecho basada en el principio *pro persona*<sup>17</sup>; cómo es que

---

<sup>13</sup> Mill, John Stuart, *Sobre la Libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1970, p. 114-119.

<sup>14</sup> Las argumentaciones al respecto de este punto pueden verse de igual manera en los libros de Locke y Hobbes, para mayor referencia véase la nota 3.

<sup>15</sup> Véanse al respecto los comentarios de Arendt en *Los Orígenes del Totalitarismo* acerca de esta expulsión de la Humanidad. Arendt, Hannah, *Los Orígenes del Totalitarismo*, Alianza, 2006.

<sup>16</sup> Para Locke, el fin del estado es la preservación de todos y el bien de la comunidad a través de leyes que preserven y ensanchen la Libertad. Locke, John, *Óp. cit.*, nota 3.

<sup>17</sup> Este principio ha sido definido como la directriz relativa a que las normas jurídicas deben interpretarse en el sentido de favorecer en todo momento la protección más amplia a las personas. Tan es así esta circunstancia de la centralidad de las personas en los ordenamientos jurídicos, que nuestra Constitución en su artículo primero lo ha insertado de manera indubitable al señalar que “En los Estados Unidos Mexicanos **todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección**, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta



se actualiza la percepción de los ordenamientos jurídicos acerca de que los sujetos sean considerados la principal fuente y valor del Derecho.

Razonamientos del Derecho que implicarían esta variación de la sujeción del individuo al Derecho, a este *derecho del sujeto*, o a *un sujeto de derechos*, o en otros términos, este cambio de poder del gobierno detentador de la fuerza de la Ley, del Derecho, va a observarse no ya en su consideración como un órgano de control social, sino que se toma como un mecanismo de protección mediante esta aludida *potestad o facultad de los sujetos*, esto es, un *empoderamiento del individuo respecto de la Ley* para la satisfacción de sus intereses primarios, con la única finalidad de que los mismos estén en condiciones de desarrollar un plan de vida digno y en completo estado de desarrollo y bienestar.

Por lo tanto, comenzar por lo tanto este análisis del derecho a la salud con este tema del cambio de ser del Derecho, obedece al hecho que es importante conocer de manera genérica la concepción de los derechos, mismas que se deriva de este cambio de esencia del mismo, la cual le concede una importancia fundamental a los sujetos; en este tenor, no es para menos la importancia que reviste el cambio de paradigma de los ordenamientos jurídicos en el plano político y jurídico y sobre todo en la vida de los individuos, en sí, que función desempeña esta nueva visión del Derecho y en consecuencia de los derechos para el modo de vida de los individuos.

Por consiguiente, se concibe en este capítulo un análisis de las causas que transformaron a este fenómeno político-social, concebido en sus orígenes como el arma de poder del Estado, tal cual espada del Leviatán<sup>18</sup>, el cual por un lado le otorgaba su legitimidad y por el otro la fuerza de la coacción, hasta desarrollarse y llegar así al medio de protección y salvaguarda de los individuos.

---

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

<sup>18</sup>Hobbes, Thomas, Óp. cit., nota 3.

La transmutación del Derecho habría de cimentarse en principios morales cuya justificación absoluta se da en la dignidad de los individuos<sup>19</sup>; dignidad que, a decir de Hervada, fundamenta a los derechos humanos, tomando este concepto como la característica exclusivamente de la persona humana y de ningún otro ser, la cual se predica de la naturaleza humana, como realización existencial de esa naturaleza, dignidad inherente a la persona humana, es decir, inseparable por naturaleza.<sup>20</sup>

Apreciándose que es a partir de esta consideración del individuo como sujeto y no objeto, cómo el ordenamiento legal definiría su ingeniería en base a los reclamos de la necesidad de un trato humanitario, reconociéndose con ello un nuevo prototipo de la Ley, en las que salen a la luz facultades, inmunidades y/o potestades inmanentes a los sujetos para sí y para con los demás.<sup>21</sup>

Este cambio de ser del Derecho derivaría en el medio idóneo para la protección de las personas, en un tipo de esperanza para la subsistencia de la condición humana, comprendiendo entre los nuevos objetivos del Derecho, una larga lista de fines deseables para la condición humana, tales como: la libertad, igualdad, justicia, bienestar, desarrollo e inclusive felicidad. Nueva cosmovisión mediante la cual los ordenamientos jurídicos buscan ante todo la protección de la dignidad de

---

<sup>19</sup>Al respecto Habermas aduce que los derechos humanos han sido producto de la resistencia al despotismo, la opresión y la humillación. La defensa de los derechos humanos se nutre de la indignación de los humillados por la violación de su dignidad humana. Por lo cual es notorio que el Derecho ha sido investido con una carga moral, esto es, la dignidad humana, siendo esto parte del legado de las revoluciones constitucionales del siglo XVIII. Habermas, Jürgen, *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos* en la Revista *Diánoia*, vol. 55, no.64, México, mayo de 2010.

<sup>20</sup>Hervada, Jesús, *Introducción crítica al derecho natural*, 6ª. Ed., Eunsa, Pamplona, 1990. Para más información al respecto véase Celso Lafer, *La reconstrucción de los derechos humanos, Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, trad. de Stella Mastrangelo, México, FCE, 1994; el capítulo 2 de Mauricio Beuchot. Beuchot, Mauricio *Filosofía y derechos humanos, siglo XXI editores, Argentina, 1993.*

<sup>21</sup> Al respecto de este constructo jurídico de los derechos humanos René Cassin hace una ilustración de lo que representan los derechos humanos, poniendo en la base a la dignidad, la libertad, la igualdad y la fraternidad, sosteniéndose dicho pórtico en 4 pilares: la vida, la libertad y la seguridad personal en un primer plano, en segundo a los derechos de la sociedad civil, en un tercero a los derechos políticos y, por último, a los derechos económicos, sociales y culturales, y culmina en un frontispicio con el orden, los deberes y las limitantes.

los sujetos, esto es, en su constructo aparece como eje rector la consideración de la humanidad.

Visión que iría estrictamente ligada a la connotación de Kant respecto a considerar al hombre como un fin y nunca como un medio<sup>22</sup>, solamente que en el Derecho de los sujetos han de concentrarse una diversidad de fines, entre ellos una serie de deseos e intereses primarios para las personas, los cuales al final han de desplegarse en la consecución de determinados ideales tales como el desarrollo, el bienestar, la dignidad, la libertad, la justicia, la autonomía, e inclusive la felicidad de los hombres.

En consecuencia, este cambio de paradigma a la larga implicaría necesariamente abandonar las antiguas nociones rígidas del concepto del Derecho como un instrumento de control y devendría en la construcción de un nuevo significado de la palabra, en atención a la consideración de los sujetos como fuente y valor de los ordenamientos jurídicos. En suma, en este cambio de arquetipo del Derecho y de la aparición de los derechos, se observa como el Derecho irremediamente va a tender hacia la subjetivación y en consecuencia a la protección de sus habitantes y si uno va más lejos, a la obtención del bienestar y del desarrollo humano, o al menos al sentar las bases para su consecución; y no así al control social de antaño ejercido por el Estado sobre las personas. Transformación de la que surgirían una serie de preguntas, la primera de ellas ¿Cómo se fue gestando este cambio de paradigma del Derecho? y la otra ¿A partir de qué momento el derecho empezó a ver en la protección del individuo su razón de ser?

En referencia a la primera pregunta, esta metamorfosis del Derecho obedecería a toda una serie de consideraciones filosóficas y políticas sobre el concepto de persona, en específico, la consideración que ésta tenía en el Universo; sobre el valor que tiene el individuo como medida de todas las cosas, esto es, el rol de la

---

<sup>22</sup> Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Trad. de Manuel García Morente, ed. las cuarenta, p. 14.

idea de persona estaba centrado más que nada sobre el papel que desempeñan los sujetos en el mundo; y derivado de ello, el papel que juega ésta en los ordenamientos jurídicos; como detentador de determinados bienes necesarios para su subsistencia, lo cual irremediablemente devendría en la consideración de las personas por parte de los ordenamientos jurídicos, no ya como un mero objeto a regular o catalogado como un individuo acotado por un conjunto de reglas tendientes a prohibir o permitir una conducta, sino como un ente susceptible de protección, como un ser humano necesitado de la Ley.

Por supuesto, la historia de la humanidad, ha demostrado en todo su camino que este cambio de *sujeción a potestad* no iba a ser asimilado por todas las partes involucradas de manera inmediata, y aún no lo es, puesto que la reivindicación de la condición humana y la consecuente aparición de sus derechos, sigue encontrando una inconmensurable cantidad de detractores, argumentando éstos que los derechos y el iushumanismo, en la actualidad bajo la figura de derechos humanos, solo son una utopía, idolatría, política o un simple mito creado para prevenir actos de barbarie.<sup>23</sup>

Además de este cambio paradigmático del Derecho, este capítulo pretende destacar el hecho de que toda sociedad independientemente del régimen y cultura que tenga, necesita sistemas jurídicos que les ofrezcan legitimidad para repudiar formas de gobierno grotescas e inmorales, motivos por los cuales existen los derechos humanos; los derechos existen para evitar el trato inhumano y explotador de las cúpulas de poder sobre cualquier humano, sobre cualquier socavamiento de la condición humana.

Para responder a la primera pregunta que nos formulamos, es decir, cómo se ha ido forjando este cambio de paradigma del Derecho, hay que señalar de manera forzosa que la transformación de este fenómeno social, como lo es el Derecho, se encuentra íntimamente relacionada con la historia del hombre, por lo cual al sufrir

---

<sup>23</sup> Ignatieff, Michael, *Human rights as idolatry*, Princeton University, April 4–7, 2000.

éste un cambio radical durante el renacimiento, lo propio era que este término hiciera lo mismo, esto en razón a la repercusión de las ideas humanistas, lo cual conllevaría a que dicho término comenzará a ser utilizado también para designar las atribuciones de dominio por parte de un sujeto respecto a un bien determinado, dando lugar con ello a un cambio en la cosmovisión del Derecho, ya que es a partir de este movimiento cuando el Derecho comenzaría a ver en el sujeto, su principal esencia, pues éste apelara a razones últimas, bases claras para justificar el trato hacia con los demás, una mentalidad o ideología de los derechos llamada humanismo legal.

En esta nueva etapa del hombre y en especial del Derecho, se apela por un tiempo en el que se sitúe de nueva cuenta al hombre como el centro del Universo, tal y como lo mencionó Protágoras<sup>24</sup> y lo secundaron los renacentistas<sup>25</sup>, atendiendo al fracaso de la legalidad injusta en la que se encuentra la sociedad, donde únicamente se ven los intereses del Estado, de la economía, de los grupos de poder y no los del hombre como un individuo con una dignidad inherente a su persona.

El cambio de modelo del Derecho opresor a un status jurídico que busca en sus entrañas una teoría de lo correcto, una definición de justicia a través de la cual los individuos encuentren un mínimo de condiciones para desarrollar sus planes de vida, independientemente del camino que elija, una libertad negativa protegida por sus derechos. Ideas que coadyuvaron en esta transformación del Derecho y sobre todo del mundo, apareciendo en el orbe el humanismo.

Posición filosófica del Derecho que atiende a situar al hombre en el centro del discurso del derecho, parecido a la posición de Vico al mencionar que “el conocimiento y por lo tanto la historia son creaciones del individuo para el

---

<sup>24</sup> Protágoras citado por Platón, *Diálogos V, Teeteto*, Gredos, España, 1988, p. 148.

<sup>25</sup> Para mayor referencia sobre las repercusiones de este movimiento cultural al que Voltaire denominó Renacimiento véase el libro de Beatriz Bernal Gómez “Historia del derecho”, Colección cultura jurídica, UNAM-IIIJ, 2010, p. 135-155.

individuo”,<sup>26</sup> relacionado también a lo estatuido muchos años antes por Aristóteles en su *Ética* donde establecería que “la vida se halla en su ejercicio activo, puesto que la acción es algo que no se puede atribuir a ninguna sustancia inanimada, ni siquiera a ninguna existencia animada, excepción hecha del hombre, por lo que en consecuencia, es evidente que el hombre es el verdadero creador o productor de las acciones”.<sup>27</sup>

Otro de los rasgos de esta posición del hombre en el mundo, se encuentra en las ideas renacentistas plagadas de una ideología humanista habrían de configurarse como uno de los factores fundamentales en el cambio de visión del Derecho, esto se debe principalmente a la consideración acerca de los hombres, relativo a que por ningún motivo los seres humanos deben ni tienen que considerarse como objetos, ya sea de comercio o de cualquier uso indiscriminado.

La función principal de este cambio de paradigma del derecho radica en eso precisamente, en que los derechos sirvan de protección y salvaguarda a los sujetos y que los individuos se traten como lo que son: “humanos”, y dejar de tratarse como objetos, empezando por el trato que nos debemos como sujetos, no como cosas; para ello se necesita a los derechos, para darse un trato igualitario sin ningún tipo de distinción que por nuestra propia condición humana sea inminente; o acaso es tan difícil entender que nuestra especie es sólo una y que cada uno de los individuos que la compone tiene derecho a la misma consideración moral; para esta equidad se necesita de esta visión humanista del Derecho, la cual pueda asegurar los bienes básicos de los hombres, bienes que no está por demás decirlo, deben configurarse como instituciones primarias y superiores a la Ley.

---

<sup>26</sup> Véanse principalmente la obra de Giambattista Vico, en específico “La Ciencia Nueva” donde hace una defensa del humanismo en donde va a decir que su principal finalidad al elaborar esta obra era construir una ciencia del hombre, de su historia, en suma de las cosas humanas para la mayor gloria del género humano, Giambattista Vico, *Ciencia Nueva*, Madrid, Tecnos, 2006.

<sup>27</sup> Aristóteles, *Ética*, Edimat, 2001, España, p. 327-339.

Puesto que los derechos humanos son un reflejo del progreso moral de la humanidad, ante los barbarismos acometidos en contra de ésta, tal y como la historia lo ha demostrado, por lo cual los derechos de los sujetos se revelan como escudos de protección ante los abusos y la opresión de los poderosos. Son una respuesta a la abominación de los estados totalitarios y de las prácticas sociales inmorales y explotadoras, donde lo único que importa es uno mismo y el acrecentamiento de la riqueza, mientras que la conciencia acerca del otro es intrascendente, los derechos no son otra cosa que la manifestación de la otredad, de la preocupación por nuestros semejantes, basados en una fórmula de cortesía, respeto y bienestar.

Uno de los objetivos fundamentales de esta mutación del Derecho atiende a la ardua y complicadísima pretensión de reivindicar al hombre en su posición en el mundo, visto como el creador y fuente del Derecho y no así como el objeto de sujeción a la Ley; esto es, a buscar que el individuo vea en el ordenamiento los mecanismos para preservar, proteger y acrecentar su condición humana, es entender que el derecho se integra a partir de la tutela primordial del individuo y no así del otrora Estado detentador del poder en cuanto a la regulación de las conductas de dichos sujetos.

Los derechos se convierten en una forma de increpar a la consciencia del mundo para prevenir las perpetraciones y vejaciones a la condición humana; en cierto sentido, se convierten en un tipo de esperanza y de fe tendientes a que no se presenten nunca más crímenes contra la humanidad, ya que representan valores e intereses de conservación para la condición humana, la cual busca desarrollarse en paz y en un estado de constante bienestar y desarrollo.

Este cambio paradigmático del Derecho obedece también en cierto sentido a lo que mencionaba Rousseau al pronunciarse sobre el género humano expresando que él mismo “no debe estar ante los extremos donde hombres ricos compran a

otros y donde las condiciones humanas verdaderamente paupérrimas hacen que sean los hombres pobres los que se vean orillados a venderse para subsistir”.<sup>28</sup>

Por eso, los derechos de los sujetos o en denominación actual derechos humanos, apelan a la equidad y a la igualdad entre la condición humana, puesto que todos partimos de la misma condición de humanidad, nadie tiene ni más ni menos derecho sobre otra persona, todos tienen un deber moral para con todos, es decir, se deben respeto para con sus semejantes. Transformación que partiría indudablemente del enfoque humanista, centrado en un inicio en la naturaleza humana, que conllevo a un estado de Derecho con tintes humanistas, donde los hombres son el eje rector de los ordenamientos jurídicos, en suma, la condición humana se convierte en el núcleo del Derecho.

Por estas y muchas más razones, las cuales por razón de espacio no es posible desarrollar en esta tesis, el Derecho debe verse como una creación más de los individuos, como una verdadera innovación de los ordenamientos jurídicos enfocada en la tutela de los hombres; normativa centrada en todas aquellas implicaciones que conlleva ser un sujeto, un ser humano con valor propio y protegido mediante sus derechos.

Siglos más tarde, esta transformación y centralidad de los sujetos en el Derecho se vería plasmada en el pleno reconocimiento jurídico tanto en los ordenamientos constitucionales como en los instrumentos internacionales de una serie de derechos que hoy en día encuentran y cuentan con ellos los sujetos, premisas que a su vez van a permitir a estos sujetos, o al menos eso es lo que se pretende, desarrollar sus planes de vida de manera libre y autónoma<sup>29</sup> y estar en las posibilidades de alcanzar un estado de bienestar general.

---

<sup>28</sup> Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, el Aleph, 1999, p 4.

<sup>29</sup> Isaiah Berlin sostiene que el derecho a la libertad involucra el planear la vida personal de acuerdo con la propia voluntad. Isaiah Berlin, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, págs. 187-243; mientras que para Rawls todos deben tener igual derecho a estas libertades, ya que son prerequisite para lograr la realización o modificación de cualquier plan de vida y son condición necesaria para el autorespeto. Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, FCE, 4ª reimp., 1971, p. 97.



Bajo este contexto, resulta indiscutible apelar a la visión humanista actual del Derecho, al grado de que el hombre va a desempeñar el papel principal en el discurso jurídico, situación reconocida en estos últimos años en los ordenamientos jurídicos, en especial a través de los principios *pro persona* y de la dignidad humana. En este supuesto, el orden de los factores no sólo cambia el producto, sino que lo evoluciona, lo evoluciona tanto que llega al grado de tener como eje principal al humano mismo y no al control ejercido sobre él.

Es importante tener al hombre como el núcleo de los ordenamientos jurídicos, puesto que este hecho se relaciona a la liberación de las cadenas que aducía Rousseau al cuestionarse sobre la esclavitud del hombre al señalar que “el hombre ha nacido libre, y sin embargo, vive en todas partes entre cadenas. El mismo que se considera amo, no deja por eso de ser menos esclavo que los demás”.<sup>30</sup> Cadenas que la concepción del Derecho moderno o incluso pretende quitar de encima de los hombres, es esta visión antropocéntrica de los ordenamientos legales.

Si bien es cierto Rousseau no sabía de donde provenían estas ataduras, en un intento de respuesta, se puede decir que dicho encadenamiento de los hombres procedía del hombre mismo, de los productos imperfectos del pacto social, de esa especie de estabilidad y sobre todo de la seguridad de subsistir ante todas las arbitrariedades de los detentores del Pacto social, el Estado, donde solamente se encargan de preservar el Estado, concentrándose más en asegurar su continuidad en el poder, que de sus propios pobladores, olvidándose así de los entes individuales que conformaron ese pacto y concentrándose en el acrecentamiento de poder que les permitiera asegurar su existencia, lo cual vino a encontrar sustento en el Derecho.

Se trata de ser conscientes de que el Derecho y los consecuentes derechos humanos nos pertenecen como humanidad, que son de nosotros para nosotros,

---

<sup>30</sup> Rousseau, Juan Jacobo, Óp. cit., nota 28, p 4.

que se constituyen como medios para clamar por nuestros intereses y nuestro bienestar, y no así como visualizar al Derecho como un instrumento de los intereses del Estado; de la economía; de los diversos grupos de poder, etcétera.

El inicio de este cambio de visión del Derecho y de todas las manifestaciones culturales en general, se encuentra en apropiarse de estas creaciones, en terminar con las ataduras de los hombres, en acabar con estos instrumentos arbitrarios de control y de castigo; ver a los derechos como los mecanismos de justicia, que tanta ansiedad tiene la humanidad de conocer; la clave de los derechos humanos está en clasificarlos o más bien catalogarlos como medios para asegurar la subsistencia y existencia de la condición humana.

El fruto principal de este cambio de paradigma, consistiría en la aparición del tema sobre la significación y más que nada la titularidad de los derechos de los sujetos, percepción sobre dicha titularidad que habría de dividirse en dos posiciones ya clásicas para la teoría del derecho: 1) aquellos que los van a ver como un presente, como una dádiva o mejor dicho una concesión que el ordenamiento jurídico va a otorgar a los sujetos<sup>31</sup>, y 2) en un enfoque más subjetivo en el que se van a atender intereses de los individuos como lo son el reconocimiento de ciertas facultades, potestades, libertades<sup>32</sup>, e inclusive algunas convicciones relevantes para el género humano como el desarrollo, el bienestar e inclusive la felicidad, desde luego estas últimas como premisas anteriores al régimen jurídico y sobra decir que superiores también.

Ahora bien, sé es consciente de que esta visión humanista del Derecho, puede encontrar diversos detractores que en un inicio se han de preguntar: ¿Por qué es tan importante voltear a ver al hombre como detentor de derechos? ¿Por qué

---

<sup>31</sup>Esta posición se le ha denominado positivismo jurídico, entre cuyos principales exponentes se encuentran Kelsen, Hart, Bentham y en un principio Norberto Bobbio. Para un análisis más detallado se sugiere consultar sus obras.

<sup>32</sup> En lo que refiere a este reconocimiento de las facultades preexistentes a los hombres, la teoría del derecho le denomino derecho natural, entre los autores que defienden esta posición están Javier Hervada, Beuchot, Javier Saldaña, solo por mencionar algunos.

estas exigencias morales y legales que tienden a denominarse derechos humanos son tan importantes para los hombres?

La única respuesta que se puede ofrecer al respecto sin caer en una especie de idealismo o en un misticismo, es que los derechos humanos son imprescindibles para preservar la condición humana y todas las implicaciones que conlleva ser un “humano”, con valor universal, unidos por un criterio de objetividad, es decir, por la condición humana, ya que innegablemente todos los hombres son iguales debido a que comparten la misma condición humana y derivado de este entendimiento, se puede llegar a establecer una filosofía de vida a la altura de esta circunstancia de humanidad.

De ahí que, para este análisis sobre la transformación del Derecho, se vuelva necesario comprender en qué consiste esta significación de los derechos y en especial a que se refiere esta circunstancia de cuando las personas hablan sobre la titularidad de sus derechos, no sin antes apreciar el momento en que el Derecho voltea hacia los individuos.

### **El momento en que el Derecho empezó a transformarse, el inicio del cambio del paradigma del Derecho: la noción de los derechos de los sujetos.**

Es importante saber dónde empieza a gestarse la idea de que el individuo sea la fuente y valor del Derecho al igual que a donde se dirige dicha concepción. Conocer las causas que dieron origen a los derechos de los sujetos, a este cambio de paradigma, en precisar los motivos que condujeron a que los individuos se convirtieran en el núcleo de los ordenamientos jurídicos.

Lo anterior, responde a la idea obsoleta de ver al derecho como la contención de la conducta de los hombres proclamada en el pacto social, sino más bien a observar al Derecho como un medio para un fin, como un elemento normativo-valorativo en el que los hombres puedan elegir de manera libre y autónoma sus

planes de vida que satisfagan sus intereses mínimos vitales y que de ello se derive un desarrollo y, por ende, un estado pleno de bienestar.

La idea de los derechos basados en la consideración de los sujetos derivaría en la concepción del derecho subjetivo, término que parte del estoicismo mediante el cual se define la forma de conciencia más cercana a los derechos de los hombres a través de la idea de *Humanitas*. Posteriormente en la edad Media se despliega como *lex naturalis*, a partir de la ley natural de los teólogos, como muestra de ello se encuentran “Las *Etimologías*” de san Isidoro de Sevilla en donde este autor se remite a tres pilares: la común posesión de todas las cosas; la igual libertad para todos; la posibilidad de actuar sin daño para otros.<sup>33</sup>

Como señala Douzinas esta nueva concepción de *humanitas* surge en la teología cristiana, capturada de manera soberbia en la afirmación paulina de que no hay griego o judío, hombre libre o esclavo, sino que más bien todos los hombres forman parte por igual de la humanidad espiritual que se yuxtapone a la deidad.<sup>34</sup>

Con el transcurso del tiempo, como más adelante se verá, con Jean Gerson el concepto de derecho subjetivo vino a secularizarse, dejando de lado estas referencias religiosas, principalmente las cristianas, que situaban a los derechos humanos como un regalo de Dios; este término encontraría su explicación en una diversidad de autores, ya fuera su esclarecimiento a través del derecho natural o del derecho positivo; pero ya en una visión totalmente alejada de la visión teológica, puesto que el derecho natural se situaría en la noción de naturaleza humana o de la recta razón<sup>35</sup>, mientras que el derechos positivo reclamaría su existencia en atención a los ordenamientos jurídicos.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup>Pérez Herranz, Fernando Miguel, El derecho subjetivo y los derechos humanos, Eikasía, Revista de Filosofía, No. 49, mayo 2013, p. 30.

<sup>34</sup>Douzinas, Costas, *The End of Rights*, Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, Vol. 7, T. 1, Trad. de Fernando Falcón y Tella, 2006, p. 324.

<sup>35</sup>Al respecto de esta visión véase el libro de Mauricio Beuchot y Javier Saldaña “Derechos humanos y naturaleza humana”, Beuchot, M. y Saldaña, J., *Derechos humanos y naturaleza humana*, México, UNAM, 2000.

La primera percepción del derecho natural basada en la naturaleza humana, se asemeja a lo expresado por Sartre en *El existencialismo es un humanismo*<sup>37</sup>, donde aduciría que el hombre es poseedor de una naturaleza humana, que es el concepto humano, que se encuentra en todos los hombres; lo que significa que cada hombre es un ejemplo particular de un concepto universal: el hombre. Estos individuos ya sea de los bosques, de la naturaleza o burgueses siempre están sujetos a la misma definición y poseen las mismas cualidades básicas.<sup>38</sup>

Posición de corte aristotélico-tomista de Sartre, que se vuelve primordial en la construcción de este trabajo y en la comprensión de los derechos de los sujetos atribuidos en un principio por Dios; derechos denominados por la teoría iusnaturalista como derechos naturales, puesto que el modo de entender al mundo se hacía con base a la facultad del alma del individuo; método basado más en la observación, la experiencia y la verificación empírica que en el raciocinio puro, confrontándose en este sentido con las tesis seculares cartesianas, en donde la mente, la *res cogitans*<sup>39</sup> se caracteriza esencialmente por el atributo del pensamiento, y se opone radicalmente al cuerpo y por ende niega otro supuesto más allá de lo tangible.

Lo que derivó de este cambio de paradigma de los ordenamientos jurídicos, fue la consideración de tomar al individuo como su razón de ser, lo que resultó en el origen de la noción del “derecho subjetivo”, cuyo análisis, a lo largo de la historia, ha fascinado y desafiado a generaciones de teóricos.

Ahora bien, propiamente la transformación del Derecho, se da alrededor del siglo XII, donde propiamente el estudio de este término iba a dividirse en dos vertientes;

---

<sup>36</sup> Ídem.

<sup>37</sup> Sartre, Jean Paul, *El existencialismo es un humanismo*, editores unidos mexicanos, México, 2003, p. 11.

<sup>38</sup> Ídem.

<sup>39</sup> Descartes al definir a la *res cogitans* la señalaba como el conocimiento de la realidad que procede no de los sentidos sino de la razón, del entendimiento, siendo éste fuente y origen del conocimiento, ya que el conocimiento se genera a partir de la realidad, conocimiento que puede ser deductivo partiendo de ideas y principios evidentes, razón por la cual estas ideas y principios son innatos. Descartes, René, *El discurso del método*, Espasa Calpe, Madrid, 1995.

a saber, la explicación del concepto en tanto su configuración objetiva como un conjunto de normas, es decir, un ordenamiento jurídico, lo cual conllevó una connotación denominada *ius*, o sea, el estudio del Derecho y la explicación del mismo se realizaba a partir de la norma jurídica; mientras que la segunda percepción del Derecho, más reciente claro está, se enfocaría en la facultad o potestad del individuo sobre determinados objetos, materiales o inmateriales, viniendo a convertirse el individuo como el objeto principal a tutelar por el ordenamiento.

Valores e ideales del ser humano proclamados en un inicio en Occidente por el cristianismo; doctrina que iba a contribuir de manera considerable en la construcción de los derechos subjetivos, anteponiendo al individuo como un ser superior a la idea de cosa u objeto en el comercio, como era común ver a los esclavos; es decir, la aparición de la idea de dignidad humana encuentra sus orígenes en la fraternidad y la igualdad cristiana<sup>40</sup>, hasta llegar a la actualidad donde si bien este concepto se ha ido secularizando hasta alcanzar la noción moderna de los derechos humanos, no obstante, estos derechos en sentido genérico no dejan de tener un contenido y valor teológico.

Un ejemplo más de esta concepción judeo-cristiana está entre otras declaraciones, en las glosas al Decreto de Graciano, donde se puede encontrar la palabra *ius* en el sentido moderno de derechos subjetivos, tales como *derecho a*, es decir, se hace una referencia constante a las nociones romanas *in rem* o *in res*.

Uno de los estudiosos de esta antología es Michel Villey, quien explica el hecho de que en cierto momento de la historia, el significado de “derecho” viró hacia una perspectiva subjetivista: el concepto de “derecho” dejó de ser asociado con “proporción objetiva” para pasar a designar cierta facultad de la que

---

<sup>40</sup>Véase al respecto a Solís García, Bertha, “Evolución de los derechos humanos” en *El Estado Laico y los derechos humanos en México: 1810-2010*, Moreno Bonett, Margarita y Álvarez de Lara, Rosa María (coord.), UNAM-IJ, 2012, pp. 77-100.

supuestamente es titular el individuo por su propia naturaleza.<sup>41</sup> Argumentando que este tipo de Derecho en última instancia se deriva del mismo sujeto, de su esencia, de su naturaleza.<sup>42</sup> Facultades que preexistirían a la ley, y que ésta no podría más que reconocer, pero no crear, ya que el hombre es de donde parte el derecho y no así del Estado.

Sobre esta base, sigue indicando Villey, el derecho se fue perfilando, con rasgos cada vez más nítidos a la idea del derecho subjetivo, gracias a una renovación del pensamiento jurídico sustentada en el triunfo del individualismo y del voluntarismo jurídico cuyos principios fundamentales, tanto en el ámbito del Derecho público como en el del Derecho privado, resultaban irreconciliables con los principios cardinales de la Filosofía y de la Ciencia jurídicas tradicionales.<sup>43</sup>

Sin embargo, la gestación de esta mutación del Derecho se fue dando de manera paulatina y por demás peculiar, siendo el caso de que uno de los antecedentes más remotos a decir de Villey se encuentra en Guillermo de Occam<sup>44</sup>, señalando el autor francés, que fue el nominalista Occam, el responsable de iniciar una revolución semántica de la palabra *ius*, al establecer en su *Opera nonaginta dierum*<sup>45</sup> que el derecho es toda potestad lícita de usar una cosa exterior, de la cual nadie debe ser privado en contra de su voluntad, sin culpa suya, a no ser que medie una causa racional y si fuere privado de ella, podrá demandar en juicio al que le privó.<sup>46</sup>

---

<sup>41</sup>Es un derecho que émana de la persona, que es inherente a la persona, que es su atributo, Villey, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, p. 146.

<sup>42</sup>Ibidem, p. 145.

<sup>43</sup>Ídem.

<sup>44</sup>Para mayor abundamiento en la historia de este concepto véase Villey, M., *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Óp. cit., nota 41 y *La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

<sup>45</sup>Occam, Guillermo de, *Opus nonaginta dierum*, cap. 6, ed. Offler, Mancunij, 1974, Tomo I, p. 359.

<sup>46</sup>Ídem.

Génesis de la mutación del Derecho y su transformación en derecho subjetivo nunca ha estado alejada de la controversia, ya que por una parte Villey<sup>47</sup> ha de encontrar, como se dijo, las raíces de este concepto en los franciscanos del siglo XIV, en especial en Guillermo de Occam, señalándolo como el gran innovador y el gran revolucionario creador de la doctrina de los derechos subjetivos, basándose según se da a entender Villey, en una filosofía de corte nominalista y sosteniendo que sólo las entidades individuales tienen existencia real, definiendo a decir de Villey, Occam al derecho subjetivo como *facultas o potestas*.

En cambio, Brian Tierney y Richard Tuck ponen en entredicho estas conjeturas sobre la fuente del derecho subjetivo que expone Villey, señalando el primero de ellos en su libro "*The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law*, que el origen de los derechos de los sujetos y por consiguiente al cambio de paradigma del derecho, tal y como es utilizado en el sentido moderno, esto es, como *potestad o facultad del sujeto* se da en el siglo XII, al situar este autor el punto de partida del derecho subjetivo en los canonistas de los años 1200, argumentando para tal efecto que las afirmaciones respecto a que "Occam hizo una innovación radical y produjo un 'monstruo híbrido' cuando definió *ius* (derecho) como un poder subjetivo (*potestas*)"<sup>48</sup> eran incorrectas, toda vez que ese lenguaje ya era común en escritos jurídicos anteriores, especialmente por Hugoccio, un siglo antes de Occam, quien declaró: "Ellos tienen un poder de administración, que es un derecho".<sup>49</sup>

Tierney sustenta estas ideas en lo acontecido durante el siglo XII, época en la cual acontece un renacimiento de los estudios legales, centrados principalmente en Bolonia, Italia y en específico en el Decreto de Graciano en el año 1140, en donde se encuentran comentarios como los de Bonaventure, así como de Godfrey of

---

<sup>47</sup>Villey, Michael, Óp. Cit., nota 41, p. 44-46.

<sup>48</sup>Tierney, Brian, *The Idea of Natural Rights Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law*, Emory University, Cambridge, 1997, p. 31.

<sup>49</sup>Ibídem, p.57.



Fontaines, Peter Olivi, Accursius, Johanness Andraea y Gewirth.<sup>50</sup> En lo que toca a Bonaventure, dicho autor va a distinguir cuatro formas de propiedad común asociadas con cuatro categorías de derechos, a saber, con aquellas derivadas de las necesidades de la naturaleza, las relacionadas con la caridad fraternal, de la ley civil del mundo y de aquellas dadas por Dios. En este sentido, Bonaventure se pronuncia sobre los frailes al decir que “ellos deben reclamar su derecho con humildad.”<sup>51</sup>

En lo que respecta a Godfrey of Fontaines, éste ha declarado que cada uno de los sujetos está obligado por la ley de la naturaleza para sostener su vida, lo cual no puede hacerse sin disfrutar de los bienes exteriores, entonces por ley de la naturaleza, derecho natural, cada uno tiene un relativo dominio y en cierto sentido un derecho (*ius*) en los bienes comunes exteriores de este mundo, derecho que por ningún motivo no puede ser renunciado.<sup>52</sup>

Otro de los autores que difieren de esta fuente de los derechos de los sujetos expuesta por Villey y centrada en Occam, es Richard Tuck, jurista que iría todavía más atrás en sus investigaciones, de lo mencionado por Villey y Tierney, aduciendo que si bien es cierto en el derecho romano no existía la noción moderna de derecho subjetivo, sí lo es que los romanos empleaban la noción de *ius* para denotar la posición jurídica del titular de ciertas servidumbres prediales creadas por acuerdos privados;<sup>53</sup> en tanto que la figura jurídica del *dominium* era utilizada para el control absoluto de un predio, esclavos o dinero. Por lo cual señala que es durante el Imperio tardío donde las nociones de *ius* y de *dominium* vendrían acercándose hasta parecerse a la moderna noción de *ius in rem*.<sup>54</sup>

Posteriormente, este mismo autor, declararía que la teoría de los derechos naturales como derechos activos adquirió forma definitiva en la obra de Jean

---

<sup>50</sup> Idem.

<sup>51</sup> Ibídem, p. 37.

<sup>52</sup> Ibídem, p. 38.

<sup>53</sup> Tuck, Richard, *Natural Rights Theories, Their Origin and Development*, Cambridge, 1979, p. 8-9.

<sup>54</sup> Ibídem, p. 10-11.

Gerson, quien formuló por primera vez la distinción entre *ius* y *lex* y concibió a los derechos de todos los hombres como facultades o poderes derivados de la voluntad de Dios,<sup>55</sup> al definir al *ius* como “*ius est potestas seu facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen recta erationis*”.<sup>56</sup>

Prosiguiendo Tuck al decir que fue en el siglo XII en la escuela de Bolonia donde apareció la primera teoría moderna de los derechos subjetivos, la cual estaba basada en la noción de derechos “pasivos” o pretensiones (derechos contra alguien). Distinguiendo por vez primera entre derechos *in re* (derechos en la cosa, como el usufructo y el dominio) y derechos *pro re* o *ad rem* (derechos a la cosa).<sup>57</sup> Aunque iba a ser Accursio quien idearía la distinción entre *dominium utile* (el que posee el usufructuario) y *dominium directum* (el que posee el señor superior), extendiendo así la concepción de dominio e iniciándose un proceso de redefinición de los derechos en términos de derechos “activos” (derechos a hacer algo), que culminó con Bartolo de Sassoferrato.<sup>58</sup>

De las aportaciones antes expresadas del concepto de derecho subjetivo tanto de Occam como de Bonaventure, Hugoccio, Gerson y los canonistas medievales en palabras de Villey, Tierney y Tuck<sup>59</sup> respectivamente, se desprende que la mayoría de las teorías del origen de los derechos subjetivos encuentran su sustento, al menos en Occidente, en el pensamiento cristiano<sup>60</sup>, en específico en el pensamiento de los decretistas, franciscanos y los nominalistas, derivado de la

---

<sup>55</sup> Ibídem, p. 25-27.

<sup>56</sup> Jean Gerson, en su *De vita spiritualis*, va a señalar que “El derecho es una potestad o facultad actual que conviene a alguien según dictamen de la recta razón”, citado por Folgado, Avelino, *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo*, Volumen 1, San Lorenzo de El Escorial, 1960, p. 147.

<sup>57</sup> Tuck, Richard, Óp. cit., nota 53.

<sup>58</sup> Ibídem, p. 15-17.

<sup>59</sup> De igual manera esta discusión ya clásica del Derecho, ha sido abordada por Avelino Folgado, Álvaro D’Ors, Alejandro Guzmán Brito, Goytisolo y Francisco Carpintero, quienes consideran también que a partir de los franciscanos la filosofía jurídica incluye una interpretación subjetiva de los textos, una interpretación que la filosofía jurídica romana excluye taxativamente, donde el *Ius* primeramente definido como objeto fue desplazado por el *Ius* entendido como *facultas* o *potestas*, vinculándose al sujeto, a la individualización de los mismos como derechos que nacen del sujeto mismo, y no del pacto social.

<sup>60</sup> Villey señala en sus *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Óp. cit., nota 41, que el origen del derecho subjetivo es de influencia de las ideas de la moral cristiana como fermento del individualismo y de un misticismo de la más alta vida.

lucha por la propiedad y sobre todo en el dominio pleno de determinados bienes, visto principalmente como una facultad otorgada por Dios.

Solo por mencionar uno de los ejemplos a través de los cuales estos reclamos imperantes sobre todo en la Edad Media tuvieron su materialización normativa, o si se quiere llamar positivización, se encuentra en la Carta Magna de Juan sin Tierra. Declaratoria que está imbuida de este pensamiento teológico en todo su contenido, demostrando que los derechos, libertades y concesiones otorgadas a todos los hombres en el reino son por la gracia de Dios y para el honor del mismo, lo cual viene a demostrar la enorme influencia cristiana en los documentos antecesores de los derechos.<sup>61</sup>

Lo que más tarde habría de secularizarse y adquirir la forma del derecho subjetivo, que en la actualidad no es más que los derechos humanos, una especie de religión secular.<sup>62</sup>

Solamente, que este camino del derecho natural al derecho positivo y de vuelta a una especie de valores en los ordenamientos actuales, en donde moral y derecho se unen, no sería y no creo que sea en mucho tiempo asimilado tan fácil, puesto que aún esta cuestión de los derechos de los sujetos representa un enigma pendiente por resolver.

### **Del paradigma al enigma**

Esta significación de los derechos y sobre todo su titularidad, se ha convertido en uno de los enigmas que ha rodeado a esta era moderna de los derechos en la que el mundo está, donde el individuo es considerado como elemento trascendental; es decir, como el valor-fuente del ordenamiento jurídico y sobre todo de las

---

<sup>61</sup>Para muestra de ello, véase la Magna Carta del 15 de junio de 1215 donde aparecen referencias inminentes a la religión cristiana, Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/17.pdf>

<sup>62</sup>Resultan interesantes los estudios de Bernard Williams y Richard Norman acerca de esta especie de humanismo alejado de la deidad y enfocado en el hombre. Williams, Bernard, Óp. cit., nota 1 y Norman, Richard, *On humanism*, Routledge, New York, 2004.

actuaciones políticas y no como el simple objeto a regular, a controlar, a limitar sino rebelándose como el sujeto relevante del entramado jurídico, de su razón de ser, de su objetivo.

Ahora bien, en lo que refiere a la subjetividad del derecho y todo lo que involucra, no es un afán de nuestra parte brindar una respuesta única correcta, sino más bien, este trabajo procura elucidar algunas ideas en torno a los diferentes significados que puede traer consigo la contestación a la interrogante de la significación y derivado de ellos la titularidad de los derechos, si es que efectivamente son de los individuos o son de las Constituciones, como se ha llegado a decir.<sup>63</sup>

Esto se hace, aunque suene demasiado repetitivo, por el enigma que representa la significación del derecho de los sujetos y por la consecuencia que desempeña en la construcción de las sociedades justas y democráticas, así como la reivindicación de la persona como objeto y constructor del derecho.

Así, para atender la complejidad de este cambio, traducido en la expresión “tengo derecho a”, hay que darse a la tarea importantísima de coadyuvar en la comprensión de todos los derechos, toda vez que los sujetos como titulares de derechos que son, no tienen una idea clara del significado que entraña esta manifestación y ante todo se desconoce cuáles son las implicaciones y alcances que conlleva este cambio de paradigma del derecho al que se ha hecho referencia. Por ello, que la primera parte de este trabajo se abocara a la tarea titánica de brindar una respuesta a la interpelación de la reivindicación del derecho como un instrumento de poder del individuo, otrora del Estado, clave para el entendimiento de los derechos humanos vistos más como condiciones mínimas de desarrollo y como máximas vitales de coexistencia que como empoderamiento de

---

<sup>63</sup> La discusión sobre el origen de los derechos se verá más adelante, por ser de primordial importancia en la presente investigación acerca de la significación de los derechos de los sujetos, en específico se señalará si éstos se derivan de la naturaleza humana o si se configuran gracias a los ordenamientos jurídicos, lo que al final del día se traduce en la inacabada discusión sobre la relación entre moral y derecho.

los individuos a través de expectativas positivas o negativas de prerrogativas por parte del Estado.

Así, al hablar sobre la titularidad de los derechos, es hablar sobre la dignidad humana, sobre el desarrollo humano, sobre el bienestar del individuo, en suma, es hablar del valor de la condición humana y como es que los derechos humanos pueden reivindicarla de los abusos y arbitrariedades por parte del Estado, de la sociedad, del capital, del propio derecho.

Lo que este trabajo pretende es defender a la humanidad a través del conocimiento sobre sus derechos humanos, con especial énfasis y desarrollo en el derecho a la salud dada la relevancia que éste reviste para la condición humana; es dar a conocer a los hombres que no son objeto de nada, sino manipuladores de todo excepto de ellos mismos, es contar con una legislación humanitaria, que nos ayude a que se deje de empobrecer el porvenir de la humanidad, procurándonos valoraciones justas sobre los hombres, un cambio de visión del derecho que nos permita reorganizar la conciencia de los hombres de modo que se sientan orgullosos de su condición humana.

Por consiguiente, la presente investigación se basa en la consideración de los derechos como triunfos del individuo frente al Estado como señalarían Dworkin y Steiner<sup>64</sup>, quienes han de apoyar esta idea antropológica del derecho, al situar al individuo en un plano de igualdad de condiciones básicas humanas.

Hay que ser justos, no todo es tan negro en la vida, y en este sentido el Derecho debe servir a los intereses de las personas, debe ocuparse en proteger a la humanidad, en cuidar de su condición humana, ya que la humanidad no debe ser utilizada en ningún sentido, ni siquiera de manera indirecta para bromas grotescas.

---

<sup>64</sup> Las ideas de estos dos autores respecto a la idea de los derechos como triunfos de los de los individuos se puede ver principalmente en las obras de Ronald Dworkin, *Talking Rights Seriously*, Bloomsbury Academic, New York, 1997, p. 37 así como en la de Steiner, Hillel, *An Essay on Rights*, Blackwell, Oxford, 1994, p. 64-66.

Así, para poder llegar a la idea de la aparición de los derechos de los sujetos tendientes a reivindicar su condición humana, hay que partir primeramente de esta visión subjetiva del ordenamiento jurídico, la cual como se ha venido mencionando juega en nuestros días un papel primordial en la comprensión de los derechos humanos; es inevitable atender el hecho de que los individuos tienen derechos, para lo cual es imperioso entender el significado de los derechos y saber las implicaciones acerca de que los hombres sean susceptibles de poseer derechos y derivado de ello comprender por qué el derecho en la actualidad tiende a reconocer a su progenitor y sobre todo a las necesidades básicas inmanentes a su condición humana.

En conjunto, todas estas premisas nos han de conducir al final del presente trabajo a colegir que los derechos de los sujetos se rebelan como premisas ético-legales relevantes a la condición humana, donde cae el telón de la legalidad y nos muestra a los actores como el principal foco de atención, donde se nos enseña al hombre de derechos, al verdadero soberano de la ley.

Ahora bien, ¿Qué significa tener un derecho? ¿De qué se está hablando cuando se dice *tengo derecho a*? Al respecto se han ofrecido una inconmensurable y a nuestra consideración errátil cantidad de respuestas, sentenciando algunos autores que difieren que tener un derecho es poseer un interés, otros tantos, recalcan que la titularidad de los derechos consiste en detentar una facultad, otros cuantos dirán que se traduce en una potestad, unos más estiman que la respuesta a poseer un derecho es ser susceptibles de una especie de inmunidad, otros tantos harán alusión a que los derechos se contraen a una prestación, a un título, a un triunfo; en este sentido, las respuestas a esta interpelación, claro está desde el ámbito legal, son tan variadas que se ha tornado imposible una homologación en el tema que permita a los gobernados comprender en realidad que significa tener un derecho a, no admitiéndose de ninguna forma la tesis de la única respuesta correcta.

Como ya se señaló, este estudio pretende un ejercicio de concientización de lo que en realidad significan los derechos humanos para sus detentores y no así para el Estado como creador o ente garantista de los derechos que concede estas facultades; a lo cual se convierte esta obra en un compromiso social y humanista ineludible de colaborar en la comprensión por parte de los individuos sobre la significación, alcances e implicaciones acerca de los derechos que poseen los individuos en tanto titulares que son. Aportándose con esta visión, los elementos que estimo necesarios para responder a la pregunta planteada en un inicio: ¿Qué significa tener un derecho? ¿Qué se entiende cuando se usa la frase “es mi derecho o tengo *derecho a*”?

La contestación que se dé a esta interrogante, aunque sea en las distintas modalidades posibles, puede que nos ayude a aclarar, difundir y a expandir el verdadero carácter y significado del derecho subjetivo y hasta del mismo derecho objetivo, visto el primero de ellos más allá de las atribuciones que le otorga o atribuye la ley a un sujeto para su bienestar, sino delineándolo y atribuyéndole un conjunto de herramientas jurídicas para la protección y salvaguarda de sus libertades negativas y positivas.<sup>65</sup>

Brindar los necesarios a los individuos que les permitan desarrollar sus planes de vida de manera digna y con autonomía, todo ello, en aras de conseguir un estado de bienestar y en constante desarrollo, cualquiera que sea la forma que adopten, bajo la única premisa de que “el individuo no debe tener otro límite que el perjuicio de los demás”, como lo ha llegado a señalar Stuart Mill.<sup>66</sup> Considerando con ello al derecho como el conjunto regulatorio, protector y promotor de la condición humana y de las actividades y necesidades que emanan de ella.

En consecuencia, así es como se configura el derecho de los sujetos, como un elemento de suma importancia para satisfacer una vida plena, autónoma, de

---

<sup>65</sup>Isaiah Berlin, Óp. cit., nota 29, pp. 187-243.

<sup>66</sup>Mill, John Stuart, Óp. cit., nota 13, p. 114-119.

desarrollo y de bienestar de los individuos y en general para la construcción de las sociedades democráticas; motivos por los cuales es importante conocer con qué derechos se cuentan.

Derechos que se encuentran reconocidos y asegurados en las Constituciones Políticas, premisas ético-legales con las que se aspira a construir y obtener sociedades más justas, derivado del hecho de que los derechos de los individuos juegan en la actualidad un papel primordial y más que nada central en las reflexiones sobre la justicia, bien sea en la forma de derechos morales básicos o de derechos constitucionales, por lo cual no es para menos enfocar nuestros esfuerzos en el estudio de estos.

No es un secreto que el discurso de los derechos humanos, en el que actualmente la sociedad se encuentra inmiscuida, no haya podido todavía ser desentrañado, ya que aún se desconoce esta premisa por los individuos titulares de éstos; incompreensión que deviene en una infinidad de teorías que no nos ofrecen un criterio unívoco a esta interrogante de los derechos subjetivos.

Por lo anterior, aparece como inminente la obligación de analizar debidamente este término, así como la adopción de los mismos por parte de nuestro país al adentrarse en esta discusión sobre su correcta aplicación y sobre todo comprensión, gracias a la reforma acontecida en 2011<sup>67</sup>, problemática que nos presenta ya que se ha decidido incluir a los derechos humanos como la parte sustancial de nuestra Carta Magna y por ende de nuestro orden político-

---

<sup>67</sup> Con la reforma del 10 de junio de 2011, se modificó el Título primero con el nombre “De los Derechos humanos y sus garantías”, esto al señalar la Comisión de Puntos Constitucionales que los derechos humanos son una de las dimensiones constitucionales del derecho internacional contemporáneo y que estos son inherentes a la dignidad de la persona y reconocidos por el Estado, a través de sus leyes, que su vigencia, protección, defensa, promoción, educación y vigilancia son una responsabilidad del Estado que se ha venido reforzando a través de la firma y ratificación de tratados internacionales en la materia, que establecen pautas para garantizar una serie de derechos que son universales, inalienables, imprescriptibles e inderogables. Por lo cual es menester que los derechos humanos estén establecidos de manera clara en la Constitución, puesto que en ellos deben estar basadas las políticas públicas que promueva el Ejecutivo; 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.



económico y social, sin antes haber comprendido el origen de los mismos, su finalidad y su fundamento, su llamada exigibilidad, y sobre todo su justiciabilidad.

Todos estos reparos en la comprensión de los derechos, han devenido en un manejo caótico de los términos y finalidades, que se deriva muchas de las veces en la falta de aplicación de los mismos, atribuido a la aducida falta de conocimiento de los mismos; sin dejar de mencionar uno de los papeles primordiales de un Estado de Derecho actual consistente en la previsibilidad de los gobernados en el conocimiento de sus derechos humanos.

Lo anterior, se debe al hecho de hacer partícipe a los sujetos poseedores sobre estos derechos humanos, acerca de cuáles son estas mínimas y máximas condiciones de supervivencia de las que son titulares; ya que al final del día ellos son los detentadores de estas determinaciones, tal y como lo establece Tamanaha, “el Derecho no es un fin en sí mismo, el fin del Derecho es el bien de la sociedad”.<sup>68</sup> Fines del Derecho donde a su vez dentro de éstos se encuentran los propios fines del individuo, y donde el derecho debe establecer los medios para su prosecución, otorgándoles independencia y apoyo a los sujetos y no restringiéndoles sus aspiraciones de superación de ninguna manera.

De manera que se torna indispensable investigar por qué el Derecho fue cambiando, en el sentido de que comenzaría a actuar en favor del individuo y no en su contra, esto es, para satisfacer sus intereses y brindarle las oportunidades de que alcance un estado de bienestar y desarrollo, no para ejercer un dominio sobre él.

Ahora bien, la adopción de centrar el discurso jurídico en el hombre y en la tutela de sus necesidades básicas o bienes primarios, entre los que destaca la salud, del hombre abstracto, significa un punto de ruptura con la tradición positivista que como señalaba, ve la sujeción del hombre al derecho tomándolo como objeto del

---

<sup>68</sup>Tamanaha, Brian, Óp. cit., nota 4, p. 62.

derecho y no como el sujeto de derechos, en tanto que solo va a reconocer su condición humana y los derechos inmanentes a la misma en cuanto ésta sea legalizada.

Lo anterior, viene a traducirse en que hasta que no se acuda a formalizar su personalidad en las instituciones que ha decidido fijar el mismo gobierno, el hombre y su condición humana, mucho menos sus intereses e inclusive la satisfacción de estos bienes básicos y primarios no tienen cabida.

Con este cambio de paradigma y el nacimiento del enigma de los derechos de los sujetos que se ha mencionado, el derecho tiende a configurarse como un ente cultural creado por el sujeto al servicio del mismo, de sus intereses, de su seguridad de su integridad, entre otras cosas, y no al control de éste; cambio de visión que atendería a nuevos objetivos del derecho, tales como la preservación y plenitud de la condición humana. Para muestra de lo anterior, basta lo expresado por Wilhelmi y Pisarello en cuanto a la invocación de los derechos humanos, la cual, aducen, constituye una pieza central en los programas políticos, en las decisiones gubernamentales y en las movilizaciones sociales y ciudadanas, pero ¿en qué sentido? ¿De qué se habla cuando se habla de derechos?<sup>69</sup>

Irreductiblemente, la mayoría de las personas bien o mal no se pondrán de acuerdo en por qué los sujetos tienen derechos o cómo es que los tiene, o bien, de qué forma los adquirieron, pero de lo que si se está seguro es que todos apelan a su existencia, en atención a que son necesarios para la condición humana, para evitar los abusos y vejaciones que sufren los sujetos, por lo cual la realidad impele a retomar la práctica de los derechos humanos.

Por lo pronto, intentaré dar la respuesta a que se comprometió en un inicio, esto es, a descubrir la significación de los derechos de los sujetos, ya que tal y como

---

<sup>69</sup>Wilhelmi, Marco Aparicio y Pisarello, Gerardo, “Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas”, en *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, Ed. Huygens, España, 2008, p. 169.

señala Rodolfo Arango, “es importante saber qué derechos tenemos, ya que no basta que el Estado proteja las libertades básicas como las libertades de pensamiento, expresión o asociación, sino que la persona pueda, incluso, exigirle alimentación, salud y educación, cuestión fundamental para la construcción de una vida digna y, por ende, de una sociedad justa.”<sup>70</sup>

Porque los derechos nos invitan a ejercitar la prudencia que aún cabe en nuestro sentido de humanidad y superar nuestra bestialidad, son la máxima expresión de la condición humana, puesto que ponen en claro el trato que nos debemos unos a otros, es la conciencia de consideración a la especie humana. Preocuparnos entonces por la significación de los derechos y en consecuencia por la titularidad de los mismos, es interesarnos por la reivindicación de la condición humana sobre sus propias creaciones, tal cual es el Derecho.

---

<sup>70</sup>Arango, Rodolfo, “John Rawls y los derechos constitucionales” en *Con Rawls y contra Rawls: una aproximación a la filosofía política contemporánea*, editado por Juan José Botero, Unibiblos, Bogotá, Colombia, 2005, p. 141.



Los derechos son el conjunto de condiciones  
que permiten a la libertad de cada uno,  
acomodarse a la libertad de todos.  
-Emmanuel Kant-<sup>71</sup>

## **CAPÍTULO DOS. HACIA UNA DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS: EL DERECHO SUBJETIVO**

No es un secreto para nadie que existen diversas nociones de la palabra Derecho, aunque para los efectos de esta investigación, es menester aclarar en primer término la distinción más connotada de esta palabra, la cual se da principalmente en los términos de derecho objetivo y de derecho subjetivo. La primera definición de este concepto se ha de identificar con el conjunto de reglas denominadas en su conjunto como Derecho, comúnmente llamado derecho objetivo para distinguirlo de la segunda acepción de este término consistente en el atributo de los sujetos respecto a determinados bienes, al cual se le ha denominado derecho subjetivo, para enfatizar que el derecho está en poder de los sujetos.

Este apartado se centra únicamente en la segunda noción del término derecho, es decir, en la subjetivización del derecho como conjunto de normas, esto es, en la definición del derecho subjetivo, en cuanto facultades y potestades que tienen los individuos en cuanto a ciertos bienes.

En este orden de ideas, la respuesta más común ofrecida al respecto, parece un tanto cínica y trillada a mí entender, ya que la misma consiste en catalogar a los derechos de los sujetos como derechos que le pertenecen al hombre por el hecho de ser hombres.

La otra explicación utilizada cuando se habla de lo que significa “tener un derecho” es aquella mediante la cual inmediatamente los juristas se refieren al término de “derecho subjetivo”, visto como la atribución legal que le corresponde a un sujeto

---

<sup>71</sup> Kant, Emmanuel, Óp. cit., nota 22, p. 16.

en virtud de que así se lo confiere la misma Ley, a diferencia del Derecho objetivo que se percibe como el ordenamiento jurídico en su conjunto, es decir, las normas jurídicas como tal, una visión que recae en el positivismo como creador y no como protector.

Para poder hablar de lo que se entiende por “tener un derecho”, me coloco en un principio ante el viejo concepto fundamental de los derechos subjetivos.

Lo anterior obedece a que en el discurso actual, y no tan actual de los derechos, la teoría del derecho así como la filosofía jurídica sólo se ha dado a la tarea de discurrir sobre la formalidad de los mismos, si son auténticos derechos o no, si son fundamentales o no, si es que debe desarrollarse su contenido en las Constituciones, y no así a buscar el origen de los derechos humanos en cuanto a su fundamento tanto jurídico como metajurídico, por lo que se hace necesario para ello en un comienzo abordar el concepto de derecho subjetivo, como de manera muy acertada lo menciona Alonso Rodríguez, “los derechos humanos son ininteligibles sin el concepto de derecho subjetivo.”<sup>72</sup>

### **Una primera aproximación a la idea de los derechos de los sujetos: el concepto de derecho subjetivo<sup>73</sup>**

Antes de continuar a explicar esta idea de la titularidad de los derechos vistos de manera simple como derechos subjetivos sin ir más allá de éste, se aclara que la cosmovisión de dicho concepto y muchos otros más están fuertemente determinados por la percepción de quien escribe estima deba ser entendido como tal.

---

<sup>72</sup>Rodríguez Moreno, Alonso, *Origen, evolución y positivización de los derechos humanos*, CNDH, México, 2011, p. 3.

<sup>73</sup> El concepto de derecho subjetivo es uno de los conceptos jurídicos fundamentales que preocupa a la teoría general del derecho. Por supuesto, su estudio integral sobrepasa las posibilidades y objetivo del presente trabajo. Véase el libro de Cruz Parceró, Juan Antonio, *El concepto del derecho subjetivo*, Fontamara, México, 1999, así como, Michael Villey, *Óp. cit.*, nota 41 y 44.

En palabras de Rorty “un concepto tiene su base en la realidad del uso que se le da al término, adquiriendo su validez en tanto la aceptación del significado que se manifiesta en el discurso, es decir, de lo que comúnmente se entiende cuando nos referimos a dicho término”.<sup>74</sup>

Así los teóricos del derecho hablarán acerca del derecho subjetivo desde un punto de vista eminentemente jurídico, los politólogos de los fundamentos político-estatales de los derechos, los sociólogos del papel que juegan estos derechos en la construcción de la sociedad, los economistas como las atribuciones de libertad y autonomía sustentadas en la célebre frase *laissez faire-laissez passer* y los filósofos de la metafísica, ontología, fenomenología y teleología de los derechos.

La visión que aquí se ofrece, pretende ser más antropocéntrica en el estudio de este término legal, concordando en cierto punto con Vico en el entendido de que el conocimiento y, por lo tanto, la historia, son creaciones del individuo para el individuo<sup>75</sup>, entre dichas creaciones se encuentra la idea del derecho subjetivo a la luz de su configuración como una atribución legal, cuya base axiológica la encuentra en el derecho moral-natural y sobre todo en la condición humana, en los valores que entraña ésta categorización del hombre como humano, como sujeto y no como objeto, en vísperas de un bienestar y un desarrollo autónomo que le permita lograr la felicidad.

A decir de González Contró, los intentos por responder al cuestionamiento sobre la titularidad de los derechos han sido muy numerosos y pueden remontarse a siglos atrás; sin embargo, en el contexto del debate actual han retomado fuerza.<sup>76</sup>

Por lo que cabría decir que ahora es la idea del individuo como creador y detentador de derecho la que persiste en estos días y no así la percepción del

---

<sup>74</sup>Rorty, Richard, *Objetividad, relativismo y verdad. Escritos filosóficos 1*. Barcelona, Paidós, 1996, p. 166.

<sup>75</sup>Vico, Giambattista, *Óp. cit.*, nota 26.

<sup>76</sup>González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, UNAM-III, México, 2008, p. 160.

Estado como opresor, como dueño de los recursos persuasivos de la Ley, tal y como lo señalaría en su célebre ensayo Judith Shklar.<sup>77</sup>

En una aproximación inicial a este concepto, de manera ilustrativa se dice que se posee un derecho cuando el ordenamiento jurídico reconoce a un sujeto una potestad –de hacer o no hacer- y derivado de ello la de reclamar correlativamente de otros sujetos se comporten o no de una manera determinada, es decir, se tiene una pretensión fundada sobre un reconocimiento establecido en la ley. Definición que vendría a ser la percepción más común del significado del derecho subjetivo, aunque no la más connotada para la visión humanista del Derecho en la que se basa esta tesis, tal y como se verá al final del presente apartado, toda vez que la misma está arraigada en el positivismo.

No es posible ignorar la fuerza que tiene la expresión tener un derecho en el lenguaje actual, ya que la palabra en sí misma evoca una pretensión, algo que legítimamente corresponde a quien reclama el contenido del mismo; tiene una fuerza de exigencia.<sup>78</sup>

Por lo que en aras de explicar el concepto del derecho subjetivo, el cual pudiera responder de manera rápida pero inconclusa a la pregunta inicial sobre la titularidad de los derechos, me avoco a revisar la antología del mismo. Sin embargo, desde aquí quiero aclarar que no estimo que ésta sea la respuesta que se está buscando para explicar a los derechos de los sujetos, toda vez que dicha definición es demasiado genérica, aunque sí resulta ser de suma importancia proceder al análisis de la formulación histórica de este concepto para saber lo que el mismo implica.

Por tales motivos este trabajo se dará a la tarea de ofrecer una breve antología de las concepciones del derecho subjetivo, tomando como punto de partida los estudios ya referidos de Villey y algunas objeciones sustentadas al momento en

---

<sup>77</sup>Shklar, Judith, Óp. cit., nota 2, pp. 91-106.

<sup>78</sup>González Contró, Mónica, Óp. cit., nota 76, p. 166.



que sitúa a los derechos subjetivos realizadas tanto por Tierney<sup>79</sup> como por Tuck<sup>80</sup>.

El objetivo perseguido en este apartado es el de brindar a los individuos en general, un entendimiento sobre la significación de sus derechos; derechos vistos como armas jurídicas de defensa y de bienestar, o igual llamadas cartas de triunfo ante el poder político por Dworkin<sup>81</sup>, ofreciendo para tal efecto mayores elementos que les permitan esclarecer un poco acerca de las implicaciones, alcances, características y finalidades de sus derechos, denominados técnicamente por la teoría jurídica derechos subjetivos; focalizando la presente investigación primordialmente en su concepción como una facultad-potestad-atribución de los particulares respecto a determinados bienes primordiales para tener una vida digna.

Con lo que se busca solucionar lo mencionado por Alexy sobre “la variedad de aquello que es llamado derecho subjetivo, crea un problema terminológico. Preguntándose si se ¿debe reservar uno al usar la expresión derecho subjetivo, cuya ambigüedad y vaguedad es realmente extraordinaria, sólo para algunas posiciones? o ¿debe ser utilizada en un sentido lo más amplio posible? Respondiendo que la primera cuestión encierra el peligro de provocar una estéril polémica acerca de qué debe ser llamado derecho subjetivo, mientras que la segunda necesita de una redefinición del mismo.”<sup>82</sup>

Al igual que Montoro<sup>83</sup>, al aducir que “los complejos supuestos del individualismo, subjetivismo, iusnaturalismo y liberalismo en función de los cuales se gestó, desarrolló y consolidó la idea de derecho subjetivo, no brindan solamente una significación técnico jurídica, sino que tiene también un alcance ético, ideológico-

---

<sup>79</sup>Véase Tierney, Brian, Óp. cit., nota 48.

<sup>80</sup>Véase el libro de Richard Tuck, Óp. cit., nota 53.

<sup>81</sup>Dworkin, Ronald, Óp. cit., nota 64, p. 139.

<sup>82</sup>Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 185.

<sup>83</sup>Montoro Ballesteros, Alberto, *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, trabajo presentado para concurrir a la oposición a la Cátedra de *Derecho Natural y Filosofía del Derecho* de la Universidad de Málaga, convocada por O. M., el 11 de noviembre de 1981.

político, e incluso mítico que ha contribuido a hacer del derecho subjetivo uno de los conceptos más problemáticos del pensamiento jurídico”.

En este sentido, los orígenes del cambio de paradigma del Derecho a “el derecho de los sujetos”, se debe a diversos autores que de una u otra forma contribuyeron a este hecho, entre los que destacan Guillermo de Occam, Bonaventure y Marsilio de Padua.

Por su parte Occam aduce que la libertad se configura como una capacidad primera del ser humano, anterior a todo derecho, teoría que fue formulada con motivo de las polémicas sobre la pobreza evangélica, en este sentido Occam señaló que el derecho se funda en la facultad moral para obrar libremente, potestad que ha sido otorgada por Dios a todo hombre. El término “potestas” es recurrente en todas sus definiciones de libertad, lo cual viene a significar el libre arbitrio del que pregonaba la religión cristiana.<sup>84</sup>

En lo que toca a Bonaventure, dicho autor va a distinguir cuatro formas de propiedad común asociadas con cuatro categorías de derechos, a saber, con aquellas derivadas de las necesidades de la naturaleza, las relacionadas con la caridad fraternal, de la ley civil del mundo y de aquellas dadas por Dios. En este sentido, Bonaventure se pronuncia sobre los frailes al decir que “ellos deben reclamar su derecho con humildad.”<sup>85</sup>

En palabras de Guzmán Brito, otro de los precursores del concepto del derecho subjetivo, es Marsilio de Padua, al señalar este último en su texto “*Defensor pacis*” que existen distintos sentidos de la palabra *ius*, a partir de su significación “*de omni humano actu, potestate vel habito adquirido*”, en este sentido Marsilio de Padua comenta: “*Secundum hanc quidem significationem soliti*

---

<sup>84</sup>Occam, Óp. cit., nota 45, p. 359.

<sup>85</sup>Tierney, Brian, Óp. cit., nota 48, p. 37.

sumus dicere `hoc ius alicuius esse', cum rem aliquam iuri primo modo dicto conformiter vult aut tractat".<sup>86</sup>

Expresiones que a decir de Guzmán Brito vienen a presuponer que "este derecho es de alguien" cuando alguien quiere o pretende algo. Pero lo que en realidad interesa destacar, según este mismo autor, es la idea de los juristas de identificar *ius* con *potestas*, por lo cabe preguntarse si es que ¿No habrá sido precedida la palabra *ius* por diversos usos lingüísticos como "este derecho es mío", "esto es mi derecho", "por derecho puedo"?.<sup>87</sup>

Ideas, que a su vez, conectan con la idea de una época prístina, en la que aún no había sido incorporado el *derecho de gentes* y donde Isidoro distingue entre el *fas* y el *ius*; el *fas* es todo lo que una persona puede hacer lícitamente, sin hacer daño a otro; aparece la libertad de las personas fundamentada en el derecho natural. En el *ius commune* la noción de *libertad* se define en relación a la servidumbre. Finalmente, bajo el derecho natural todos los hombres nacen libres, idea del cristianismo primitivo que los dominicos, franciscanos defenderán con un ahínco que conducirá a las nuevas formas de justicia.<sup>88</sup>

Lo que se puede concluir es que todos estos autores identifican tanto *potestas* como *facultas* como los términos en los que se va a dar el cambio de paradigma del Derecho al derecho de los sujetos, lo que después se desarrollaría en el concepto de derecho subjetivo, dentro de una categoría más genérica como es la *libertad*, facultades y potencias inmotivadas de libertad corresponden por igual a todos y cada uno de los seres humanos.

Esta genealogía de los derechos de los sujetos, con la consecuente aparición del concepto del derecho subjetivo continúa en los conceptos propuestos por la

---

<sup>86</sup>"Según esta significación, en efecto, los sujetos están acostumbrados a decir que 'este derecho es de alguien', cuando alguna cosa se quiere o pretende, conformemente con el derecho en el primer sentido dicho". Marsilio de Padua, *Defensor pacis*, II parte, 12, 10 y 11.

<sup>87</sup> Guzmán Brito, Alejandro, *Historia de la denominación del derecho-facultad como "subjetivo"*, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Valparaíso, 2003, p. 407-433.

<sup>88</sup>Pérez Herranz, Fernando Miguel, *Óp. cit.*, nota 33, p 45.

escolástica española, pasando por los elaborados en la Ilustración, hasta finalmente llegar a las teorías contemporáneas ofrecidas, entre otros, por: Ihering, Jellinek, Kelsen, Hohfeld, Bobbio, Hart, Dworkin, Alexy, Ferrajoli, entre otros.

### **La aparición del concepto del derecho subjetivo. Su desarrollo conceptual en la Escolástica española.**

Ahora, es en la primera escolástica española, donde autores como Domingo Soto, Bartolomé Salón y Luis de Molina<sup>89</sup> van a señalar que en el mundo de los humanos el sujeto de derechos es el hombre, debido a que es el único capaz de concebir y perseguir un fin propio y personal, junto con la respetabilidad correlativa. Pero no sólo es capaz de eso, sino que es de hecho sujeto de derechos. El hombre es mediador entre Dios y el universo creado, el hombre tiene un fin que realizar y por ello mismo es titular de los medios para alcanzar ese fin, esto es, es sujeto de derechos, ya que el hombre es señor de sí y de todo lo creado inferior a sí, sujeto de dominio y de derecho.

En consecuencia lo que se revela en estos autores como el fundamento del derecho subjetivo es el libre albedrío que poseen los seres humanos solamente sobre las cosas terrenales.

Ya entrados en los siglos XV y XVI<sup>90</sup>, donde propiamente se dio la evolución de este concepto del derecho subjetivo con la segunda escolástica española, derivado del hecho de que este término hizo su aparición de manera formal, en función del concepto de los derechos individuales tal y como los percibimos en la actualidad, ejerciéndose con ello gran influencia en los conceptos elaborados en este periodo por la escolástica española, donde materialmente y no

---

<sup>89</sup>“Suelen distinguirse tres generaciones sucesivas en la génesis de la Escuela. La primera generación, más creadora y contestataria, va de Francisco de Vitoria a Domingo de Soto (1534–1558). La segunda generación de expansión cultural y expansión americana, corre entre Juan de la Peña y Bartolomé de Medina (1558–1590). Y la tercera generación se caracteriza por su sistematización doctrinal y aplicación práctica de la tesis vitoriana, entre el paréntesis científico Báñez–Suárez.

<sup>90</sup>Para el estudio de la noción de derecho subjetivo en los escolásticos del siglo XVI es fundamental el libro de Avelino Folgado: *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo*, Óp. cit., nota 56.

sustancialmente tiene su origen la creación de los ahora denominados derechos subjetivos, surgidos mediante el instinto natural de auto preservación y defensa propia, mismos que jugaron un rol trascendental en el discurso de los derechos que desembocaron en una enorme cantidad de teorías acerca de estos y de los deberes de los individuos.<sup>91</sup>

Bajo este contexto, la segunda escuela de la escolástica española llegó a darle aún más forma a los derechos subjetivos, tal es el caso de Francisco de Vitoria, Erasmo de Rotterdam, Hugo Grocio, Francisco Suárez, Luis de Molina, Duns Scoto, Vázquez de Menchaca, entre otros.

Por su parte, Francisco de Vitoria quien es considerado el fundador de la Segunda Escolástica Española y junto con Erasmo de Rotterdam, fue uno de los primeros humanistas cristianos, ya que el punto de partida de su filosofía consistió en la capacidad de la inteligencia de conocer lo justo. Vitoria, afirmó que la unidad moral y la política de todos los hombres se funda en el derecho natural a la sociedad y a la comunicación, y derivado de ello reconoció, así, la existencia de una comunidad internacional sometida a leyes objetivas, donde la función de los Estados estribaba, en ser representantes de la autoridad. Este español, postuló la existencia de un derecho propio que todos los pueblos paganos o no, tienen y, como consecuencia, la titularidad de una pretensión legítima a la libertad y a la independencia, que tiene que ser respetada por los cristianos.<sup>92</sup>

Es por ello que es en los siglos XV y XVI, donde tiene cabida el renacimiento, que algunos destacados juristas comienzan a darle más forma a este término jurídico del derecho subjetivo o el derecho a algo (*in re*), entre estos eminentes juristas destaca el nombre de Hugo Grocio, para quien el derecho es una “cualidad moral

---

<sup>91</sup>Virpi Mäkinen, *The Evolution of Natural Rights, 1100–1500*, Disponible en: [https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/25778/06\\_makinen\\_2008\\_4.pdf?sequence=1](https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/25778/06_makinen_2008_4.pdf?sequence=1)

<sup>92</sup>Soberanes Fernández, José Luis, *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*, UNAM-III, Serie Estudios jurídicos, No. 114, p. 44-47.

que corresponde a una persona para tener o hacer algo justamente; cualidad que, cuando es perfecta, es denominada “facultad”.<sup>93</sup>

Grocio, es quien va a terminar por secularizar el concepto del derecho subjetivo, renegando de su connotación cristiana, recurriendo al recurso de la razón natural, tratando de encontrar un fundamento válido independiente a la existencia de Dios, un fundamento autónomo y laico que pudiera ser reconocido por todos los hombres, independientemente de sus creencias religiosas, cuya base fuera la acción de los hombres y no el irresistible poder de Dios.<sup>94</sup>

Otro ilustre jurista fue Francisco Suárez, quien a su vez, definió al derecho subjetivo como el poder que se tiene sobre una cosa que de alguna manera le pertenece a las personas: “Suele llamarse propiamente derecho a cierto poder moral que uno posee sobre lo suyo o lo que le es debido; así se dice que el propietario de una cosa tiene derecho sobre la cosa.”<sup>95</sup>

Mientras que para Luis de Molina, “el derecho subjetivo es el poder que el hombre posee en relación con alguna cosa y en tal sentido se dice que alguien usa de su derecho. Un dominio natural del hombre sobre su libertad, proveyendo una clara definición de *ius* como facultad moral”.<sup>96</sup>

Es Duns Scoto, quien tiende a distinguir dos aspectos de esta voluntad en la ley natural la *ley indicans* y la *ley imperans*. La primera de ellas que es la ley natural es conocida meramente por la razón, revela una indicación sobre la conducta que no genera ningún deber. La segunda pertenece los preceptos de la ley natural que, pese a ser racionales, sí tienen una razón de débito (*ratio debiti*), porque son ordenados por Dios.

---

<sup>93</sup>Grocio, Hugo, *Del derecho de la guerra y la paz*, libro I, capítulo 1.

<sup>94</sup>Lafer, Celso, Óp. cit., nota 20, p. 43.

<sup>95</sup>Suárez, Francisco, *De opere sex dierum*, cap. 16, núm. 9, III, pág. 280.

<sup>96</sup>Molina, Luis de, *Los seis libros de la justicia*, trat. II, disp. 1, 2, p. 192.

Mientras que para el español Vázquez de Menchaca “existe un Derecho de gentes primario que tuvo su origen en el mismo linaje humano, y otro secundario que empezó más tarde; consta, en segundo lugar, que el Derecho de gentes primario, por lo que respecta a los hombres, *no es otra cosa que la misma naturaleza humana o cierto instinto innato y la razón natural que inclina a lo honesto y aparta de lo contrario.*<sup>97</sup>

Ideas que develarían esta división del derecho así como la consecuente existencia de un estadio anterior al derecho civil, en el que cada hombre se guía por su naturaleza y tendencias. En esta tesitura, para este jurista español el hombre tiene toda la valía de su propia humanidad en la comunidad civil.<sup>98</sup>

A lo que se puede concluir es que *Potestas y facultas* son los términos en los que se va a desarrollar el concepto de derecho subjetivo, dentro de una categoría más genérica como es la *libertad*. Estas facultades y potencias inmotivadas de libertad corresponden por igual a todos y cada uno de los seres humanos.

### **Los derechos subjetivos en la Ilustración**

Ya en el siglo XVIII, aparece con más fuerza aunque con menos formalidad los derechos de los sujetos dados los conflictos revolucionarios tales como la Revolución Francesa, la Revolución Industrial, la Guerra de Independencia de los Estados Unidos de América. Aquí es realmente cuando empiezan a gestarse primordialmente en Francia, Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica los ideales de la libertad, la igualdad de derechos, la dignidad y la fraternidad. Los cuales vendrían a expresarse en sendas declaraciones de derechos subjetivos como lo son: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Declaración, un poco menos mediática, de Derechos de Virginia de 1776,

---

<sup>97</sup> Vázquez de Menchaca, Fernando, Controversias, citado por José Luis Soberanes, Óp. cit., nota 92, p. 70-71.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 72.

catálogos que habrían de ser el fundamento actual positivo de las partes dogmáticas de las futuras Constituciones.

Empero, antes de dar por sentado este antecedente de la positivización de los derechos, toda vez que estas declaraciones dada la época carecían de vinculatoriedad e internacionalización, ya que se configuran como “soft law”<sup>99</sup> sin el correspondiente aparato sancionatorio que vendría a ser el ordenamiento jurídico y la sanción como elemento coactivo, resulta de suma importancia el resaltar que estas declaraciones no pudieron entrar en la escena internacional sin las ideas de la Ilustración, corriente liderada principalmente por Montesquieu, Voltaire, Rousseau, entre otros que propiciaron el movimiento de la ilustración.

En este siglo se van a retomar estas ideas del derecho natural en cuanto al valor del hombre, pero se va a hacer en su vertiente originaria, la de que los hombres son hechos a imagen y semejanza de Dios, que son creaciones de Dios y que él es quien les da valor como tal, ideas que se corroboran con el lenguaje usado en las Declaraciones de derechos que se ha hecho mención, en las que todas de una u otra forma se van a referir al fundamento de Dios, de su creador, por lo que es innegable esta influencia religiosa, de derecho natural en los derechos de los hombres, puesto que aún se tiene ese respeto y esa autoridad a los dioses.

Tan es así lo anterior que C. Taylor, hablando sobre la Declaración de Independencia de los Estados Unidos ha dicho que los derechos humanos son originariamente otorgados por Dios y el objetivo del gobierno es garantizarlos y defenderlos.<sup>100</sup>

Mientras tanto Montesquieu va decir que los derechos subjetivos son la facultad del particular para exigir una determinada conducta (positiva o negativa) de parte

---

<sup>99</sup>International Human Rights, *Law: Prospects and Challenges*, curso online disponible en: [https://accounts.coursera.org/signin?course\\_id=972182&r=https%3A%2F%2Fclass.coursera.org%2Fintlhumanrightslaw001%2Fclass&user\\_action=class&topic\\_name=International%20Human%20Rights%20Law%3A%20Prospects%20and%20Challenges](https://accounts.coursera.org/signin?course_id=972182&r=https%3A%2F%2Fclass.coursera.org%2Fintlhumanrightslaw001%2Fclass&user_action=class&topic_name=International%20Human%20Rights%20Law%3A%20Prospects%20and%20Challenges)

<sup>100</sup>M. C. Taylor, *Después de Dios. La religión y las redes de la ciencia, el arte, las finanzas y la política*, Siruela, Madrid, 2011, p. 115.



de la Administración.<sup>101</sup> En tanto que Voltaire vendría a afirmar que “el derecho no puede fundarse en otra cosa que no sea este derecho natural”; el gran principio, el principio universal de unos y otros, sobre toda la tierra, es: “No hagas lo que no quieras que te hagan a ti”.<sup>102</sup>

Rousseau no brinda una definición tal cual de los derechos subjetivos, no obstante en su *Contrato Social* menciona que la sociedad, así como la concebimos, presupone a un hombre dotado de prerrogativas innatas, al igual que la idea de igualdad y de dignidad de los hombres como sujetos y no como objetos de comercio, tal y como se mencionó al inicio del presente capítulo, disparidades sociales tan marcadas donde unos compran a otros y otros se ven obligados por necesidad a venderse.<sup>103</sup> En consecuencia, ha de desprenderse de tan viva percepción que el individuo es sujeto de derechos, lo cual en un futuro, vendría traducirse en facultades legales inmanentes a su condición humana.

En lo que toca a Robespierre, éste tampoco dará un concepto como tal al respecto, aunque sí resultan sobresaliente sus ideas en torno a la vida y a la dignidad de los hombres, en cuanto a la abolición de la pena de muerte por ser ésta injusta y contravenir a la ley de la defensa natural, en tanto que ésta justificaba y aprobaba la abolición de dicha pena inhumana, ya que al anularla se proclamaba la libertad y la felicidad social. De lo contrario al sostener, esa barbarie el hombre para el propio hombre ya no sería algo sagrado, ya que se le reduciría de manera injusta su dignidad al burlarse tan tajantemente de su vida. Finalizando este discurso que dondequiera que las leyes ofendan a la humanidad con un exceso de rigor, se estará ante el desconocimiento de la dignidad de los hombres e inclusive su inexistencia.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, Porrúa, México, versión castellana de Nicolás Estévez, 3ª edición, 1977, p.122.

<sup>102</sup> Voltaire, *Tratado sobre la tolerancia*, Critica, España, 1999, p. 6.

<sup>103</sup> Rousseau, Juan Jacobo, Óp. cit., nota 28, p. 126-127.

<sup>104</sup> De Robespierre, Maximiliano, Discurso pronunciado el 30 de mayo de 1791 en la Asamblea Constituyente francesa, el cual puede ser consultado en la siguiente dirección electrónica:  
[http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_science\\_criminelle/penalistes/la\\_loi\\_penale/sanction/robespierre\\_peine\\_de\\_mort.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_science_criminelle/penalistes/la_loi_penale/sanction/robespierre_peine_de_mort.htm)

Justamente, fue en Francia donde tuvo verificativo, el movimiento transformador de la Ilustración y sobre todo de la universalidad de los derechos del hombre, dando pie en 1789 a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, acta que señala en gran parte de sus 17 artículos, el derecho como una facultad, un poder, una atribución del mismo sobre cuestiones innatas al hombre, en suma, el derecho a algo. Aún y a pesar de que estas declaratorias no eran en un inicio vinculantes, sino que fue hasta su posterior internación en los ordenamientos jurídicos de los países adoptantes de la misma.

### **El positivismo y el concepto del derecho subjetivo en el siglo XIX**

El estudio del concepto como tal del derecho subjetivo, retomaría su fuerza en el siglo XIX, ya que es durante este periodo donde diversos juristas están más preocupados por el significado de los derechos subjetivos a la luz de su papel como un concepto jurídico fundamental, se dieron a la tarea de elaborar diversas explicaciones y propuestas en torno al concepto del derecho subjetivo, destacándose entre muchos otros, los conceptos formulados por Ihering, Hegel, Windscheid, Jellinek, Regelsberger, Austin, Kelsen y muchos más.

Por su parte Ihering ve a los derechos subjetivos únicamente como medios, a saber: como una *protección* del derecho, una *acción de la justicia*. Aduciendo que los derechos son intereses jurídicamente protegidos.<sup>105</sup>

Mientras que Hegel, al describir al derecho subjetivo menciona que éste se concibe como un poder de la voluntad reconocido por el derecho objetivo, o un poder de dominio prestado al individuo por el orden jurídico<sup>106</sup> y Windscheid, aduce que la misión del Derecho privado, es decir el derecho subjetivo, es la de fijar los límites al dominio de la voluntad de los individuos a través de mandatos y

---

<sup>105</sup>Ihering, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, T. IV, DeBailly-Baillere e Hijos, Madrid, 1892, p. 365.

<sup>106</sup>Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Principios de la Filosofía del Derecho*, trad. por Juan Luis Vermal, Sudamericana, Buenos Aires, 1975, p. 40.

prohibiciones, consistiendo, entonces, en un querer permitir que culmina en el poder de la voluntad cedida por el ordenamiento jurídico, valiéndose el sujeto de la norma para tener derechos con plena libertad para la consecución de sus fines, facilitándole el ordenamiento jurídico los medios para constreñir a los demás a la observancia de la norma.<sup>107</sup>

Mientras que Jellinek va a definirlo como “la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se refiere a un bien o a un interés”,<sup>108</sup> en tanto que Regelsberger, lo entiende como el “poder para la satisfacción de un interés reconocido”.<sup>109</sup>

Los dos filósofos positivistas más importantes si cabe calificar este hecho, son John Austin y Hans Kelsen. En este sentido, para Austin, los derechos sólo pueden ser positivos y por ende la existencia de derechos naturales es impensable, argumentando que solo debe pensarse en razón de que las normas jurídicas en caso de conferir derechos, lo que están haciendo es imponer deberes correlativos al derecho.<sup>110</sup> Y en cuanto al filósofo de Königsberg, Hans Kelsen, éste argumentaría que si existe el derecho subjetivo, solo éste es posible en función de una norma jurídica y no así de una potestad o facultad inherente a los individuos, ya que el derecho no es el interés protegido, contrario a lo aducido por Ihering, sino que el derecho es el medio de protección de un interés<sup>111</sup>.

Vendría a ser la minuciosidad de Kelsen la que ofrecerá un análisis más profundo de los derechos subjetivos, dividiéndolos para su estudio en cinco sentidos

---

<sup>107</sup>Windscheid, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, párrafo 37, libro primero, primer tomo, citado por Vallado, Fausto en *Derechos subjetivo*, Revista de la Facultad de Derecho de México, No. 19 Julio – Septiembre, Año 1955, p. 130.

<sup>108</sup>Rodríguez, Lorenzo, en *Prontuario de Derecho Constitucional*, Coord. Pablo Lucas Verdú, Ed. Comares, Granada, 1996, p. 132.

<sup>109</sup>Regelsberger, *Pandekten*, I, Citado por Agudo González, Jorge, *Evolución y negación del derecho subjetivo*, Revista Digital Derecho Administrativo, No. 5, primer semestre/2011, p. 20.

<sup>110</sup>Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales, núm. 86, México, 1986, p. 46-47.

<sup>111</sup>Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado: (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, Porrúa, México, 1987, p.543.

conforme a su uso como señala Cruz Parceró, a decir estos son el derecho subjetivo como reflejo, el derecho subjetivo en sentido técnico, el derecho subjetivo como permiso, los derechos políticos y los derechos o libertades fundamentales.<sup>112</sup>

Kelsen al referirse a los derechos subjetivos va a observar que el derecho subjetivo es como el deber jurídico, la norma de derecho en su relación con un individuo designado por la misma norma, designación que es también facultamiento en cuanto hace depender de su declaración de voluntad (ejercicio de una acción, presentación de una demanda), la aplicación de la norma coactiva estatal. En cuanto facultad, no es más que una modalidad, una forma peculiar del derecho objetivo: es norma, y que esa modalidad consiste en que el derecho pone la manifestación de voluntad dirigida a exigir una determinada conducta ajena, como condición del deber de realizar la conducta exigida y, en especial, como condición de realización del acto coactivo, por lo que “quien está por la norma autorizado a manifestar en tal sentido su voluntad es, por sólo esa razón, el 'titular' del derecho subjetivo”.<sup>113</sup>

Visión que vino a transformarse en la base más sólida del positivismo jurídico en franca oposición al iusnaturalismo y la cual aún persiste en la teoría del derecho.

Para muestra de lo anterior, basta lo expresado por Cruz Parceró al mencionar que “el iuspositivismo, que se logra consolidar en el siglo XIX, ha reclamado desde entonces cierta exclusividad para hablar del concepto de derecho subjetivo, reduciendo esta noción a cierto tipo de demandas o exigencias apoyadas en la coacción del Estado.

---

<sup>112</sup>Cruz Parceró, Juan Antonio, Óp. cit., nota 73, p. 46-82.

<sup>113</sup>Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Trad. de E. García Máynez, UNAM, 5ª Ed., México, 1995, p. 76-85.

## Concepciones modernas del término “derecho subjetivo”

Finalmente en el siglo XX, dicho concepto no ha pasado desapercibido en su estudio y en este sentido el mismo ha tratado de ser explicado por algunos juristas, entre los que destacan: Norberto Bobbio, Hohfeld, Hart, Dworkin, Raz, Alexy, MacCormick, Rawls en el panorama internacional, mientras que en México su estudio corrió a cargo principalmente de García Máynez, Rolando Tamayo y Luis Recasens Sichés.

Para Bobbio “los juristas en su mayoría adoptan la noción de entender el derecho subjetivo como que un ordenamiento jurídico le atribuye a un sujeto el poder de obtener ciertos efectos”.<sup>114</sup> En tanto que para Wesley Hohfeld, por su parte, con su ensayo *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning*, va a brindar mayor claridad en la concepción de los derechos subjetivos abordada por Kelsen, al señalar que la palabra “derechos (subjetivos)” tiende a ser usada indiscriminadamente para referirse a lo que puede ser un privilegio, una potestad o una inmunidad, más que a un derecho subjetivo en sentido estricto.

Autor que prefiere usar el término “derecho subjetivo” para referirse a uno de los extremos de la relación “derecho subjetivo-deber”. Además, señala que tal vez resultaría conveniente utilizar el término “pretensión” para referirse al derecho subjetivo en sentido “limitado y propio”.<sup>115</sup> La influencia de este tratadista en la explicación de este concepto es muy amplia en el discurso jurídico que viene a teorizar sobre los derechos de los sujetos.

De igual manera, dos de los principales y máximos exponentes de la filosofía del Derecho: Hart y Dworkin van a pronunciarse acerca del significado del derecho subjetivo, Hart por un lado va a señalar que el derecho subjetivo es la posibilidad de elección del agente por encima de su voluntad y para él lo importante es que el

---

<sup>114</sup> Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, Trad. de José F. Fernández Santillán, FCE, México, 6.ª reimpresión, 1998, p. 98.

<sup>115</sup> Cruz Parceros, Juan Antonio, Óp. cit., nota 73, p. 99.

ordenamiento legal brinde al titular la posibilidad de decidir por él mismo si el deber correspondiente a su derecho debe cumplirse o no, esto es, la ley depende de la elección del individuo de quien se dice que tiene el derecho.<sup>116</sup>

Mientras que para Dworkin los derechos subjetivos se configuran como: “Triunfos”, esto es, se dan en una especie de lucha en la que los individuos defienden sus pretensiones que estiman están justificadas por la ley, frente al riesgo de verlas en peligro.<sup>117</sup> Probablemente Dworkin, o al menos eso creo, ve a los derechos de los sujetos más como una armadura en posesión de los particulares contra de las violaciones a sus bienes humanos básicos que son inmanentes a su condición humana, para coexistir con los demás como sujetos, no como objetos.

Más adelante se sustentará esta noción ofrecida por Dworkin, la cual puede que sea la explicación que más fuerza contenga en un aspecto holístico y antropológico de los derechos de los sujetos, en razón a que los derechos subjetivos analizados como “triumfos” viene implícita la cuestión histórica, filosófica, jurídica, política y cultural, en la que se sitúa al individuo como el primer principio, como el elemento de valor-fuente del Derecho, que se consigna materialmente en el principio *pro persona* en los ordenamientos jurídicos actuales.

En tanto que para Raz este concepto recae en las razones que apelan al bienestar individual -los intereses individuales- donde se combinan con razones que apelan a intereses de otros o con intereses generales para arribar a una especie de conclusión intermedia en el razonamiento práctico, que no es otra cosa sino un derecho; “X tiene un derecho” si y sólo si X puede tener derechos y un aspecto del bienestar de X (su interés) es una razón suficiente para imponer un deber sobre otra persona.<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup>Barranco Avilés, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2000.

<sup>117</sup>Dworkin, Ronald, Óp. cit., nota 64, p. 6-10.

<sup>118</sup>Raz, Joseph, *The morality of freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 166.

Alexy en su teoría analítica, al igual que Kelsen hace un extenso pronunciamiento en cuanto a la definición del derecho subjetivo, señalando que existen tres tipos de posiciones jurídicas o derechos: 1) derechos a algo; 2) libertades y 3) competencias. Los derechos a algo, se subdividen en derechos de defensa y derechos acciones positivas. Los derechos de defensa se subdividen además en tres grupos, el primero está constituido por derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho; el segundo, a que el Estado no afecte determinadas situaciones del titular del derecho, y el tercer grupo se compone por derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho.<sup>119</sup>

MacCormick define a los derechos subjetivos como una capacidad normativa (o moral) que otorga al detentador la facultad de elegir entre exigir el cumplimiento de un deber o renunciar a él;<sup>120</sup> a su vez Ferrajoli concibe al derecho subjetivo como las expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica a la que le corresponde una obligación;<sup>121</sup>

Finalmente, por lo que respecta a Rawls, si bien este filósofo no es claro en su concepto, sí es de destacarse su concepción relativa a que “cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos”.<sup>122</sup>

Como señalaba al principio de este apartado, el tema de los derechos de los sujetos no ha sido indiferente a este país y entre los juristas más destacados están García Máynez, Rolando Tamayo y Recasens Sichés, solo por mencionar algunos.

---

<sup>119</sup> Alexy, Robert, Óp. cit., nota 82, pp. 186-227.

<sup>120</sup> MacCormick, Neil, *Reconstruction after deconstruction: A response to CLS*, Oxford Journal of Legal Studies, 1990, p. 130.

<sup>121</sup> Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005, p. 19.

<sup>122</sup> Rawls, John, Óp. cit., nota 29, p. 67-68.

En este sentido, García Máynez considera que el derecho subjetivo es una autorización concedida al facultado por la norma para exigir una conducta del obligado;<sup>123</sup> por su parte Tamayo los ubica como una señal práctica que indica que alguien tiene una razón –un fundamento jurídico- para hacer una conducta humana, es decir, “X tiene derecho a  $\phi$ ” y lo que es muy importante, los demás lo entienden así.<sup>124</sup>

Finalmente para Luis Recasens Sichés es la esfera de libre actividad que tiene el sujeto, en virtud del *deber jurídico que pesa sobre todos los demás y sobre las autoridades* de comportarse de tal manera que no lesionen el ámbito libre de mi conducta, ni se interfieran dentro de este ámbito. En estos casos, mi derecho subjetivo es la traducción a mi vida de las consecuencias de unos deberes jurídicos que pesan sobre otras personas; constituye lo que se ha llamado el *reverso material de los deberes jurídicos de otros sujetos*.<sup>125</sup>

De todos estos conceptos ofrecidos por estos eminentes juristas, tanto nacionales como extranjeros, se observa cómo no existe un consenso respecto a la definición de los derechos subjetivos, si se configuran como facultades, si son potestades, o más bien pretensiones, privilegios, poderes, prerrogativas o inmunidades. Lo cierto es que de estas definiciones aparecen elementos en donde el sujeto se encuentra en estricta relación a una cosa o un acto.

Aunado a esta generalidad, la concepción de la significación y ante todo la titularidad de los derechos de los sujetos, en tanto sujetos a partir de este concepto va a ser erróneo, tal y como lo adelanté en su momento, puesto que esta premisa de los derechos de las personas se deriva de la ley y no de la condición humana.

---

<sup>123</sup>García Máynez, Eduardo, *Lógica Jurídica*, Colofón, México, 2006, p.181.

<sup>124</sup>Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho, Introducción a la ciencia jurídica*, UNAM, México, 1968, p. 70.

<sup>125</sup>Recasens Sichés, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, Porrúa, México, 1959, p. 234.



Esto es, se actualizarán solamente los derechos de la persona si y sólo si el ordenamiento legal así lo dispone, reincidiendo a los derechos a una postura positivista, formalista, legalista, en donde el individuo está sujeto al derecho, tal y como lo expresa Lafer al situar la calidad y la condición del sujeto como humano en un orden groseramente inmoral<sup>126</sup> contrario a la percepción de un sujeto dotado de derechos.

Es este hombre como objeto y no como sujeto quien estaba al capricho del poder, no obstante, cuando este le reconoce, está usando un recordatorio de “conoce”, es decir, va a admitir la condición humana previa del individuo a tutelar a partir de determinadas facultades legales específicas, potestades inmanentes al individuo, libertades esenciales, intereses y/o triunfos, esto es, va a poner al individuo en el centro del discurso, como detentador y como manipulador del derecho respecto a la satisfacción de sus intereses, de su bienestar y hasta de su felicidad.

Por ello, se debe abandonar la connotación del derecho subjetivo, en tanto que el mismo rechaza de manera tajante la titularidad previa del individuo respecto a sus derechos y lo redirige a la norma positivizada, olvidándose en consecuencia de las condiciones mínimas básicas de los individuos y de sus necesidades básicas, así como sus bienes primarios.

Argumentos que conducen a abandonar el concepto de derecho subjetivo *per se*, en atención a que el mismo no brinda una respuesta clara a la pregunta inicial sobre la titularidad de los derechos, a lo cual se hace necesario si es que se quiere solucionar este entinema de la significación y la propiedad de los derechos de los sujetos, dar continuidad a este capítulo con la conceptualización de los derechos subjetivos en tanto pretensiones, facultades, poderes, prestaciones o expectativas o como se les quiere llamar por la doctrina. Asimismo, se mencionan algunos puntos de vista filosóficos sobre la explicación de que los sujetos tengan derechos y que significa ello.

---

<sup>126</sup>Lafer, Celso, Óp. cit., nota 20, p. 92-132.

Aún y cuando el concepto de derecho subjetivo no es el concepto que estoy buscando, como ya se dijo, para expresar el significado y sobre todo la titularidad de los derechos, lo cierto es que probablemente la respuesta si ha de encontrarse inserta en alguna parte del contenido de las definiciones expresadas, para lo cual procederé a realizar un análisis más detallado de las implicaciones y del desdoblamiento que ha tenido este concepto.

Como ya se dijo, el término de derecho subjetivo ha sido reclamado como una exclusividad del positivismo en cuanto a la pretensión y a las demandas o exigencias apoyadas por la coacción en tanto estén en el Derecho objetivo, por lo cual esta idea no ofrece una comprensión certera sobre la titularidad de los derechos. No obstante que este concepto haya servido de manera primaria para explicar la titularidad de los derechos. Por lo que se ha de proceder al estudio de los elementos que han integrado el mismo en el sentido hohfeldiano y filosófico.

### **Desentrañando el concepto del derecho subjetivo. Un análisis de la explicación hohfeldiana.**

Es a partir del cuadro de Hohfeld de opuestos y correlativos que el concepto de derecho subjetivo se va a desdoblar en otros conceptos más precisos en el análisis de los que se debe entender por el mismo, ya sea una pretensión, un derecho, un privilegio, una libertad, un poder, una potestad o una inmunidad, claro está que también señala sus opuestos y sus correlativos, los cuales no mencioné en este trabajo por no ser de particular interés para la presente investigación.

Empresa que intenta dar respuesta a la significación de los derechos mediante la utilización del concepto de derecho subjetivo para explicarlo resulta sumamente compleja, puesto que muchos de estos autores divergen en sus opiniones al respecto y descontextualizan al hombre como titular nato de derechos, toda vez que por una parte algunos de ellos tienden a señalar a este apoderamiento jurídico del sujeto como un interés, beneficio, protección.

Lo anterior, a través de la norma, y por otra parte otros lo configuran, para su correcta interpretación y aplicación, como un haz de posibilidades jurídicas, a lo cual realizan en un desdoblamiento de dicho término en diversas relaciones jurídicas como lo pueden ser: derecho subjetivo en sentido estricto, potestades, facultades, libertades, inmunidades, deberes y privilegios.

En este sentido, pudiera ser que este desdoblamiento del derecho subjetivo sea el que ayude a resolver la pregunta inicial: ¿Qué significa tener un derecho? La misma permitirá dar contestación a esta pregunta a la luz de diversos posicionamientos jurídicos, lo cual al final del día, va a proporcionar los elementos necesarios al individuo para comprender el hecho de tener derechos, tal y como lo argumentan algunos autores, este es el primer y más importante derecho: el derecho a tener derechos.<sup>127</sup>

Precisamente, en el presente apartado parto de la premisa de la concepción multifacética de los derechos subjetivos que redundan en una considerable cantidad de figuras jurídicas tal y como se apreció en el desarrollo del apartado anterior, sin llegar a tocar un punto en particular, dado que es en el presente numeral donde me enfoco en tratar de enunciar de manera breve pero concisa en qué consiste cada una de estas relaciones jurídicas, que pretenden explicar la titularidad de los derechos.

Para dar inicio a este análisis multiforme se hace necesario establecer una línea de salida, poniendo como piedra de toque el estudio realizado por Hohfeld al respecto de los derechos subjetivos en su significativo y esclarecedor artículo "*Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning*", en donde se propone hacer una clasificación de lo que podrían considerarse "derechos de los sujetos", basándose para ello en ocho tipos de relaciones jurídicas estrictamente fundamentales y con pretensión de ser exhaustivas.<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup>Hannah Arendt, Óp. cit., nota 15, p. 247-249.

<sup>128</sup>Hohfeld pretende que sus ocho conceptos jurídicos son constitutivos del "mínimo común denominador del derecho" y, en su opinión, este nivel de análisis refleja "la fundamental unidad y armonía que existe en

A las cuatro primeras modalidades, las identifica como “derechos” del sujeto A: *derecho* (en sentido estricto), *privilegio*, *potestad* y *sujeción*, les corresponden cuatro modalidades pasivas que recaen en otro sujeto B, las que suelen reconocerse como “deberes”: *deber*, *no-derecho*, *sujeción* e *incompetencia*, respectivamente. Mientras que en la segunda categoría que son sus opuestos, los cuales se relacionan con una modalidad pasiva respecto del mismo sujeto A van a ser: *no-derecho*, *deber*, *incompetencia* y *sujeción*.

Lo anterior se puede esquematizar de la siguiente forma:

Opuestos Jurídicos	Derecho (subjective) (right) No-derecho	Privilegio (privilege) Deber	Potestad (power) Incompetencia	Inmunidad (immunity) Sujeción
Correlativos Jurídicos	Derecho (subjectivo) Deber (duty)	Privilegio No-derecho (no-right)	Potestad Sujeción (liability)	Inmunidad (immunity) Incompetencia (disability)

La referida clasificación además de servir de manera ilustrativa en cuanto a uso ilustrativo de estas modalidades de los derechos de los sujetos, lo que en otros términos viene a entenderse por tener un derecho a..., comúnmente llamado un derecho subjetivo, también esta clasificación pretende ir más allá de una descripción de dichas modalidades es, con la ayuda de esta visión de Hohfeld y otros autores más, delimitar y explicar mejor el amplio e inclusivo concepto de derecho subjetivo, visto como todo este haz jurídico del individuo, ya sea para su

---

el campo del Derecho. “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning, Yale Law Journal, XXIII, 1913, No. I, pp. 16-59.

protección, desarrollo o bienestar, que permita una comprensión total de la titularidad de los derechos.

A lo cual, es evidente como inicia Hohfeld, señalar que este término de los derechos subjetivos se usa de manera indiscriminada en el discurso jurídico para referirse a cosas muy diversas como puede ser un privilegio, una potestad o una inmunidad, en contraposición a lo que se debe considerar como un derecho subjetivo en sentido estricto.

Es por tales motivos, los cuales se han venido anunciando, se pasará a realizar una descripción breve, pero concisa de estas relaciones jurídicas, como lo son: derecho subjetivo en sentido estricto, pretensión, potestad e inmunidad.

### **Derecho subjetivo en sentido estricto**

Kelsen dentro sus clasificaciones, va a concebir al derecho subjetivo en sentido estricto como aquel que determina una forma de conducta a la cual cierto individuo está obligado, estableciendo al mismo tiempo un comportamiento correspondiente de otro, comportamiento al cual este último tiene un derecho. Lo cual no es otra cosa que un correlato de un deber jurídico. Así va a concluir que el derecho subjetivo, al igual que el deber jurídico, es la norma jurídica en relación con un individuo designado por la misma norma.<sup>129</sup>

Hohfeld usará el término “derecho subjetivo” para referirse a uno de los extremos de la relación “derecho subjetivo-deber”. Además, señala que tal vez resultaría conveniente utilizar el término “pretensión” (claim) para referirse al derecho subjetivo en sentido “limitado y propio”.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 90.

<sup>130</sup> Hohfeld, Óp. cit., nota 128, p. 50.

Precisamente, esta es la visión más común del derecho subjetivo, la cual se traduce en la que se posee solamente un derecho cuando el ordenamiento jurídico reconoce a un sujeto una potestad –de hacer o no hacer- y derivado de ello la de reclamar correlativamente de otros sujetos se comporten o no de una manera determinada, es decir, se tiene una pretensión fundada sobre un reconocimiento establecido en la ley.

De lo anterior, se puede enfatizar que se tiene un derecho subjetivo en sentido estricto cuando se le confiere un poder exclusivo a una persona para actuar en su ventaja la tutela jurídica, asimismo se puede decir que se sustenta la acción que el sujeto pretenda ejercer en hipótesis legales.

Por lo que este derecho se va a contraer a un reclamo de otro sobre una pretensión, es decir que se va a actualizar siempre y cuando exista una obligación o un deber con o hacia otro, por lo que nada dice acerca de la titularidad, en el entendido de que no le correspondería como tal al individuo, sino sería ejercitar las acciones preestablecidas en Ley para satisfacer la pretensión de otra persona.

A razón de estos factores, no creo que la titularidad de los derechos se base en una Ley, por lo que esta clasificación de los derechos subjetivos, no es el concepto que ando buscando para darle la prioridad en el derecho al individuo, puesto que no se construye a partir de él, sino que se limita a actualizar las hipótesis legales previas, siendo lo más importante la legalidad y su formalidad, no así propiamente el hombre.

## **Pretensiones**

Hohfeld en su artículo multicitado va a argumentar que los derechos subjetivos se pueden observar de dos formas: si se le ve como una posición “favorable” se estará hablando de una pretensión, en cambio sí se contemplan como una parte

“negativa” se considerará que son un deber, el cual es identificado como correlativo con la obligación correspondiente a esa pretensión.<sup>131</sup>

Me detendré un poco aquí para aclarar este significado de los derechos en cuanto a esta posición favorable, es decir, a la luz de su consideración como una pretensión.

Se parte del hecho que los derechos subjetivos son pretensiones que un sujeto, alguien, puede esgrimir frente a otros para que hagan o dejen de hacer algo en relación con sus intereses o necesidades. Expectativas, que como más adelante se señala de manera más precisa, expresan intereses o necesidades de los sujetos que alegan el derecho. Es por ello que la función real de los derechos es, precisamente, proteger o tutelar intereses o necesidades que se consideran básicas y esenciales para cualquier ser humano en atención a poderosas razones que justifican estas pretensiones.

Feinberg revela que las pretensiones pueden existir previa e independientemente del Estado, de modo que los considera como derechos morales, esto es, la validez de los mismos está dada por razones morales, y al ser reconocidos por la Ley, por el derecho objetivo, se convierten en derechos-pretensión-legales al decir que tener un derecho, es tener una pretensión en contra de los demás, y las pretensiones a su vez pueden dividirse en función de sus destinatarios.<sup>132</sup>

Una pretensión se distingue porque implica el lenguaje de deber (must) y la persona que tiene el derecho está necesariamente solicitando algo para sí misma o para quien representa.<sup>133</sup> Para Martin, las pretensiones de tipo moral no son fundamento de los derechos humanos, ya que el reconocimiento y la promoción

---

<sup>131</sup>Ibídem, p. 67-80.

<sup>132</sup>Feinberg, Joel, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, New Jersey, Princeton University Press, 1980, p. 224.

<sup>133</sup>Haksar, *The Nature of Rights*, citado por González Contró, Mónica, Óp. cit., nota 76, p. 190.

son elementos indispensables para que una pretensión válida se convierta en un derecho humano.<sup>134</sup>

En primer lugar, un derecho no puede ser una pretensión arbitraria e inmotivada. Es una expectativa que alega razones y argumentos, que se estima “fundada”, “legítima” o, si se quiere, “justa”. Tal y como lo expresan Wilhelmi y Pisarello al aducir que “la expresión derechos humanos, pertenece, como su nombre indica, al ámbito de la reflexión moral, política o incluso religiosa, y se suele reservar a aquellas pretensiones o exigencias consideradas “fundamentadas” o “justas” por una determinada concepción de valores”.<sup>135</sup>

Resumiendo este punto, no ha lugar de considerar que los derechos subjetivos son pretensiones o expectativas que un sujeto, de manera fundada, tiene de que otros sujetos hagan o dejen de hacer algo en relación con sus intereses o necesidades, es decir, un empoderamiento justificado y fundamentado, por lo que estas pretensiones muchas de las veces van dirigidas a lograr equilibrios de poder, entre los gobernados y el poder político y otras tantas a satisfacer prestaciones de bienestar y de desarrollo.

Al igual que la explicación del derecho subjetivo en sentido estricto, esta cosmovisión de los derechos subjetivos como pretensiones conlleva que las mismas se encuentren legitimadas y fundadas en orden legal, lo cual escapa a la conclusión que se pretende consistente en que los derechos de los sujetos deben escapar a cualquier consideración legal, sino más bien como señalan algunos de estos autores, a una posición favorable a los sujetos y no como un deber correlativo.

---

<sup>134</sup> Martin, Rex, *Un sistema de derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 77

<sup>135</sup> Wilhelmi, Marco Aparicio y Pisarello, Gerardo, Óp. cit., nota 69, p. 147.



## Potestades

Prosigo con esta clasificación de los derechos de los sujetos tal y como los aduce Hohfeld, analizando ahora la concepción de los derechos subjetivos como una potestad del individuo, misma que el citado autor va a definir como la capacidad de producir cambios en una relación jurídica determinada.<sup>136</sup>

Para Bentham las potestades, en una visión Hartiana, son aquellas situaciones en las que las personas están habilitadas por el derecho para producir acciones que físicamente afectan a otras personas o a cosas, o para producir cambios en las posiciones legales de otros o de ellos mismos o de otros y de ellos mismos, distinguiéndolas a su vez en dos tipos: permisos y poderes legales.

Los primeros son aquellos que la gente en general no tiene, de interferir físicamente con una persona. Los segundos, más importantes, son las herramientas legales con las que cuenta el sujeto por virtud de la ley mediante cuyo ejercicio se puede cambiar la posición jurídica propia o la de otras personas. Estas potestades provienen de normas que reconocen ciertos actos como formas válidas de introducir modificaciones jurídicas.<sup>137</sup>

Hierro, por su parte, habla también de la postura que se limita a considerar como derechos subjetivos únicamente las potestades reconocidas a las personas en sus relaciones particulares, negando que las concedidas a individuos en cuanto autoridades normativas sean tales, ya que se les vincula con el ejercicio de las funciones derivadas de su cargo público, atribuyendo esta actitud a dos causas: en primer lugar, a la identificación de un derecho subjetivo como una posición favorable al sujeto, con la correspondiente situación negativa para quien está en la posición correlativa, lo que no sucede en estos casos, ya que más bien se asimilan las potestades públicas al cumplimiento de una obligación.

---

<sup>136</sup>González Contró, Mónica, Óp. cit., nota 76, p. 184.

<sup>137</sup>Bentham, Jeremy, citado por Spector Horacio en *La filosofía de los derechos humanos*, Isonomía, Revista de teoría y filosofía del derecho, No. 15, 2001, p. 14.

Alexy sitúa los poderes o potestades en el grupo de las competencias, distinguiéndolos de la permisión por el hecho de que esta última posición no modifica situaciones jurídicas. De las competencias en general señala que son un poder hacer conferido expresamente por el ordenamiento jurídico y cuya relación inversa es una sujeción: “Si a tiene frente a b la competencia para modificar una posición de B, b se encuentra frente a, A, con respecto a esta posición en una situación de sujeción y viceversa”.<sup>138</sup>

Por último, Finnis utiliza el término potestad en el sentido de “la habilidad de hacer que B quede sometido a una exigencia de ese tipo”. Así un derecho subjetivo se va a constituir por las pretensiones como exigencias positivas, es decir a la ventaja de “ser el destinatario de las abstenciones o de los actos de servicio de otras personas”.<sup>139</sup>

Waldron establece que los derechos “son pretensiones hechas naturalmente en la voz de la persona que es su titular”.<sup>140</sup> Thon también concibe a los derechos subjetivos como una pretensión entendida como “el poder concedido por el ordenamiento jurídico para poner en marcha los imperativos que ordenan a ciertos órganos estatales la concesión de asistencia jurídica”.

Al igual que el derecho subjetivo en sentido estricto, al decir que se tiene una potestad sobre la dinámica del ordenamiento jurídico, esta concepción se observa también desde la Ley, como el objeto central que va a modificar relaciones jurídicas pero que no ve al individuo como lo que es un ser previo y valorativo a la Ley, por lo que al darle la capacidad o la atribución de alterar una relación jurídica, es lo mismo que acudir a las instituciones para que ellas determinen si existe su derecho o no, conforme a Derecho y no como un reconocimiento de una atribución previa del individuo por ser individuo facultado a tener derechos que coadyuven en el respeto y acrecentamiento de su condición humana.

---

<sup>138</sup> Alexy, Robert, *Óp. cit.*, nota 82, p. 236.

<sup>139</sup> Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 233.

<sup>140</sup> Waldron, Jeremy, citado por Spector, Horacio, *Óp. cit.*, nota 137, p. 26.

Por consiguiente, este concepto tampoco es el término que ayudará a explicar la titularidad de los derechos del hombre por el mero hecho de serlo, por su facultad previa de individuo a tener derechos.

## **Facultades**

Otra de las consideraciones de los derechos de los sujetos, es la que habla acerca de la facultad que estos tienen hacia un derecho. Se tiene que el derecho subjetivo es visto como una facultad por medio de la cual se busca garantizar el debido cumplimiento de un derecho, transformándose de este modo en la esfera política en un sujeto de poder que no puede sino desembocar en un sujeto de derecho o, más precisamente, de derechos.<sup>141</sup>

Por lo que ha de definirse como derecho subjetivo a la facultad, independientemente que el ordenamiento jurídico la contemple o no, mediante la que se le atribuye a una persona para la satisfacción de sus intereses legítimos, la titularidad de ciertos principios básicos y elementales de libertad, desarrollo y bienestar, así como su exigencia de alguna persona en particular o de la colectividad en general y la observancia de determinadas conductas, activas u omisivas.

Pudiera ser que este término sea más llamativo que los demás, ya que los anteriores implican un reclamo, tanto una pretensión como una potestad, en cambio si se habla de facultad, se atiende a las capacidades de hacer determinadas acciones, entre las que destacan las elementales para preservar la condición humana, esta facultad servirá siempre y cuando no se utilice en su acepción legal, sino en su atribución de libertad de acción.

---

<sup>141</sup>Utrera, Juan C., *De la génesis histórica al fundamento estructural, otra aproximación al problema del origen de los derechos subjetivos en el pensamiento occamiano*, Persona y derecho, Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, No. 58, 2008, p. 270.

Esta concepción del derecho subjetivo como una facultad parte de tres presupuestos: 1) Que el individuo es el centro del ordenamiento, esto es en atención a que goza de un poder; 2) Este empoderamiento o facultad es anterior al ordenamiento jurídico, por lo que este ordenamiento es como señala Locke<sup>142</sup> el que va a proteger estos bienes básicos y no quién los va a crear; 3) Dicho poder va a ir encaminado no ya a la sujeción del derecho, sino a el derecho del sujeto, donde ahora el que va a tener la facultad de utilizar estas herramientas es el individuo, ya sea cuando se le lesione una necesidad básica fundamental para su condición humana o cuando se le vea amenazado en su disfrute de estos bienes primarios.

Si se observa al derecho de los sujetos como una facultad o un empoderamiento ético-jurídico del individuo que le permita esta especie de armadura jurídica de protección a su condición humana, a lo mejor este es el término que mejor puede explicar tanto la significación como la titularidad de los derechos, dado que no sobra decir el hecho de que no ha sido fácil obtener este poder, ya que gran parte de la historia ha mostrado que el individuo era tratado y considerado como objeto, o como algo mucho menos que eso, como una conducta a regular y no como una existencia de igualdad, libertad, dignidad, desarrollo y bienestar.

## **Inmunidades**

Los derechos son más bien inmunidades que niegan la potestad del gobierno para dictar normas legales que restrinjan ciertas libertades (como la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, la libertad de asociación).<sup>143</sup> En este sentido, cabría decir entonces que los derechos constitucionales están dirigidos a proteger a los ciudadanos y, por lo tanto, deben analizarse en términos de

---

<sup>142</sup>Locke, John, Óp. cit., nota 3.

<sup>143</sup>Hart, Herbert, "Bentham on Legal Rights" en *Rights*, comp. por D. Lyons, Belmont: Wadsworth Publishing Company, p. 146-147.

“inmunidades”, sin embargo, la inmunidad frente a un cambio legal ventajoso para una persona no puede denominarse un derecho.<sup>144</sup>

Hohfeld va a apuntar que una de las relaciones de los derechos consistirá en la inmunidad al decir que “si afirmamos que A tiene frente a B una inmunidad, lo que quiere decir que no le afectarán los actos efectos jurídicos del acto X y que B es incompetente para alterar mediante X la situación jurídica de A y que los actos jurídicos que se dictasen con tal pretensión habrán de ser considerados ilegales y, por tanto, nulos en la medida en que ninguna norma atribuía al órgano que los dictó competencia para hacerlo”.<sup>145</sup>

Este término aduce el gran poderío no ya del individuo, sino del Estado a castigar las conductas que no se ajusten a la normatividad que este ha creado de manera formal, lo cual no quiere decir que su contenido este dotado de criterios de justicia o de humanidad, por lo que el individuo sólo será inmune en cuanto a la frase celebré lo que no está prohibido está permitido, es decir, el sujeto goza de una esfera de libertad protegido siempre que su conducta está permitida, más valdría decir que cuando el Estado se lo permita y no partir del otro supuesto de la libertad de acción positiva y negativa como elemento consustancial a la condición humana, como agente primordial en los bienes humanos básicos primarios, sino como un recoveco de acción que de manera generosa el Estado va a conceder al individuo.

Esta concepción de inmunidad, se centra únicamente en uno de estos bienes básicos primarios en los que se ha puesto tanta atención, debido a la necesidad de preservar y acrecentar la condición humana, aunado a que se ve como un poder, pero un poder mínimo del hombre frente a la monstruosidad sancionatoria del Estado, situación que se pretende revertir, ya que es este sujeto de derechos el que se tiene que rebelar como un agente central del Estado, del Derecho, en

---

<sup>144</sup> Ídem.

<sup>145</sup> Hohfeld, Óp. cit., nota 128, p. 81-87.

suma de la historia, es decir, como la medida de todas las cosas, como un demiurgo.

## Deberes

Ha llegado la hora de analizar uno de los correlativos, a título personal el más importante, de Hohfeld, ya que basta que se reconozca el uso muy amplio y sin discriminaciones que se hace de la palabra derecho subjetivo para preguntarse sobre estas limitantes, o más bien, la otra cara de la moneda de los derechos, lo cual adquiere forma en el mencionado “deber” correlativo.

Para Finnis, el concepto de deber desempeña un rol más explicativo y estratégico que el de derecho, aunque no por ello tiene menos dignidad el concepto derecho, ya que el bien común es el bien de los individuos cuyo beneficio derivado del deber constituye su derecho porque les es exigido a otros con justicia.<sup>146</sup>

Ross, considera fundamental el concepto de deber, puesto que las ocho modalidades (deber, libertad, facultad, no-facultad, sujeción, inmunidad, competencia e incompetencia) pueden ser reducidas a términos de deber, de modo que en su obra es imprescindible la formulación de una definición “razonablemente libre de ambigüedades del término deber”.<sup>147</sup> Nino, por su parte plantea una distinción importante en el terreno moral, entre lo que moralmente se debe hacer y los deberes u obligaciones morales, ya que los últimos son individualizados, siempre presuponen un titular, mientras que algo que debe hacerse (por ejemplo, acabar con el hambre en la India) no implica que existe alguien encargado de su concreción.<sup>148</sup>

Hart en su ensayo “*Bentham on Legal Rights*” asevera que: “El derecho subjetivo es la idea de un individuo al que el derecho le da control exclusivo más o menos

---

<sup>146</sup>Finnis, Óp. cit., nota 139, p. 239.

<sup>147</sup>Ross, Alf, Sobre el Derecho y la Justicia, Ludcba, Buenos Aires, 1970, p. 155-156.

<sup>148</sup>Nino, Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, 2ª Ed., Buenos Aires, 1980, p. 26.

extenso, sobre el deber de otra persona de modo que en el área de conducta cubierto por ese deber el individuo que posee el derecho es un soberano en pequeña escala a quien el deber le es debido”.<sup>149</sup>

Es claro que los derechos conllevan también una gran responsabilidad, el deber de respetar, promover y proteger los derechos del otro en tanto que todos comparten la misma característica, la condición humana, la búsqueda de su bienestar y un constante estado de desarrollo humano, que idealmente se traduce en un estado psicológico de felicidad.

Sin embargo, esta relación no siempre es un correlativo, que si bien es cierto es fundamental en el ejercicio de algunos de los derechos de los individuos, también lo es que no explica la titularidad, sino la posición en la que se encuentra un sujeto de derechos frente a otros.

Probablemente sea cierta la sentencia de Kant sobre los derechos, que éstos sirven como guías a la libertad, fijando los límites de cada actuación, en la cual lo principal sea la consideración de tratar a los demás como quisiéramos que nos trataran a nosotros.<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup>Hart, Herbert, Óp. cit., nota 143, p. 141.

<sup>150</sup>Kant, Immanuel, Óp. cit., nota 22.





Los derechos individuales son triunfos  
políticos en manos de los individuos"  
-Ronald Dworkin-<sup>151</sup>

## **CAPÍTULO TRES. LA VISIÓN METAJURÍDICA DE LOS DERECHOS**

Si bien la clasificación de Hohfeld es la más connotada dada la amplitud del término en cuanto a las relaciones jurídicas que se presentan en cuanto a “el sujeto de derechos”, también lo es que muchos autores tratando de explicar la titularidad de estos derechos, se han visto obligados a ver en elementos extrajurídicos una respuesta a esta interrogante.

### **Otra clasificación de los derechos subjetivos. La visión filosófica**

A lo cual ha de ofrecerse una alternativa a la clasificación anteriormente analizada, sólo que ya no desde un aspecto interno del derecho, el cual se ha denotado que no compartimos dada la supuesta superioridad del derecho sobre el individuo y no viceversa. Entonces, esta clasificación se considera más del ámbito de la filosofía política, la cual explica a los derechos de los sujetos ya sea en privilegios, libertades fundamentales, títulos, triunfos o reivindicaciones.

Otra clasificación que si bien no es tan mencionada ni reconocida como las anteriores respecto a las implicaciones del derecho subjetivo, y desde luego, de la titularidad de los derechos, son aquellas consideraciones que conciben a los derechos como libertades fundamentales, deberes, títulos e incluso triunfos. Por lo que no se puede ni se debe dejar pasar desapercibidos a estos señalamientos que si bien es cierto no son tan comunes cuando se intenta explicar a los derechos subjetivos, si se convierten en importantes explicaciones para la comprensión de los mismos, tal y como vendría a subrayar Steiner sobre los derechos al

---

<sup>151</sup>Dworkin, Ronald, Óp. cit., nota 64.

considerarlos como “rights as a fights”, esto es, los derechos significan luchas, batallas por lo que se cree justo.<sup>152</sup>

## Privilegios

Las luchas por los derechos se dan en un inicio como la búsqueda de privilegios de las personas, esto en razón de que se configuraban en la antigüedad como privilegios de los nobles, como fueros de los señores feudales y los cuales persisten en la actualidad en cierta manera, ya que todavía existen derechos inherentes a la ciudadanía, último recoveco para el reconocimiento incluyente de la condición humana, debido a que el mismo excluye de su ejercicio a los individuos que no revisten esta característica superflua como lo es la distinción con motivo de nacionalidad.

Los derechos ya no son esta especie de status a excepción de la execrable división entre ciudadanos o no, ha desaparecido esta clasificación o bueno eso se cree de Jellinek al señalar que existen cuatro tipos de relaciones ciudadano-Estado, las que dan origen a su vez a cuatro status: un status subiectionis, un status libertatis, un status civitatis y, por último, un status activae civitatis<sup>153</sup>

El status subiectionis o status pasivo, hace referencia, a la relación en virtud de la cual el individuo se encuentra sometido a las decisiones del Estado a lo interno de la esfera del deber individual; el status libertatis o status negativo, donde el sujeto es amo y señor de su esfera individual y a ella no tienen alcance las facultades de imperium del Estado todo poderoso; el status civitatis también denominado status positivo, acontece cuando el Estado reconoce al individuo la capacidad jurídica de reclamar para sí el poder estatal y utilizar sus instituciones en beneficio propio, en resumen, el ciudadano lucha por el otorgamiento de pretensiones positivas. El

---

<sup>152</sup>Steiner, Hillel, Óp. cit., nota 64.

<sup>153</sup>Con ello se aprecia como la elaboración de este status está ineludiblemente ligada a los derechos de participación política, y no a la celebración de actos irrelevantes como anteriormente se señaló. Jellinek, Georg, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi, societáe ditrica librarla, milano, 1912, p. 113-124.* Disponible en [http://www.ijf.cjf.gob.mx/Bibliotecadigital/JELLINEK/Jellinek\\_preliminares.pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/Bibliotecadigital/JELLINEK/Jellinek_preliminares.pdf)

Estado confiere al individuo el status de civilidad cuando le garantiza pretensiones a su actividad y le facilita medios jurídicos para su realización; mientras que el status activae civitatis o status activo se caracteriza esencialmente por la competencia otorgada a un individuo. Para que el sujeto se encuentre en dicha posición jurídica, deben otorgársele capacidades ubicadas fuera de su libertad natural, competencias que en primer término deberían corresponder únicamente al Estado como detentador del poder y centro de toma de decisiones.<sup>154</sup>

La condición de ciudadano implica a partir de allí, un protagonismo en la determinación de la política estatal y se materializa mediante una cesión de competencias, traducida a su vez en derechos como el sufragio. Ligado a esa capacidad cedida por el Estado, puede encontrarse nuevamente el concepto de competencia en relación con el de status; empero, no toda competencia debe ser adscrita a este; antes bien, para Jellinek, al status activo pertenecen únicamente las que tienen por fin lograr una participación efectiva en el Estado para contribuir en la formación de la voluntad estatal.<sup>155</sup>

Finnis señala que desde la teoría del interés, un privilegio se entiende como “la ventaja de ser jurídica o moralmente libre para actuar”<sup>156</sup> Alexy, aduce que las libertades protegidas por un privilegio protector son libertades protegidas indirectamente, mientras que las libertades que están contenidas por una protección de igual contenido son libertades directamente protegidas.<sup>157</sup> Esto es, que aunque una libertad no se encuentre formalmente protegida por el ordenamiento jurídico pero si existen de una u otra forma otros mecanismos que la tutelen, se estará hablando que esta salvaguarda se configura como un privilegio.

---

<sup>154</sup> Idem.

<sup>155</sup> Idem.

<sup>156</sup> Finnis, Óp. cit., nota 139, p. 233.

<sup>157</sup> Alexy, Robert, Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, 2002, p. 225

## Libertades fundamentales

Muy ligado al tema del derecho subjetivo como una inmunidad, se encuentran las libertades fundamentales tal y como las define el Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre las que se encuentran aquellas que Isaiah Berlín en uno de sus artículos llamado “Two concepts of liberty”, denominaría: Libertades positiva y libertades negativas.

A la primera de ellas la define como: “El sentido «positivo» de la palabra «libertad» se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño. Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean éstas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mí mismo y no de los actos de voluntad de otros hombres. Quiero ser sujeto no objeto, ser movido por razones y por propósito ser conscientes que son míos, y no por causas que me afectan, por así decirlo, desde fuera. Quiero ser alguien, no nadie; quiero actuar, decidir, no que decidan por mí; dirigirme a mí mismo y no ser movido por la naturaleza exterior o por otros hombres como si fuera una cosa, un animal o un esclavo incapaz de representar un papel humano; es decir, concebir fines y medios propios y realizarlos.

Esto es, por lo menos, parte de lo que quiero decir cuando digo que soy racional y que mi razón es lo que me distingue como ser humano del resto del mundo. Sobre todo, quiero ser consciente de mí mismo como ser activo que piensa y que quiere, que tiene responsabilidad de sus propias decisiones y que es capaz de explicarlas en función de sus propias ideas y propósitos. Yo me siento libre en la medida en que creo que esto es verdad y me siento esclavizado en la medida en que me hacen darme cuenta de que no lo es.

La libertad que consiste en ser dueño de sí mismo y la libertad que consiste en que otros hombres no me impidan decidir como quiera pueden parecer a primera vista conceptos que lógicamente no distan mucho uno del otro y que no son más que las formas negativa y positiva de decir la misma cosa. Sin embargo, las ideas «positiva» y «negativa» de libertad se desarrollaron históricamente en direcciones

divergentes, no siempre por pasos lógicamente aceptables, hasta que al final entraron en conflicto directo la una con la otra”.<sup>158</sup>

Mientras que a la segunda la señala como “la concepción de no obstaculizarme en mis actos, entendiéndose como esas expectativas negativas, esas prohibiciones de interferir en mis actos, es decir, es esa falta de impedimentos en mis deseos, sin embargo esta ausencia de obstáculos no necesariamente llega a construir un plan de vida, sólo se limita a una protección de mis libertades básicas, que a la larga genera un individualismo, lo que en abuso conlleva a la indiferencia hacia el otro, es por ello que pretendo abandonarla, debido a que no es una idea que pueda soportar una comunidad.”<sup>159</sup>

Esta concepción negativa de la libertad, se va a encargar siempre de denunciar los males que aquejan a la libertad, coincidiendo todos ellos en la emancipación ya sea del Estado, de la ley, de la moral, de la sociedad; es decir, siempre toman a la libertad en referencia a otro factor, a una limitante, es ese “respecto a” que ya se mencionaba como derecho a y del cual se quiere entender y pasar a la construcción del *derecho para*, a la utilidad de tener derechos como individuos que somos, como generalidad de la condición humana en relación a sus bienes humanos, bienes básicos primarios relativos a los llamados “derechos nucleares” denominados así por Laporta.<sup>160</sup>

## Títulos

McCloskey va a señalar que los derechos son “títulos morales” que origina una autoridad moral para realizar aquello a lo que los individuos están autorizados por dicho título para hacer o tener, a ser protegidos de las interferencias, a recibir ayuda, a demandar o tener ayuda a su favor. Los derechos morales son entonces títulos morales que confieren libertades morales en sus poseedores para hacer,

---

<sup>158</sup>Isaiah Berlin, Óp. cit., nota 29, pp. 187-243.

<sup>159</sup>Ibíd.

<sup>160</sup>Laporta, Francisco, *Sobre el concepto de derechos humanos*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 4, 1987, p. 31.

demandar, disfrutar, tener; dependiendo de la naturaleza o bases de ese derecho; y son títulos morales que típicamente, aunque no siempre, imponen limitaciones en otros de abstenerse de realizar ciertas acciones y actividades, o a hacer, asistir, proveer servicios y facilidades dependiendo de la naturaleza y bases de ese derecho.<sup>161</sup>

Steiner es quien va a señalar que los derechos no son pretensiones *contra* alguien, sino títulos *a* algo, concluyendo que los derechos son una especie de “propiedad normativa”; el titular del derecho lo *posee*, y el deber le es *debido*.<sup>162</sup> Kramer señala que uno tiene un poder o potestad cuando puede expandir, reducir o, en algún sentido, modificar sus propios títulos o los títulos de otra persona, con lo que es posible que uno sea simultáneamente titular y sujeto de la potestad.<sup>163</sup>

Mientras que para Laporta, la noción de los derechos es inseparable de la dimensión del bien, satisfacción de interés o beneficio para su titular, de modo que un derecho sería la razón o título expresivo de una especial consideración que los sistemas normativos atribuyen a ciertas situaciones o estados de cosas relativos a los individuos de una cierta clase y que justifica la adscripción y la protección de ese bien.<sup>164</sup>

Esta teoría de los títulos a algo, pero como empoderamiento del individuo en cuanto a la satisfacción de un bien, de un interés resulta sumamente interesante, debido a que antepone al sujeto al ordenamiento, ya no da la potestad el ordenamiento o la facultad legal a algo, sino que reconoce que el titular es el individuo, por lo que esta propiedad normativa de los individuos es parte fundamental en el derecho de hoy. En él centra sus preocupaciones en los fines

---

<sup>161</sup>McCloskey, citado por Cruz Parceró, Juan Antonio en *Derechos morales: concepto y relevancia*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 15, octubre 2001, p. 72.

<sup>162</sup>Steiner, Hillel, Óp. cit., nota 64, p. 55-59.

<sup>163</sup>Kramer Matthew H., “Rights without Trimmings” en Kramer, M., Simmonds, N. y Steiner, H., *A Debate over Rights*, Oxford: University Press, 1998, p. 503-515.

<sup>164</sup>Laporta, Francisco, Óp. cit., nota 160, p. 27-29.

de los hombres y no en la regulación de su conducta, en un medio para un fin, en donde los fines son tantos como individuos existen en el mundo, los cuales indiscutiblemente comparten una inquietud por la satisfacción de sus bienes básicos primarios, de su mínimos vitales, de su angustia por la preservación y el acrecentamiento de su condición humana.

## **Triunfos**

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”.<sup>165</sup> Se trata de un concepto ético utilitario, en la medida en que el utilitarismo propugna precisamente la consecución de tales metas.

Los derechos subjetivos en su generalidad son haces abierto 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.

Lo anterior se desprende de todas estas citas y referencias al concepto de derecho subjetivo y de las figuras jurídicas intrínsecas de éste, a las que podría añadir otras de forma infinita, lo cual rebasa por mucho el alcance de la presente investigación. Lo importante de todo ello, deriva en 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, 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.

---

<sup>165</sup>Dworkin, Ronald, Óp. cit., nota 64, p. 37.

Cruz Parceró hace una distinción interesante de los derechos vistos como triunfos, a saber, señala que los derechos pueden clasificarse como triunfos contra el gobierno, contra la mayoría, contra el utilitarismo, en suma, contra cualquier abuso de poder.<sup>166</sup>

Es el cambio de paradigma, si se quiere un renacentismo alejado de esta fundamentación metafísica de Dios, cimentado en la condición humana que comparten todos los hombres, en la satisfacción de sus bienes humanos básicos primarios, es esas necesidades que les permitan vivir como hombres entre hombres, regresar a ver a los hombres como humanos, no como cosas, como elementos a explotar, como objetos de satisfacer los intereses propios, sino respetarles su dignidad de personas.

## **Reivindicaciones**

Esta cuestión puede sonar muy parecida a la visión de los derechos como triunfos, pero aquí no me voy a centrar como Dworkin<sup>167</sup> en que los derechos subjetivos son solamente conquistas del individuo frente al poder político en aras de la consecución de sus planes de vida, ya que bastaría señalar que Dworkin es un filósofo liberal que al igual que todos los clásicos ven como antagónico al poder político, en otras palabras, ven como nociva en los planes de vida la injerencia del Estado.

No obstante, los triunfos del individuo no son solamente de su libertad, sino que van a ser reivindicaciones de la condición humana respecto a la arbitrariedad del Estado, de la sociedad como bien denunciaría Mill<sup>168</sup>, de la economía como se han encargado de darlo a notar los economistas de hoy como Sen, Stiglitz, UI Haq, entre otros.

---

<sup>166</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio, Óp. cit., nota 73, p. 347-367.

<sup>167</sup> Dworkin, Ronald, Óp. cit., nota 64, p. 37.

<sup>168</sup> Durante todo su libro "Sobre la libertad" John Stuart Mill habla sobre los límites que se le deben poner a la sociedad, ya que la misma también realiza vejaciones a los derechos de los particulares al igual que las arbitrariedades del Estado. Mill, John Stuart, Óp. cit., nota 13.



En un inicio la reivindicación del hombre se da por este cambio de perspectiva de considerársele en la antigüedad como un objeto y no como un sujeto, lo cual vendría a cambiar a raíz de la abolición de la esclavitud y el nacimiento del concepto de la dignidad humana, estimándosele al hombre como un ser humano, como un valor en sí mismo y no como una propiedad de otros cuantos.

Puesto que si bien, el mismo seguía sujeto al poder y a la decisión de los monarcas, mientras duraron los imperios de los señores feudales (en tanto que perduró esta forma de semi-esclavitud) hasta llegar a emanciparse por completo de estos tiranos y recuperaron su libertad, el bien más sacro para los liberalistas. Es decir, una reivindicación de la autonomía y de la libertad de los individuos, fortaleciéndose por completo en su condición humana al otorgarles voluntad para hacer sus planes de vida.

El otro elemento importante a considerar fue el Estado de Bienestar, quien iba a ser el que se enfocaría más en esta parte de desarrollo del individuo, en sus bienes humanos básicos primarios, un Estado que vuelve la mirada para ayudar a los que antes no estaban en su radar de acción, a los desamparados del sistema, a aquellos que no tenían la capacidad financiera para adquirir por sí mismos estos bienes, a lo que el Estado social iba a tratar de reducir estas brechas tan distantes de desigualdad. Es una reivindicación del papel del Estado en cuanto a la realidad social, una conducta de defensa de intereses de los hombres en sus necesidades más básicas, en vivienda, salud, condiciones laborales, trabajo, etcétera.

Podría evidenciar más reivindicaciones de la superestructura que señalaría Marx, como la economía, la política, el derecho, en donde el individuo deja de ser un objeto de estudio y no como el principal asunto a tratar. Por mencionar de manera breve puedo decir que la economía en los últimos años ha volteado al bienestar

del ser humano, autores como Amartya Sen<sup>169</sup> y Mahbub Ul Haq<sup>170</sup> han contribuido en gran manera a velar por el desarrollo y bienestar humano y no simplemente en ver al individuo como un elemento del trabajo a producir capital.

En cuanto a la política ya mencionaba este cambio radical del Estado al considerar a la población como el beneficiario de sus actividades, a que participe en la representación política y hasta cuestione su quehacer gubernamental a través de la transparencia. Finalmente esta reivindicación no podía pasar desapercibida para el derecho; la historia ha demostrado como el *Ius* pasa entonces de referirse a lo que le toca a los sujetos, según la Justicia, al poder que se tiene sobre un bien, ya no muestra más esta concesión de privilegios del Estado, mismos que en cualquier momento éste último puede revocar, sino que se configura como una facultad o potestad de los propios individuos en tanto la valoración de su condición humana.

Así se ha visto que ante las arbitrariedades de la autoridad y de la Ley al no haber recurso jurídico contra la Superpotencia del Estado, sólo queda el recurso moral —filosófico— de los derechos subjetivos del hombre, de los ulteriores derechos humanos. Es precisamente dicha preocupación por el individuo la que tenía que trasladarse al derecho, esto para brindarle seguridad y certeza al individuo para que subsistiera su condición humana, esta es quizá la más importante reivindicación, donde lo que más se destaca es la tutela de los individuos por su situación humana.

Esta idea de la reivindicación de la condición humana es muy útil para explicar cómo el derecho es un medio para conseguir un fin<sup>171</sup>, el fin de Kant respecto al hombre y dentro de estas consideraciones, buscar a su vez los diversos fines de los hombres como lo son el bienestar, el desarrollo y la felicidad, sustentados en la

---

<sup>169</sup> Sen, Amartya, *The Idea of justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009.

<sup>170</sup> Ul Haq, Mahbub, *Reflexiones sobre Desarrollo Humano*, Oxford Press, 1995.

<sup>171</sup> Kant, Immanuel, *Óp. cit.*, nota 22, p. 14.

cobertura total de sus bienes humanos básicos primarios, esto es, de la preservación de su condición humana. Puesto que es el Ser mismo, y no Dios, quien es el donador de la historia del hombre, en términos impersonales de la luz del ser donde se trata de interpretar la existencia histórica del hombre enraizada en un encuentro interpersonal.<sup>172</sup>

### **Conclusión de los derechos de los sujetos**

Aun desentrañando las relaciones que se tienden a agrupar bajo el concepto de derecho subjetivo como lo son: facultades, deberes y potestades resulta muy difícil llegar a un consenso en cuanto a la significación de la titularidad de los derechos, para muestra de esta diversidad conceptual, Wellman dice “que los derechos son sistemas o haces de libertades, pretensiones, potestades e inmunidades de índole ético”.<sup>173</sup>

Finnis se inclina también por la utilización del término derecho subjetivo en un sentido amplio, es decir, que considera dentro de esta expresión a las obligaciones positivas o negativas (libertades y pretensiones), habilidades (potestad) e inmunidades.<sup>174</sup>

En el presente capítulo se ha visto que no son pocos los juristas que se han interesado por esta definición, algunos tomando como fundamento de la definición: la facultad, el poder, otros señalando el interés, unos más los deberes, privilegios, incluso los triunfos al igual que las reivindicaciones humanas; pero el rasgo común que los caracteriza es la atribución personal a un sujeto de derechos como núcleo central del ordenamiento, como valor fuente del derecho, como constructor, diseñador y director de esa arquitectura jurídica basada en la condición humana, es decir, que todas las autoridades van a cambiar a una visión en donde la tutela

---

<sup>172</sup> García-Baró, M., *La compasión y la catástrofe*, Sígueme, Salamanca, 2007, pág. 94.

<sup>173</sup> Wellman, Carl, *An approach to rights*, *Studies in the Philosophy of Law*, Law and philosophy library, Harvard, 1997, p. 223.

<sup>174</sup> Finnis, Óp. cit., nota 139, p. 234.

del individuo es la principal función y no así la regulación de su conducta en atención a las teorías contractualistas.

La esencia del derecho subjetivo está entonces en el poder otorgado por el ordenamiento jurídico para la protección y respecto de la condición humana y de sus determinados intereses que se suelen calificar como “propios” del titular de tales poderes, sin referencia alguna a si esos intereses se encuentran o no reconocidos por el ordenamiento jurídico, o lo que es lo mismo, si constituyen intereses jurídicos.

En definitiva, el paradigma en torno a la categoría jurídica “derecho subjetivo” ha quedado marcado por el individualismo. Por esta razón, cabe definir al derecho subjetivo como el poder/facultad del individuo otorgado por el ordenamiento jurídico para la satisfacción de sus intereses.

Por ello, Jorge Agudo González argumenta que la configuración del derecho subjetivo puede reducirse a un doblete conceptual, al que se le añadiría un elemento teleológico que es aquel que se pretendería asegurar: norma-individuo/poder-interés, complementado en todo caso por el elemento “protección”, el cual permitiría lograr la tutela judicial del individuo por el derecho.<sup>175</sup>

Como se observa, no es tan fácil distinguir en muchas ocasiones cuál es el tipo de relación jurídica que explique en qué consiste la titularidad de un derecho: si es una pretensión, libertad, inmunidad o potestad. En suma, un derecho subjetivo, es un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la norma objetiva, atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas libertades positivas o negativas. Apoderamiento consistirá en la posibilidad de exigir a un tercero, sea un poder público o un particular, el cumplimiento de un deber; esto es, de actuar, en unos casos, o de abstenerse de actuar, en otros.

---

<sup>175</sup> Agudo González, Jorge, Óp. cit., nota 109, p. 42.

Es por ello, que sin discutir ni pretendiendo generalizar, usaré la definición arriba señalada en un sentido indistinto de facultad, poder, prestación, expectativa, ya sea positiva o negativa que tienden a contribuir al bienestar físico y mental de la persona, para contribuir al ejercicio pleno de su desarrollo humano situando al individuo en el centro del ordenamiento, adoptando la posición de Jellinek al decir que el derecho de los sujetos se constituye como un medio para garantizar determinados intereses, en este caso, todos aquellos intereses inherentes a la preservación y acrecentamiento de la condición humana.

Por lo que en el presente trabajo adoptaré la concepción de que tener un derecho significa que independientemente de la formalidad de la norma jurídica, el individuo tiene (en lo que concierne a su condición humana) una serie de facultades que le permiten preservar y acrecentar su condición como especie y que buscan ante todo propiciar su desarrollo y su bienestar, ya que como tal, es el núcleo de la Ley y va a ser ésta el medio para la prosecución de dicho.

En lo que respecta a decir que un sujeto tiene derecho a la salud, es situar este bien básico humano como el objeto principal a tutelar, es que le corresponde al individuo una facultad, un poder en cuanto a lo imprescindible que se convierte para la preservación y el desarrollo de su condición humana, la cual se traduce en esta exigencia de bienestar del individuo frente a terceros.

Ahora bien, en un sentido pragmático jurídico, decir que una persona tiene derecho a la protección a la salud, cuando una norma convierte a esa persona en titular de esa expectativa y que crea en otros sujetos la correlativa obligación de proporcionarle los medios de protección, satisfacción y promoción en cuestión a sus intereses acerca de su bienestar físico, mental y social, es decir, a su salud.

Antes de iniciar el estudio del contenido de este derecho, cabe precisar dos puntos importantísimos en la comprensión de los derechos, la naturaleza de éstos, si son derechos naturales o derechos positivos y cómo es que han de garantizarse su cumplimiento.

## **La naturaleza de los derechos de los sujetos ¿los derechos se configuran cómo derechos positivos o cómo derechos naturales?**

Una vez definido el significado de los derechos de los sujetos ya sea a través de las relaciones jurídicas involucradas o de lo que representan para la humanidad, la intención de esta investigación es ir todavía más allá y descubrir en qué consiste este cambio, si es en la naturaleza humana, en el reconocimiento hecho de que el ordenamiento jurídico en cuanto al hombre o más bien radica en la reivindicación de la condición humana, al tomar al hombre como fuente y valor del ordenamiento jurídico, y no así en viceversa, que el ordenamiento sea el que le otorgue tal carácter al sujeto.

En consecuencia, del análisis del concepto del derecho subjetivo, se tiene que algunos autores sientan las bases de este cambio desde el individuo mismo y de su naturaleza humana, mientras que la posición contraria dirá que son los ordenamientos jurídicos los que han puesto el dedo en el renglón y han hecho énfasis en la protección de los sujetos, a través de normas que tutelan sus intereses.

En este sentido, aún y cuando no sea el objeto de este trabajo, es dable y conveniente adentrarse aunque sea de manera somera en la discusión sempiterna de si los derechos humanos constituyen premisas morales provenientes de la naturaleza humana o se configuran como reconocimientos jurídicos de los valores mínimos de la persona por parte de los Estados en su ordenamiento objetivo, todo ello para estar en condiciones óptimas de dar una respuesta integral al enigma de las razones acerca del fundamento de los derechos de los sujetos.

La dicotomía a la que se ha hecho referencia de la moral y el derecho, implícitamente impele a los sujetos a preguntarse sobre el origen de los derechos

sustantivos, si son derechos morales o derechos jurídicos, a lo cual habrá de cuestionarse ¿De dónde surgen los derechos humanos?

Lo cual lleva a abordar el origen y fundamento de los derechos humanos, estando a favor diversos autores en lo que concierne a las implicaciones morales como fundamento y origen de los derechos humanos y otros más abogando por el reconocimiento legal de los mismos como fuente creadora de estos valores constitucionales; pregunta acerca de la significación de los derechos subjetivos y sobre todo lo que de ella emana como es su origen y fundamento, ocupan un lugar relevante no sólo en estas discusiones legales, sino también en la vida social moderna.

Bajo este contexto, es que se analizan dos de los fundamentos que vienen a explicar la naturaleza de los derechos de los sujetos, tanto la visión iusnaturalista que los centra en la naturaleza humana y posteriormente en la razón natural, como la visión iuspositivista que los señala como facultades o potestades derivadas de la norma jurídica.

De igual manera, se presenten algunas de las críticas más reverdecientes a estas dos teorías y se ofrece una tercer alternativa alejada del misticismo de la naturaleza humana y de su criterios metafísicos, al igual que de la presuntuosa creación jurídica, que más allá de los individuos cree en el formalismo jurídico. Tercer posición que se ofrece como un oxímoron, al conjuntar estas dos tesis pero darles un criterio más objetivo en cuanto a la fuente de los mismos, la condición humana, como premisa anterior y superior a los ordenamientos, pero fortalecida y protegida gracias a ellos.

En consecuencia, y una vez centrado el objetivo del presente apartado, se procede al análisis del supuesto origen de los derechos de los sujetos, desde las dos posiciones clásicas –iusnaturalismo y iuspositivismo- para posteriormente que se hayan juzgado, insertaré la posición crítica de éstas, ofreciendo para tal efecto

una nueva consideración que permita entrelazar estas teorías y redimir la posición de los sujetos en los ordenamientos jurídicos.

### **¿Los derechos de los sujetos son derechos naturales?**

La aparición de la idea que los sujetos fueran sujetos de derechos, comenzó como ya vimos con la percepción de que los mismos nacen en tanto la voluntad divina y que son gracias a la naturaleza humana que el mismo creador les ha otorgado.

Ahora bien, esta particularidad de los derechos naturales presume entre sus argumentos fuertes que la misma atribución de las personas dada su naturaleza humana son anteriores a cualquier ordenamiento, llámese éste legal o moral y que lo importante son las necesidades de los sujetos.

En este sentido, muchos tratadistas del derecho, en específico los que estudian el concepto de los derechos de los individuos, coinciden en que el concepto de derechos naturales, encontró una función revolucionaria en la teoría liberal de John Locke al mencionar que las personas cuando pasan del estado de naturaleza a la sociedad civil, no renuncian a los derechos que poseen desde un principio en el estado de naturaleza, asignándole únicamente al Estado la atribución y las facultades para proteger dichos derechos. Por lo que, si el Estado ha recibido esa “porción de derechos” no ha sido para su propio beneficio, sino para garantizar, con ello, que cada individuo ejerza su derecho dentro de los límites trazados por la existencia de los derechos de otros individuos.<sup>176</sup>

En sus *Relecciones Teológicas* Francisco de Vitoria, en relación al derecho natural declararía que “la comunidad estatal no tiene como base la fe, sino al derecho natural, conforme al cual todos los hombres, independientemente de sus

---

<sup>176</sup> Locke, John, Óp. cit., nota 3, par. 200.



creencias, poseen una naturaleza social. En consecuencia, el establecimiento de cada poder estatal concreto depende únicamente de los hombres”<sup>177</sup>

Si bien Hugo Grocio habría de secularizar este concepto al señalar que el derecho de los sujetos es una cualidad moral que le corresponde a una persona para tener o hacer algo justamente; cualidad que iba a denominar “facultad” sustentado en la razón natural con independencia de la existencia de Dios, lo cierto también es que su concepto entraría dentro de los considerados derechos naturales, ya que pone de relieve la facultad de la condición humana en tanto la recta razón y no en cuanto su regulación en una norma jurídica.

En cambio, para Finnis, el hombre tiene derechos innatos y adquiridos, y el único derecho innato, es decir, transmitido al hombre por la naturaleza y no por una autoridad constituida, es la libertad, esto es, la independencia de cualquier constricción impuesta por la voluntad de otro, lo que resulta una vez más, la libertad como autonomía. Lo cual compartimos a medias, puesto que no creo que sea esta denominada naturaleza humana lo que le dé a la condición humana su carácter, sino que es el mismo hombre, son sus necesidades primarias, sus bienes primarios, lo que lo hace ser un sujeto y no un objeto, su tratamiento como persona.

Los iusnaturalistas racionalistas lo único que hicieron fue disfrazar en la naturaleza humana esta visión religiosa del mundo, debido a que construyen su teoría sobre un terreno pantanoso, ya que se presume que la naturaleza es creada por Dios, que él da a las cosas su esencia, lo cual es un enfoque conceptual impreciso, en razón de que la condición humana es un constructo humano, como tratamiento, como existencia del hombre como hombre, partiendo de él mismo y no de otro elemento ajeno como sería la naturaleza.

---

<sup>177</sup>Soberanes Fernández, José Luis, Óp. cit., nota 92, p. 44-46.

Esta doctrina de los derechos naturales va a sostener un sistema de valores que encuentra su punto central en la personalidad humana, sobre todo en su dignidad como persona. Poniendo el acento en el “hombre” en cuanto individuo de la especie humana. El estatus jurídico lo marca la propia condición humana como una circunstancia inherente y consubstancial a esa condición y no así no la situación de libertad como lo proclamaba Locke y todo el liberalismo político.

Si bien Javier Hervada, no niega la existencia de un derecho positivo, lo cierto es que dicho autor se ha pronunciado siempre a favor del derecho natural argumentando que para conjugar el derecho natural con el derecho positivo deben tenerse presente dos exigencias: a) El derecho positivo no puede lesionar los derechos naturales; es decir, el derecho natural prevalece siempre sobre el derecho positivo y por ningún motivo se puede aprobar una ley que los pueda violentar, puesto que en ese caso la ley es injusta y antinatural y b) el derecho natural opera como vigente en la medida de su positivación y de su formalización, posicionamiento que únicamente sirve para brindarle la seguridad y certeza jurídica a los individuos. Reglas son consecuencia lógica de que el derecho positivo deriva del derecho natural.<sup>178</sup>

Massini Correas, considerado uno de los principales exponentes del iusnaturalismo, a su vez distingue cinco tipos de iusnaturalismo, a saber:

- 1) Las versiones derivacionistas que ponen el acento en la dimensión naturalista del derecho natural, defendiendo la posibilidad de derivar las proposiciones normativas de este derecho de afirmaciones acerca de las notas constitutivas de la naturaleza humana;
- 2) Las versiones inclinacionistas, para quien el derecho se manifiesta principalmente en las inclinaciones naturales del hombre, en cuanto ellas aparecen como signos de la participación de la ley Eterna en la razón humana;

---

<sup>178</sup>Hervada, Javier, Óp. cit., nota 20, p. 183.

- 3) La propuesta de la Nueva Escuela de Derecho Natural (NEDN), donde el conocimiento de los contenidos del derecho natural se produce, principalmente, a través de la captación, por evidencia, de los bienes humanos básicos y del primer principio de la ley natural, al que atribuye carácter premoral, basados en el primer principio, “el bien ha de hacerse y el mal evitarse;
- 4) Las concepciones ultrarrealistas, que sostienen que existen realidades morales, con su propia esencia o naturaleza, con independencia de su conocimiento por parte del hombre y aún de la existencia, y
- 5) Las propuestas de superación, entre las que señala la de Mark Murphy para quien tanto las proposiciones normativas del derecho natural como las descriptivas de la naturaleza humana, tienen el mismo referente semántico, esto es, las dimensiones fundamentales del perfeccionamiento humano.<sup>179</sup>

Este tratadista al igual que todos los iusnaturalistas y iuspositivistas han tratado de encontrar el punto medio entre estas teorías, claro ésta que cada autor se inclinará más a una u otra dependiendo de su formación filosófica, ya que no es raro que el iusnaturalismo o el positivismo inserten argumentos del otro, ejemplos de ello, son esta visión de Murphy o la propia de la condición humana y el positivismo incluyente, el cual ya no niega la relación entre derecho y moral.

Por su parte, Bastida refiriéndose al derecho natural, menciona que el mismo es algo semejante a un Derecho suprapositivo, el cual de manera inminente esta reconducido a la esencia misma de la naturaleza humana, en el que halla su origen todas las libertades inherentes al hombre, y donde cualquier individuo podría llegar a conocer a través de una reflexión sobre su propio ser,<sup>180</sup> esto es a través de la razón humana como lo ha sostenido el iusracionalismo, el cual parte de una filosofía de corte aristotélico tomista.

---

<sup>179</sup>Massini Correas, Oscar, *Iusnaturalismo e interpretación jurídica*, Díkaion: revista de actualidad jurídica, Vol. 19, Nº. 2, 2010, p. 408-410.

<sup>180</sup>Bastida, Francisco, *El fundamento de los derechos fundamentales*, Revista electrónica de derecho universidad de la roja, diciembre 2005, p. 16.

Nino señala que para el iusnaturalismo tradicional, los derechos subjetivos son independientes de lo que disponen las normas de derecho objetivo. Son facultades y poderes innatos al hombre, que los tiene por el sólo hecho de serlo y que existirían aún y cuando hipotéticamente se aboliera la técnica de regulación y motivación de la vida social que es característica del derecho objetivo;<sup>181</sup>

El iusnaturalismo en sus diferentes vertientes ha de retornar a la escena jurídica como una respuesta a esta grosera amoralidad del derecho, retomando fuerza y sobre todo la alusión del mismo respecto a los valores naturales del hombre, pasando al “reconocimiento” de dichos valores del individuo en su condición humana dentro del ordenamiento jurídico, siendo en la actualidad esta parte dogmática la base y el punto de partida del Derecho.

Sin embargo, esta doctrina a principios del siglo XX, como señala acertadamente Spector, en pleno apogeo del positivismo, empezó a declinar y para la primera guerra mundial difícilmente había teóricos que defendiesen los derechos del hombre sobre la base de la ley natural.<sup>182</sup>

Sino que es hasta la incorporación de los derechos humanos y el debate que han generado los mismos, cuyo fundamento se encuentra indiscutiblemente fuera de la norma y se sitúa en diversos valores para la condición humana, para la *humanitas* en la ética, bastando para muestra de ello los conceptos introducidos en Ley de la dignidad, autonomía, desarrollo, bienestar, justicia, igualdad y fraternidad.

Así la Ley natural se considera como las prescripciones que abarcan toda la vida humana, son lo que establece la *recta ratio* u *óρθος λόγος*, la recta razón, en cuanto es razón natural. Es la regla de todas las virtudes del hombre y de su recta conducta, en tanto son expresión de la naturaleza humana. Por consiguiente,

---

<sup>181</sup>Nino, Santiago, Óp. cit., nota 148, p. 195-208.

<sup>182</sup>Spector, Horacio, Óp. cit., nota 137, p.11.

incluye la condena de todos los vicios y de todos los actos y conductas desordenados.<sup>183</sup>

Otras consideraciones al respecto de los derechos naturales son ofrecidas por Paulette Dieterlen y Mauricio Beuchot, en el entendido que las mismas van más en el tenor del fundamento metajurídico de los derechos humanos, como lo son: la libertad, la igualdad, la dignidad humana.<sup>184</sup>

Una vez que se ha visto esta percepción sobre el origen de los derechos, es menester, continuar con su análisis a la luz de su configuración como derechos positivos.

### **¿Derechos subjetivos igual a derechos positivos?**

A la par de la teoría que explica la naturaleza de los derechos en razón a la propia naturaleza humana, se encuentra una posición en eterna confrontación que los concibe como potestades que otorga el ordenamiento jurídico a los individuos, toda vez que solo la norma jurídica es la autorizada para decretar derechos subjetivos o más bien deberes relacionados con la misma.

En el presente apartado, se hace mención a las diversas explicaciones de esta visión positivista del derecho, haciendo su aparición a principios del siglo XX, cuando el derecho en un afán de superioridad y de pureza metodológica va a comenzar por señalar que los derechos sólo son derechos en serio si están contemplados en una norma jurídica, negando de manera rotunda todo valor extrínseco a los derechos naturales que no fueran otorgados por el ordenamiento jurídico.

---

<sup>183</sup>Hervada, Javier, Óp. cit., nota 20, p. 181.

<sup>184</sup>Dieterlen, Paulette, *Sobre los derechos humanos*, México, UNAM, 1985 y Beuchot, Mauricio, Óp. cit., nota 20.

Cuando éste establece derechos es porque considera que para el funcionamiento del sistema jurídico que desea implantar es esencial dar la máxima protección jurídica a determinadas pretensiones y expectativas de autodisposición de los individuos e incluso de los grupos en las que éstos se organizan, insertándolas para ello en la norma más alta del ordenamiento jurídico, la Constitución. Articulándolos jurídicamente no sólo como bienes constitucionalmente protegibles, sino también como apoderamientos a los sujetos de tales expectativas para que puedan hacer valer frente a todos esos ámbitos protegidos.<sup>185</sup>

Asimismo, para Wolff el derecho subjetivo es la facultad que está en el poder del derecho o de la acción moral.<sup>186</sup> Savigny, el fundador de la escuela histórica del derecho alemán, ve el derecho subjetivo como un poder atribuido a la voluntad del sujeto, un ámbito de “señorío de la voluntad”, una esfera de autonomía que el ordenamiento jurídico pone a disposición del individuo, junto con la protección correspondiente.<sup>187</sup>

Para esta visión positivista los derechos son una explicación *funcional* porque las pretensiones y expectativas que forman su objeto se estiman claves para la organización y el funcionamiento del sistema constitucional que se trata de establecer.<sup>188</sup>

Bentham negaba la posibilidad de entender los derechos fuera de contextos legales. La moral no tiene existencia institucional y, por lo tanto, no puede imponerse o resarcirse de ninguna manera vinculante. De lo que se trata es de abandonar los criterios metafísicos del derecho natural, y de establecer criterios objetivos como es la Ley positiva, así los derechos van a poseer una capacidad justificatoria autosuficiente.<sup>189</sup>

---

<sup>185</sup>Bastida, Francisco, Óp. cit., nota 180, p. 47.

<sup>186</sup>Wolff, Christian, *Institutiones juris naturae*, 1750, p. 46.

<sup>187</sup>Savigny, Friedrich Karl Von, *Sistema de derecho romano actual*, Analecta, Pamplona, 2004, p. 305.

<sup>188</sup>Ibídem, p. 28.

<sup>189</sup>Spector, Horacio, Óp. cit., nota 137, p. 31.

Por otra parte, Wellman sostiene que lo elemental de los derechos subjetivos es el hecho de que se favorezca su voluntad en caso de conflicto con otras personas, y no tanto el hecho de que el orden jurídico se centre en la elección del titular;<sup>190</sup> Merkl definiría el derecho subjetivo como “un interés determinado por el poder concedido por el Derecho objetivo”;<sup>191</sup> Bekker como “la protección de intereses que funda un poder de la voluntad”.<sup>192</sup>

Schmill, en la misma línea que Kelsen, estima que los derechos subjetivos son, conforme al uso corriente de estos vocablos, los correlatos de las normas condicionantes, los reflejos subalternos que expresan los intereses de los individuos particulares en relación con las normas del Derecho, siempre que se trate de los elementos que se encuentran contenidos en las normas que establecen facultades.<sup>193</sup>

Finalmente, Thon señalaría que el derecho subjetivo no sería el interés, sino el medio de protección del interés y la seguridad jurídica del disfrute, sería necesario que el mismo interesado estuviera llamado a utilizar la protección, transformando así la protección en un derecho del protegido. Desde este punto de vista, el derecho subjetivo: “una expectativa de pretensiones para el sujeto tutelado por las normas, derivado de la disposición del Derecho objetivo.”<sup>194</sup>

Los derechos, no se entienden sin el Estado, y de ahí que la iuspublicística alemana de finales del XIX llegase incluso a utilizar la categoría de *derechos públicos subjetivos*, para significar que las libertades se construían a partir de las relaciones jurídicas entre el Estado y los individuos. Esto es que el Derecho positivo, tiene que ser producido por los órganos estatales, que son los que *crean*

---

<sup>190</sup> Wellman, Carl, Óp. cit., nota 173, p. 24-25.

<sup>191</sup> Merkl, Adolf, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Revista de Derecho Privado, 1935, p. 272.

<sup>192</sup> Bekker, Ernst, citado por Cárdenas Gracia, Jaime en *Introducción al estudio del derecho*, Colección cultura jurídica, UNAM, México, 2010, p. 198.

<sup>193</sup> Schmill, Ulises, *El modelo del mandato, el orden jurídico y las normas de competencia*, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 25, 2002, p. 397.

<sup>194</sup> *Ibíd.*, p. 24.

los derechos como un constructo jurídico y no como un reconocimiento de lo que pudieran ser las consideraciones jurídicas laicizadas hacia el hombre realizadas por el derecho natural.

Es esta cuestión de que el Estado en su amplia benevolencia va a otorgar los derechos y al emplear el verbo “otorgar” y no “reconocer”, se da a entender que el Estado es la única fuente de los derechos y no que los derechos son inherentes a las personas y el simplemente reconoce su existencia.

Por lo cual, aún se cree en la actualidad que las constituciones democráticas se enmarcan en una concepción positivista del ordenamiento jurídico en el que la Constitución es la norma jurídica suprema y, como tal, fuente de producción de las demás normas del ordenamiento.<sup>195</sup>

Lo que va a derivar es que muchos sitúen el origen de los derechos humanos en la propia Ley, en específico en el artículo 68 de la Carta de las Naciones Unidas, que faculta al Consejo Económico y Social a establecer “comisiones de orden económico y social y *para la promoción de los derechos humanos*”. Esta cláusula dio lugar a la creación de la Comisión de Derechos Humanos, siendo el documento fundador de todo este movimiento la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 1 establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.<sup>196</sup> Inclusive a pesar de su falta de vinculatoriedad con los Estados parte de la Organización de Naciones Unidas.

No obstante, dicha concepción no toma en cuenta en ningún sentido los valores que embisten la naturaleza del ser humano, puesto que para el ordenamiento esta naturaleza preexistente del ser humano no existe, lo único que prevalece en este

---

<sup>195</sup> Bastida, Francisco, Óp. cit., nota 180, p. 20.

<sup>196</sup> El 10 de diciembre de 1948 se aprobó la citada Declaración por los entonces 58 Estados miembros de la Asamblea General de la ONU.



posicionamiento es el Estado de derecho, la legalidad y la fuerza normativa para su realización, lo cual depende de su formalidad, es decir, que siga todas las pautas establecidas en su procedimiento de creación, dejando de lado el contenido de las mismas.

Por consiguiente, el derecho positivo en su estricto sentido y no todos estos intentos de adaptación axiológica del mismo, se consideraba y aún se considera en muchos casos un derecho amoral, un derecho injusto, no solamente de los regímenes totalitarios, sino también de los círculos de poder, detonando en consecuencia de frialdad por el individuo un reconocimiento masivo de aquellos principios éticos que consagraba el derecho natural en un principio en ordenamientos de *soft law* en el ámbito internacional y posteriormente de esta positivización constitucional en el ámbito interno.

Ha sido esta arrogancia jurídica que sitúa a la Constitución por encima de sus creadores, de los hombres, una vez más esta superfluidad del creador dominado, como diría Rousseau al decir que un hombre libre se encuentra rodeado de cadenas<sup>197</sup>, cadenas que el mismo fabricó, es así como se vería al derecho no humano, y más al derecho positivo, al derecho formal, como un suicidio.

Como punto fuerte, se puede decir que los derechos fundamentales, son derechos positivos, reconocidos en textos con frecuencia escritos y rígidos, como las constituciones o los tratados internacionales, ofrecen un referente más o menos concreto. En este sentido, son más fáciles de identificar que muchos derechos humanos que se sitúan en el plano más evanescente de la simple argumentación política o moral. Además, al ser derechos reconocidos por órganos que pueden recurrir, en última instancia, a la fuerza pública, también sus vías de protección resultan, en principio, más eficaces.

---

<sup>197</sup> Rousseau, Juan Jacobo, Óp. cit., nota 28, p. 4.

Para lo que aquí me interesa, la principal consecuencia de considerar un derecho como jurídico es que son el mismo ordenamiento jurídico y sus poderes públicos quienes asumen su protección. Cuanto más intenso un ordenamiento reconoce a un derecho, mayor es la protección, al menos formal, que le otorga.

Aunado a esta protección, algunas de las consideraciones que sostienen quienes apoyan esta concepción son:

- a) Los derechos son delimitados en su ejercicio para no transgredir otros.
- b) La estabilidad que les da el reconocimiento constitucional al no poder ser estos vulnerados por ningún motivo sino únicamente limitados en tanto lo establezca así la constitución, esto es una especie de certeza jurídica.
- c) El proceso de positivización incluye su progresividad y nunca así criterios regresivos, por lo que sólo pueden modificarse en tanto sea para una protección mayor de la persona.
- d) Un aspecto primordial de esta transición al ordenamiento jurídico de los derechos humanos o derechos morales que se pregona más de la cultura anglosajona, es que estos tienen al juridizarse criterios vinculantes para todos, tanto para la autoridad como para la sociedad.
- e) Al tener mecanismos de protección que le otorga la Ley, estos derechos positivos axiológicos pueden ser justiciables y exigibles ante todo aquel que los conculque.

Por lo que esta visión positiva de los derechos subjetivos, pone como titular de los mismos a la Constitución. No obstante, comparto la idea de que la norma suprema es un ente inanimado, una creación político-jurídica, a mi entender no se puede concebir el hecho de que algo infrahumano pueda tener intereses o afectaciones directas, lo cual personalmente creo que es propio de los individuos, de su persona tal y como lo disponen los derechos de los sujetos y no de las constituciones. En consecuencia, la Constitución no puede ser titular de los derechos humanos, muestra de ello es que utiliza el verbo reconocer y no otorgar,

puesto que si los otorga, los puede quitar cuando el poder político decida, luego no acontece en el caso de los derechos humanos.

Visión constitucionalista, en la que la titularidad de los derechos le corresponde al Estado, en tanto que éste es el responsable de determinar a quiénes y qué derechos les corresponden, lo cual es insensato, ya que el Estado podría disponer a su antojo de los mismos, con lo que contraría y contradice la visión jurídica actual, que reivindica al hombre como valor fuente del ordenamiento jurídico, es decir un neohumanismo o un humanismo secular. Tal vez los derechos humanos se muestren como una herencia de las teorías iusnaturalistas en la fundamentación, pero sobre todo en la justificación de los derechos humanos.

Como observa Laporta<sup>198</sup>, decir que estos principios éticos universales tienen una pretensión de positivización es una idea normativa que busca evitar que los dictadores manipulen las normas jurídicas para obtener inmunidad. Esta limitación de la validez jurídica está, a su vez, matizada por el requisito de traducción institucional. La validez jurídica sólo puede estar restringida por principios éticos universales si la observancia y la aplicación de estos principios son empíricamente viable y éticamente admisibles.<sup>199</sup>

La viabilidad fáctica y la justificabilidad ética de la implementación jurídica de ciertos principios éticos universales delimitan un área de la moral y, obviamente, es útil tener un nombre (“derechos humanos” u otro) con el que se pueda denotar dicha clase. Segundo, los derechos humanos condicionan la validez jurídica de los actos realizados por autoridades nacionales.

Acto seguido, es momento de someter al escrutinio de la crítica a estas teorías de los derechos de los sujetos, ya que las mismas no han podido triunfar una sobre otra en la explicación de la naturaleza de los derechos de los sujetos.

---

<sup>198</sup>Spector, Horacio, Óp. cit., nota 137, p. 46.

<sup>199</sup>Ibídem, p. 45-46.

## **Críticas a estas dos nociones de la naturaleza de los derechos**

Como se señaló al principio del presente apartado de la naturaleza de los derechos, tanto el iusnaturalismo como el positivismo han sido objeto de fuertes críticas, principalmente entre ellos, ya que la historia de la teoría del derecho se ha encargado de ponerlos en constante contradicción, es decir, los que abogan por el derecho natural están peleados con el formalismo del positivismo jurídico, mientras que los seguidores de la pureza metodológica del derecho, esto es, los positivistas reniegan de los criterios metafísicos de la naturaleza humana que tanto defiende el iusnaturalismo.

A continuación se ofrecen las apreciaciones negativas de estas dos formulaciones teóricas de los derechos de los sujetos, las cuales darán paso a una tercera teoría que basada en la noción de la condición humana como fuente y valor de los derechos.

### **a) Reparos en torno al concepto de derecho subjetivo como derechos positivos**

Esta posición ha sido sumamente criticada en la actualidad, ya que a partir de la creación de los Estados, la Ley como un derecho objetivo ha sido un instrumento de legitimidad de los actos gubernamentales, los cuales actúan de manera arbitraria e injusta, pero eso sí de manera legal, es decir, se ampararan en la Ley, donde todo es posible siempre que sea legal aunque no tenga criterios de justicia dicho ordenamiento, muestra de ello son las actuaciones al margen de la Ley de los gobiernos totalitaristas del siglo anterior.

Si bien a principios del siglo XX, difícilmente había teóricos que defendiesen los derechos del hombre sobre la base de la ley natural, lo cierto también es que luego de la Segunda Guerra Mundial, la doctrina de los derechos naturales,

remozados como derechos humanos, era el único instrumento normativo disponible para criticar este orden jurídico groseramente inmoral.<sup>200</sup>

Por lo que rehúyo a esta posición de manera categórica, ya que no creo que los derechos humanos sean facultades atribuidas a sus titulares por la Constitución, sino condiciones preexistentes de la condición humana, las cuales habrán de ser reconocidas y fortalecidas por los Estados, siguiendo a Locke el Estado sólo debe proteger al individuo en sus bienes humanos básicos que le permitan este mínimo de subsistencia.

En este sentido, no se estima que sea la Constitución quien otorgue la titularidad de los derechos, pero si acepto que es de suma utilidad para que los individuos conozcan esta parte del contenido de sus derechos, de las obligaciones que se tienen para con la titularidad preexistente de los derechos humanos en tanto que son inherentes a su condición humana, por lo que positivarlos les otorga mayor fuerza a la que de por sí ya tienen al ser de los propios individuos.

Tras un corto tiempo de descrédito a fines del siglo XIX y primeras décadas del presente, los derechos naturales, ahora en la forma de derechos humanos, retornan al pensamiento jurídico para justificar decisiones judiciales no avaladas por las normas del derecho positivo. Debido a que fue necesario sustituir la palabra “naturales” por “humanos” para despojar al concepto de sus connotaciones metafísicas y facilitar su aceptación por regímenes políticos de diversas inspiraciones filosóficas.

Tal y como predicaba en el apartado anterior respecto a uno de los fundamentos de los derechos como lo es el positivismo, esta posición se asemeja muchísimo, ya que ahora estos derechos pero ahora configurados como derechos humanos van a ser considerados como “relevantes” como hechos positivos o jurídicos

---

<sup>200</sup>Weston, Burns, “Human Rights” en *International Human Rights in Context*, comp. por H. J. Steiner and P. Alston, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 271-276.

únicamente desde dentro del mismo ordenamiento, es decir, van a ser las constituciones las que tenderán a ofrecer un punto de vista interno de los derechos, puesto que los mismos se producen en los diferentes órdenes de la realidad jurídica (leyes, reglamentos y normas, en general, de rango inferior a aquellas que consagran derechos fundamentales) y no a partir de ningún criterio metajurídico, inclusive cuando los haya introducido en su parte dogmática, en otras palabras el ordenamiento va a otorgar esta calidad de derechos humanos.

Es esta “migración de la moral al derecho positivo” es un rasgo típico, tanto del derecho internacional como del derecho constitucional moderno. La división entre un punto de vista externo, puramente moral o político, y un punto de vista interno, puramente jurídico.<sup>201</sup> A partir de la incorporación de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de los derechos humanos de Naciones Unidas de 1948 o en la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre al derecho positivo.

Ahora bien, existen a su vez opiniones que contrarían al derecho subjetivo, entre las que destacan las vertidas por Hägerström y Lundstedt<sup>202</sup>, para quienes el derecho subjetivo es una realidad que solamente surge del simple funcionamiento de la maquinaria jurídica; Olivecrona, habrá de concluir que el status de los conceptos jurídicos fundamentales no es más que el de herramientas auxiliares en la descripción de un sistema jurídico que en sí no son nada<sup>203</sup>.

Por otra parte, el jurista alemán Pufendorf, no cree en un derecho subjetivo centrado en el individuo como principio y último fundamento del sistema político y social, sino que el concibe más allá de este empoderamiento del sujeto, una doctrina basada en deberes y cuyas obligaciones correlativas deben ser

---

<sup>201</sup>Wilhelmi, Marco Aparicio y Pisarello, Gerardo, Óp. cit., nota 69, p. 147.

<sup>202</sup>Véase Strómholtz y Vogel, *Le réalisme escandinave dans la philosophie du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, p. 54-57.

<sup>203</sup>Olivecrona, *El derecho como hecho*, Depalma, Buenos Aires, 1959, Trad. Jerónimo Cortés Funes, p. 30-31.

observadas por todos los hombres en su conjunto a fin de llevar una vida social segura, tolerante y feliz.<sup>204</sup>

Al igual que Gurvitch quien atribuye esta negación del derecho subjetivo al error de entenderlo sólo como la competencia atribuida por el orden del derecho individual y no admitir al derecho social más que en el dominio del derecho objetivo. Aún a pesar de que estos sean interdependientes al señalar que el derecho social no puede ser concebido sin que su orden objetivo atribuya a los sujetos a los cuales se dirigen derechos sociales subjetivos y el derecho individual no puede afirmarse sin que los derechos subjetivos individuales se funden sobre un orden objetivo de este mismo derecho individual, sirviendo de base a la atribución de las pretensiones.

Mientras que para Duguit la controversia sobre el derecho subjetivo conduce en todo caso a considerarlo como un poder de querer, de imponer la voluntad propia sobre otros sujetos, independientemente de que se siga la teoría de la voluntad o la del interés, cuya oposición sólo sería aparente; la protección sólo se produce cuando existe una manifestación de voluntad del titular del derecho o de un tercero dirigida a poner en funcionamiento los órganos estatales de coacción<sup>205</sup>. Comte vendría a afirmar que en el Estado positivo, que no admite ningún título celeste, la idea del derecho desaparece irrevocablemente, debido a que cada cual tiene deberes para con todos, pero nadie tiene derecho alguno propiamente dicho.<sup>206</sup>

Como se observa estas ideas sostienen que el derecho simplemente es objetivo y que el individuo en su voluntad lo hace dinámico pero no suyo, simplemente

---

<sup>204</sup>Huesbe Llanos, Marco A. *La teoría política de Samuel Pufendorf a través de su comentario a la constitución del imperio romano-germánico*, Revista Estudios Históricos Jurídicos, No.31, p. 427-445. Disponible en:

[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071654552009000100016&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071654552009000100016&lng=es&nrm=iso).

<sup>205</sup>Duguit, Leon, *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, trad. de Posada, Madrid, 1921, p. 25.

<sup>206</sup>Comte, Augusto, *Curso de filosofía positiva*, Madrid, Magisterio Español, 1977, p. 176.

quiere que un deber sea cubierto a través de la coacción de este derecho. En otros términos, nadie posee más derecho que el de cumplir siempre con su deber.

Finalmente, Villey<sup>207</sup> aun cuando gracias a sus investigaciones la teoría del derecho ha podido acercarse a esta noción, ya que es en su libro “*Estudios de torno al derecho subjetivo*” donde hace una fuerte crítica a los derechos subjetivos, en tanto que los mismos proceden de una cultura nominalista donde el sujeto es el centro del ordenamiento y no tiene en cuenta la situación social en la que se ve inmerso, es decir, este particularismo jurídico de cada comunidad, lo que más tarde Hegel iba a señalar como el contexto cultural.

La crítica más reluciente acerca de los derechos de los sujetos como derechos subjetivos es aquella que niega al individuo su posición como un ente anterior y sobre todo superior a este institucionalismo y formalismo jurídico, contario sensu.

Esta postura vendría a configurarse como la mayor aberración a la humanidad, puesto que no parte de valorar al individuo en toda su extensión, de privilegiarle su condición humana en todo acto de la vida pública y privada. Por lo cual el derecho subjetivo basado en el hombre mismo y no en el reconocimiento u otorgamiento que los ordenamientos jurídicos hacen al mismo, está peleado a muerte con el positivismo que ha rehuido a cualquier referencia deontológica pretendiendo una objetividad y una pureza científica incompatible con el propio ser humano, con su condición humana, dada la carga valorativa que conlleva el ser humano *per se*.

#### **b) Crítica a la noción de los derechos naturales**

Ahora bien, es necesario precisar que las críticas no solamente se vuelcan sobre los derechos subjetivos en tanto éstos son derechos positivos, sino que también los derechos de los individuos explicados a través de la noción de la naturaleza humana, también son susceptibles de diversos cometarios, entre los que destacan

---

<sup>207</sup>Villey, Michel, Óp. cit., nota 44.



los criterios metafísicos en los que se sustentan, al igual que su relación intrínseca con la divinidad, entre muchas otros vituperios.

Como he mencionado, el iusnaturalismo es una posición que podría explicar muy bien a los derechos humanos dada las características de su suprapositividad, del valor que predica sobre el hombre, pero no se puede negar que aún y cuando hayan pretendido deshacerse de su fundamento como lo es Dios; al tratar de buscar un criterio de objetividad en la razón o en la naturaleza humana, su misma genealogía los sigue relacionando con esta metafísica de Dios, puesto que la naturaleza se le sigue atribuyendo a una deidad y al hacer esto la teoría iusnaturalista se sitúa frente a otro tipo de autoridad a la que están sometidos los hombres, al designio de Dios y no a su propia condición humana, a su propia creación del mundo, debido a que él es el productor de las acciones y quien da el trato de humano a su semejante y no la naturaleza humana.

Lo anterior se deriva del hecho de la caracterización de la naturaleza humana como un concepto metafísico que designa la esencia como principio de operación, principio relacionado de manera directa con Dios, por lo que los positivistas, sobra decir que seculares, niegan de manera rotunda esta consideración de que los derechos provengan de Dios.

Ya se ha hecho mención de esta dificultad de definir la naturaleza humana que han compartido ilustres filósofos como Locke, Hobbes y Rousseau. Siendo distinto con la condición humana, un criterio objetivo y a la vez valorativo aquí y en todo momento, en razón de que no se puede negar que tanto el rico como el pobre, el patrón como el trabajador, el niño como el anciano comparten una misma condición humana que está estrictamente relacionada con su mínimo vital o mínimo de subsistencia, con sus bienes humanos básicos primarios como lo son la vida, la salud, la vivienda, los alimentos, el vestido, la religión y la libertad.

Con lo cual, se demuestra que ha de renegarse también del iusnaturalismo en todas sus vertientes, puesto que al igual que el positivismo ha ido camuflajeándose para hacer frente a sus críticas. En especial, me interesa la posición que va a señalar a la naturaleza humana como fundamento de los derechos, no obstante, la alusión a la naturaleza del hombre no se vislumbra como lo más atinado, ya que aunque algunos autores a pesar de que quieran secularizar esta idea de la naturaleza del hombre refiriendo a la razón como fundamento último, lo cierto es que a todas luces dicha expresión tiene una enorme carga axiológica cristiana, dado que al final la naturaleza ha de relacionarse con Dios, optando a título personal el término “condición humana”, en atención a que ésta se puede centrar más en cuestiones objetivas, desde luego provenientes de la actividad humana y de la consideración de la categoría y cualidad de lo humano que todos desean poseer.

Esto debido a que el hombre, en todos los lugares donde se encuentre, conserva la misma condición humana sin importar su status, su riqueza, su localización, todos los seres humanos comparten una misma condición humana, basada en bienes humanos básicos primarios. Asimismo, conviene observar las sociedades y para darse cuenta de que las mismas están compuestas por el ideal del hombre abstracto.

Lo que complica estas consideraciones de que los derechos son innatos a los hombres, es el término de naturaleza humana, el cual se complica mucho dado que el mismo se presenta como una idea aún más problemática que la idea del ser humano.

En este sentido, Locke definiría al propio hombre como bueno por naturaleza y Hobbes como malo; Rousseau como bueno pero corrompido por la sociedad, lo cual hace que el estado natural en que nacen los hombres sea más difícil de definir de lo que se cree; por lo que en aras de brindar un concepto que dé mayor soporte a esta teoría del humanismo secular en el que encuentran su máxima expresión en los derechos humanos, el concepto que estimo deben referir tanto

Aristóteles, Tomas de Aquino, Sartre y muchos más es el de la condición humana, como un hecho objetivo que comparten todos los seres humanos sin distinción; como una premisa de consideraciones mínimas básicas que lo apartan de su utilización como un objeto y lo ven como sujeto y no como la primacía del entendimiento sobre la voluntad.

Lo anterior es evidente al analizar el positivismo, el cual indudablemente tiende a ser eminentemente valorativo y que el iusnaturalismo ha reconocido que necesita del positivismo como mecanismo de garantía de los valores o las premisas que representa la condición humana, este matrimonio siempre presentará disputas, pero no hay que dejar de concebirlos como una pareja, no pudiendo disociarlos, ya que éstos son codependientes y no antagónicos como siempre se las ha querido ver, uno no necesariamente excluye al otro, al contrario lo viene a reafirmar, tanto en su valor como en su cuidado y su institucionalidad.

En este contexto, se puede considerar al presente trabajo en el ámbito humanista secular, ya que el mismo se enfoca en, claro está sin ser materia del presente estudio, analizar el rol que desempeña el hombre abstracto en tanto su condición humana y la sociedad en la construcción y el cumplimiento de los derechos. El primer punto de vista realista para la satisfacción de los derechos humanos y el argumento principal del ejercicio de los derechos humanos es eso, practicarlos y ejercerlos pero para ello primero hay que adoptarlos como propios, ser conscientes de que se tienen derechos a determinados bienes; no dejando de lado la cuestión de la responsabilidad y el respeto a los demás en la implementación de estos derechos y sobre todo que estos derechos sirven para algo, lo que conllevan a mejores planes de vida, a un estado de desarrollo, de bienestar, en suma, para vivir de manera digna.

Esta visión que no cae en la clasificación de si los derechos de los sujetos son derechos naturales o derechos positivos, sino más bien, premisas ético legales basadas en la condición humana, recae en lo que se ha denominado humanismo

secular, ya que se busca enfocar en las propias manifestaciones culturales del hombre, en el propio individuo como creador del derecho; pero sin atribuirle ningún contenido teológico, ni distingo alguno por la causa que fuere, toda vez que se parte de una igualdad, igualdad en derechos y oportunidades, lo cual explica la sinergia entre derecho y moral, que a continuación se explica de manera más detallada.

### **El fin de la disputa positivista vs iusnaturalista: el reconocimiento positivista de los derechos inmanentes de la persona**

En un intento de conjuntar estas dos visiones: la del valor del hombre en cuanto su naturaleza humana, puesto que es preferible usar el concepto de condición humana, con la fuerza coactiva y declarativa del Estado de Derecho, se ha dicho que los derechos humanos solamente adquieren existencia tangible cuando se ven positivizados, esto es, cuando son incluidos dentro de los ordenamientos jurídicos y, cuando ello ocurre, ya no son más derechos naturales o morales, sino que ahora adquieren el carácter de derechos humanos.<sup>208</sup>

Este pasaje de los derechos naturales a los derechos humanos tiene diversos significados: (1) desconecta la idea de derechos humanos de sus viejas implicancias ontológicas y metaéticas, acentuando el proceso de secularización que ya estaba implícito en el cambio desde el concepto de ley natural al de derechos naturales; (2) en lugar de actuar como principio de legitimidad de un estado nacional particular, los derechos humanos constituyen un esfuerzo por alcanzar estándares compartidos en una comunidad internacional; (3) todos los seres humanos son titulares de los derechos humanos; (4) los derechos humanos son violados por el gobierno y sus organismos de seguridad y defensa, por un movimiento guerrillero y por una gran empresa, pero no por un criminal o un

---

<sup>208</sup>Bulygin, Eugenio, *Sobre el status ontológico de los derechos humanos*, DOXA (Cuadernos de Filosofía del Derecho) 4, p. 83.

marido violento y (5) adquieren reconocimiento legal, que los dota de la fuerza coactiva para cumplirlos.<sup>209</sup>

O como señala Hervada, “el principio de unidad entre el derecho natural y el derecho positivo es triple: en primer lugar, la ley positiva se genera –deriva– a partir de la ley natural por determinaciones en el orden de los medios convenientes y útiles para los fines naturales del hombre; el derecho natural es la base del derecho positivo y entre ambos existe una unidad de derivación. En segundo término, la potestad de dar normas positivas es de origen natural, puesto que del derecho natural van a derivar el poder social y la capacidad de compromiso y de pacto. Y tercero: las relaciones jurídicas básicas y fundamentales, de las que las demás son derivación, complemento o forma histórica, son naturales.”<sup>210</sup>

A opinión personal, ésta es la posición más idónea en cuanto a la concepción de los derechos humanos, en el entendido de que si bien es cierto es una amalgama de los posicionamientos positivistas con iusnaturalistas, también lo es que estos son codependientes, esto es, que tanto el derecho positivo necesita de las premisas morales en las que se basa el iusnaturalismo como lo son la dignidad humana, la vida, la justicia, la otredad; para hacer posible que los individuos elijan y desarrollen su plan de vida de acuerdo a la misma valía humana, y estos a su vez dependen del entramado jurídico para hacer posible su exigibilidad, es decir, los medios jurídicos necesarios que organicen, estructuren y permitan operar estos derechos fundamentales para la persona.

Descansan sobre dos cimientos, un fundamento que es meta-positivo, extrajurídico, por si se quiere omitir la palabra moral, el cual considera que los derechos humanos existen con anterioridad a la Constitución, y los derechos simplemente constitucionales, que son los que emanan de la Constitución y sin

---

<sup>209</sup>Spector, Horacio, Óp. cit., nota 137, p. 12.

<sup>210</sup>Hervada, Jesús, Óp. cit., nota 20, p. 662.

ella no tendrían existencia propia, constituyendo esta premisa el fundamento jurídico de los derechos. Tal y como Hart ha señalado esta carencia de moral en el Derecho y que su reconocimiento en la constitución legitima estos valores, ya que sin la coercitividad del aparato gubernamental difícilmente encontrarían una satisfacción plena.

Para Muguerza, los derechos humanos presentan un rostro jánico, una de cuyas caras es ética y la otra jurídica.<sup>211</sup> Sin el reconocimiento jurídico, los derechos humanos son simplemente exigencias morales. En una línea similar, Peces-Barba observa que los derechos humanos pertenecen al ámbito del derecho moralizado, siendo para la comprensión de este concepto tanto la dimensión jurídica como la dimensión moral.<sup>212</sup>

En tanto que Laporta, al realizar una crítica al positivismo va a denunciar que “los derechos son valoraciones o principios contenidos en sistemas normativos (morales y jurídicos) que dan apoyo a normas que atribuyen algunas de las relaciones jurídicas Hohfeldianas. Continuando por afirmar que los derechos son, básicamente, hechos valorados por un sistema normativo, más que nada persiguen: un estado de cosas al que se considera un bien, un objetivo que se trata de perseguir, una meta a la que llegar, etcétera, todo ello en virtud del sistema normativo en que se inscriben”.<sup>213</sup>

Coligiendo que en el derecho constitucional se ven inmersos derechos humanos que descansan indudablemente en cuestiones axiológicas como la dignidad humana, la igualdad, libertad, desarrollo, bienestar, fraternidad y justicia. Así el derecho se justifica no sólo en su formalidad legal, sino también en principios de justicia que le confieren legitimidad moral a la autoridad constitucional. Entendido de otra manera se podría decir tal y como menciona Spector que el contenido de

---

<sup>211</sup>Muguerza, Javier, “La alternativa del disenso, En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos” en *Ética, disenso y derechos humanos. En conversación con Ernesto Garzón Valdés*, comp. por J. Muguerza, Madrid, Arges, 1998, p. 21-22.

<sup>212</sup>Peces-Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 35, 102-104.

<sup>213</sup>Laporta, Francisco, *Óp. Cit.*, nota 160, p. 29.

los principios de los derechos humanos apoyados en la posición normativa, han sido creados de acuerdo al imperativo categórico, respetando la autonomía personal.

Por lo que los derechos humanos son básicamente derechos morales y pueden existir como tales sin consagración positiva. Aun cuando el concepto de derechos humanos se ha desligado del de derechos naturales, sigue pretendiendo una forma de apoyo que trasciende las tradiciones y circunstancias históricas y culturales particulares, los sistemas jurídicos positivos y los gobiernos.<sup>214</sup>

Aunque, su positivización se hace necesaria para su efectiva garantía de cumplimiento, que no deja duda de que el derecho natural ha dejado ciertas reminiscencias en los ordenamientos jurídicos, ya que es a través de esta formalización institucional de los derechos humanos que los titulares de los mismos, es decir, los hombres en tanto que comparten la misma condición humana básica están obligados a respetar el contenido de los derechos; conllevando no sólo una certeza jurídica, sino que los aleja de aquella incertidumbre sobre cuáles son estos derechos, al materializar también cuál es el contenido iusfundamental, y los declara como intocables al señalar cuales no pueden modificarse ni siquiera por el poder constituyente-constituido.

Así al positivar los derechos humanos como valores preexistentes de la condición humana, quedan protegidos de ahora en adelante, es decir, a partir de la adopción interna de los Estados en sus ordenamientos jurídicos de la Declaración de Derechos Humanos, son verdaderos derechos positivos, al poder ser alegables, exigibles, vinculatorios y con la suficiente fuerza institucional para que se cumplan, dejando de ser virtuales o una utopía.

---

<sup>214</sup>Kamenka, Eugene, "Human Rights, Peoples' Rights", en *International Human Rights in Context*, comp. por H. J. Steiner and P. Alston, Oxford Clarendon Press, 1996, p. 130.

En realidad, sólo muy tardíamente, como diría Waldron fue con la revolución americana y la francesa que los derechos se convirtieron en herramientas del diseño institucional,<sup>215</sup> es decir, se fue formando la ingeniería constitucional basada en los sujetos, cimentados en los valores de los derechos humanos, esto es, se da con esta cosmovisión de los sujetos en los sistemas jurídicos el reconocimiento y la reivindicación de la condición humana como eje del ordenamiento, en otras palabras, comienza la era de la filosofía humanista laicizada prevista de legitimidad constitucional.

Lo anterior, constituye el adiós al monismo de la validez formal y es la bienvenida al contenido de justicia de corte humanista. En otras palabras, es el hombre en cuanto a su condición humana el que toma el carácter de constructor de esta ingeniería constitucional cuyos cimientos son los derechos humanos y el cual está destinado para el uso de los hombres. Pudiendo decir que los derechos no se crean, sino que los ordenamientos se encargan de recordarlos a sus titulares.<sup>216</sup>

En consecuencia, la Constitución resulta ser el lugar idóneo más no necesario en el que se debe hacer un reconocimiento explícito del catálogo de derechos humanos de los que gozan las personas y grupos que habitan el territorio de un Estado. De esta manera los derechos humanos al formar parte de la norma suprema ocuparán la máxima jerarquía jurídica en el orden jurídico del país.

También, por supuesto, es una manera de asegurar, por una parte, que todas las actividades del Estado deben dirigirse a la consecución de los derechos humanos para todos y todas como su objetivo central y, por otra parte, que todas las normas jurídicas secundarias deben estar en plena sintonía con su contenido. Como menciona de manera magistral Bobbio, señala que los derechos humanos nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos

---

<sup>215</sup>Waldron, Jeremy, Óp. cit., nota 110, p.31.

<sup>216</sup>Laporta, Francisco, Óp. cit., nota 160, p. 17.



particulares, para encontrar al fin su plena realización como derechos positivos de pretensión universal.

Me parece que el principal temor de los juristas en aceptar que los derechos humanos tocan base en el derecho natural, se debe a que este evoca a la ley divina, relación inaceptable de manera categórica por los teóricos del derecho, más de aquellos seguidores de la pureza del derecho, de un contenido objetivo y amoral, de un formalismo constitucional y de un ordenamiento carente de valores supralegales, que sólo prima la voluntad de la ley, como fuente y valor de un Estado, del afamado Estado de Derecho, pero de qué sirve este Estado si puede ser utilizado al antojo de los gobernantes para legitimar sus actos más allá de justificarlos, es decir, de actuar en base a criterios de justicia, lo cual deviene en la provisión de una justificación de tipo moral.

Siempre que los derechos se han visto amenazados por esta influencia moral, han tendido a cambiar de nombre, primero la negación de derechos naturales, por derechos humanos y luego por la de derechos fundamentales, es tanto el miedo a que se les relaciones con criterios de valor.

La idea básica del hombre como sujeto y no como objeto, es la transmutación a un ser portador de derechos inmanentes, inalienables e inviolables, un hombre digno, valor consustancial de la persona. Como menciona Sartori, el reconocimiento constitucional de los derechos de 1789, es necesario para proteger los derechos de los destinatarios del poder, es decir, de los ciudadanos.<sup>217</sup> Así los derechos se rebelan como intereses relevantes para los hombres en cuanto a la subsistencia y bienestar de su condición humana, derechos inherentes al hombre y a su propio desarrollo, que aunque no se reconozcan en los ordenamientos existen, no con la fuerza que quisiera pero sí como exigencias.

Como se ha llegado a decir, nunca antes la ética había tenido tanta significación en la dirección de los asuntos humanos. Somos testigos de una nueva etapa en la

---

<sup>217</sup>Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, FCE, México, 2000, p. 79.

que la frontera entre el derecho y la moral se desdibuja.<sup>218</sup> Esta mezcla de modelos, de teorías, de fundamentos, donde deja de ser necesaria la disgregación doctrinaria en extremos contradictorios, sino este punto medio donde se unan, el derecho y la moral, el positivismo y el iusnaturalismo, todo por el hombre, esta sinergia de opuestos<sup>219</sup> que permita proteger la condición humana y todos bienes humanos básicos que esta necesita para su subsistencia.

---

<sup>218</sup>Spector, Horacio, Óp. cit., nota 137, p. 46.

<sup>219</sup>Schmill en su libro de la conducta del jabalí aborda el tema del lenguaje de las oposiciones, donde siempre se tiende a poner un término positivo y uno correlato negativo, no obstante, en algunas veces estos extremos tienden a encontrar el punto medio, una especie de oxímoron del positivismo axiológico en el que la condición humana se encuentra.

Los derechos fundamentales se prolongan y extienden en el ordenamiento jurídico a partir de la constitución de los valores de libertad, igualdad y solidaridad, siendo éstos el primer escalón de la realización social de la dignidad humana.

-Robert Alexy-<sup>220</sup>

## **CAPÍTULO CUATRO. LA FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?**

Ahora bien, respecto a otra de las preguntas que se formularon desde un inicio, está el hecho de que los derechos sean fundamentales, pero en qué sentido, cómo y porqué se considera un derecho fundamental.

En este entendido, para valorar la justa dimensión de los derechos subjetivos o de los derechos de los sujetos, es especial el derecho a la salud, considerado hoy por hoy como un derecho humano fundamental; en primer lugar, se deben proporcionar ciertas consideraciones respecto al término de la fundamentalidad de los derechos, a lo cual ha de precisarse en qué consiste esta palabra en el ámbito legal.

Ferrajoli por su parte ante la pregunta de los derechos fundamentales, en su obra "*Los fundamentos de los derechos fundamentales*<sup>221</sup>" ha señalado que se pueden gestar tres respuestas distintas al respecto: la primera de ellas es la que ofrece la teoría del derecho, la segunda explicación la va a ofrecer el derecho positivo, es decir, la dogmática constitucional o internacional, mientras que la tercera respuesta, es la que se da desde la perspectiva de la filosofía política, y se refiere a la pregunta de "cuáles derechos deben ser garantizados como fundamentales".

Ahora bien, en un análisis de la respuesta ofrecida por la teoría del derecho, en una de las definiciones más fecundas de los "derechos fundamentales" identifica a

---

<sup>220</sup> Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, 1ª ed., Fontamara, México, 2010, p. 88.

<sup>221</sup> Ferrajoli, Luigi, Óp. cit., nota 121, p. 116-117.

los derechos como fundamentales en cuanto éstos están adscritos universalmente a todos a las personas aunado a que los mismos se caracterizan como indisponibles e inalienables, lo cual quiere decir, que los derechos al considerárseles como fundamentales van a sustraerse tanto de la disponibilidad de la política como la del mercado<sup>222</sup>, siendo así facultades intocables de los individuos.

Las teorías positivistas, a decir de Ferrajoli, van a considerar también a los derechos fundamentales como aquellos derechos universales e indisponibles, siempre y cuando estén establecidos por el derecho positivo.

En este sentido, son derechos fundamentales, los consagrados en el ordenamiento internacional, aquellos que han sido establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre los derechos humanos.<sup>223</sup>

Finalmente, la filosofía política al explicar el concepto de los derechos fundamentales, lo hace a través de criterios meta-éticos y meta-políticos y no así desde un aspecto normativo. Lo anterior lo explica, principalmente mediante tres criterios axiológicos, como lo son:

1) El nexo entre derechos humanos y paz instituido en el preámbulo de la Declaración Universal de 1948, el cual dispone que los derechos vitales deben estar garantizados como derechos fundamentales, cuya garantía es condición necesaria para la paz: por lo que el derecho a la vida y a la integridad personal, así los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, al igual que los derechos sociales se tornan imprescindibles y fundamentales para la supervivencia.

---

<sup>222</sup>Idem.

<sup>223</sup>Idem.

2) El segundo criterio a considerar, es el nexo entre derechos e igualdad, en donde la igualdad se presenta en primer lugar en los derechos de libertad, equidad que tiende a garantizar el igual valor de todas las diferencias personales —de nacionalidad, de sexo, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales, buscando que cada persona sea igual a todas las otras; por lo que refiere a los derechos sociales, este criterio de igualdad pretende reducir las desigualdades económicas y sociales.

3) El tercer criterio es el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil. En este sentido, Ferrajoli va a considerar que todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quienes más fuerte social y económicamente.<sup>224</sup>

Ahora bien, analizo cada una de estas consideraciones de los derechos fundamentales:

#### **A) Un análisis de la respuesta desde la perspectiva de la teoría del derecho**

Esta teoría tal y como aduce Ferrajoli habla de las características de los derechos así como su adscripción a todos los seres humanos, no ofreciendo mayores elementos que permitan definir porque son fundamentales, ya que no menciona en ningún momento al contenido específico del derecho ni nada por el estilo acerca de su justiciabilidad o del modo en cómo éstos se garantizan o para que o quien son fundamentales.

---

<sup>224</sup>Idem.

Esta teoría se centra en la universalidad de los derechos, sus principios de progresividad, de no regresividad, de las características de inalienabilidad, inembargabilidad, imprescriptibilidad, interdependencia e indivisibilidad.

## **B) La explicación de los derechos fundamentales a través del derecho positivo**

Esta postura está estrictamente relacionada con el positivismo y más que nada con la jerarquía de las Leyes, debido a que presupone que los derechos son fundamentales si se encuentran contemplados en la norma suprema de los ordenamientos jurídicos, es decir, en la Constitución.

Por lo que se presume que serán fundamentales en atención a este orden lógico piramidal que tanto pregonaba Kelsen y Bobbio. Esta visión a su vez lleva implícita la fundamentalidad de la política y la sociedad, ya que estos valores de estos sectores se ven inmersos en las Constituciones políticas.

## **C) La visión de la filosofía política respecto a los derechos fundamentales**

Esta visión es la que más se acomoda a la percepción de los derechos como reivindicaciones de la condición humana y de la centralidad de los individuos en los ordenamientos jurídicos actuales.

Esto en atención a que efectivamente se contemplan las necesidades fundamentales de los individuos tanto a nivel personal como a nivel social, ya que los derechos se explican mediante cuestiones ajenas a los ordenamientos jurídicos y se basan en nociones más sociológicas y antropológicas.

Tres vertientes que vienen a explicar cómo es que se van a considerar fundamentales los derechos o desde que visión, pero nada dicen propiamente del

significado de los derechos fundamentales, por lo que es necesario atender este punto acerca de la definición de los derechos fundamentales.

### **¿Qué significa que los derechos sean fundamentales?**

Se suelen denominar “fundamentales” tanto a los derechos constitucionales de los particulares ante el Estado como a aquellos derechos que no requieren a su vez un fundamento o una justificación, o por lo menos que no requieren un fundamento o una justificación jurídica positiva, en este sentido, los derechos fundamentales son derechos morales o “naturales”.<sup>225</sup>

Asimismo, los derechos subjetivos, a decir de éste autor italiano, alcanzan en las constituciones la noción de “derechos fundamentales” donde se han de combinar ideas de carácter iuspositivista con las ideas iusnaturalistas, en razón de que los derechos naturales son, al mismo tiempo, derechos constitucionales<sup>226</sup>

Ahora bien, habitualmente, la clase de los derechos fundamentales coincide perfectamente con la clase de los derechos que son considerados “inviolables”, no ya en el sentido de que no puedan ser violados, sino en el sentido, obviamente, de que no deben ser violados.

Guastini aduce que la expresión “derechos inviolables” en contextos de filosofía jurídica o política se refiere típicamente a derechos morales o “naturales”, previos al ordenamiento jurídico positivo e independientes de él, derechos que en ningún caso el Estado puede violar, derechos que el ordenamiento jurídico debe recoger y proteger, aún y cuando los mismos no hayan sido reconocidos y protegidos por el Derecho objetivo. Mientras que en el contexto constitucional, la expresión “derechos inviolables” dispone que “son inviolables aquellos derechos positivados

---

<sup>225</sup> Guastini, Ricardo, Estudios de Teoría Constitucional, Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, 2001, México, p. 222.

<sup>226</sup> Ídem.

por la Constitución que han sido sustraídos a la revisión y supresión constitucional.<sup>227</sup>

En este mismo tenor, Ferrajoli va a concluir que “son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas.”<sup>228</sup>

De tal suerte, que entiendo a los derechos fundamentales como el derecho esencial del hombre, que le da esta calidad de persona, derechos propios, inherentes y exclusivos del género humano, de su condición humana, potestades y facultades que le pertenecen y que adquieren el carácter de prerrogativas jurídicas que le son reconocidas por el Estado, mismas que son inalienables e indisponibles por el poder político y el económico.

Así, los derechos fundamentales también deben concebirse como normas objetivas, cuyos principios permean en el resto de componentes del sistema jurídico, orientando e inspirando normas e instituciones pertenecientes al mismo. En razón de ello, incluso la concepción de las figuras jurídicas cuya naturaleza originalmente se había pensado como de derecho privado, puede ser modificada, en virtud de que son parte del sistema jurídico mexicano, y ninguno de los elementos que lo conforman son ajenos al tamiz constitucional.<sup>229</sup>

---

<sup>227</sup> Ibídem, p. 223.

<sup>228</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid, España, 2004, p. 37.

<sup>229</sup> Argumentos extraídos de los considerandos de la sentencia del amparo en revisión 117/2012 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



En consecuencia, “el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio”<sup>230</sup>

Es por ello, que no se puede soslayar que bajo la concepción expuesta en la Ley Suprema del Estado mexicano, los derechos humanos son prerrogativas de que es titular el hombre, para desarrollarse en su devenir cotidiano y que necesitan estar protegidas por la ley y hacerse valer frente a la autoridad estatal, a efecto de obligarle a respetar los derechos de los gobernados.

Francisco Bastida por su parte ha de definir esta fundamentalidad de los derechos fundamentales con el nombre de fundamentalidad interna (jurídica) y la fundamentalidad externa (metajurídica).<sup>231</sup>

Ahora bien, en lo que respecta a la fundamentalidad interna, Bastida menciona que “cuando la Constitución se erige en norma jurídica suprema y fuente única de la validez o de la aplicabilidad de todas las demás normas que componen el ordenamiento jurídico, el sistema constitucional se hace autónomo y organiza internamente su validez. Por tanto, si la Constitución reconoce derechos fundamentales no puede ser como aceptación de una legalidad iusracional previa, externa e intangible”<sup>232</sup>.

Lo anterior, se realiza en atención a que las constituciones democráticas se enmarcan en una concepción positivista del ordenamiento jurídica en el que la

---

<sup>230</sup> Courtis, Christian, “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud en la Argentina”, 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, p. 288.

<sup>231</sup> Bastida, Francisco, Óp. cit., nota 180, p. 43.

<sup>232</sup> *Ibídem*, p. 45.

Constitución es la norma jurídica suprema y, como tal, fuente primaria u originaria de producción de las demás normas del ordenamiento.<sup>233</sup>

La segunda de ellas se contrae a aquellos derechos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el estado, no es que otorgue con arreglo a las leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio y sólo dentro de un procedimiento regulado.<sup>234</sup>

Posición similar a la de Schmitt quien señala que tal en su *Teoría de la constitución* que “son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al estado, aquellos que el estado, no es que otorgue con arreglo a las leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio y sólo dentro de un procedimiento regulado”.<sup>235</sup>

O al igual que Benda quien en este mismo sentido se pronuncia acerca de que “los derechos humanos *no han sido creados por la Ley Federal de Bonn*, sino que ésta los contempla como parte integrante de un ordenamiento jurídico *preexistente y suprapositivo*...Se trata de proteger la dignidad como derecho *originario* de todo ser humano”.<sup>236</sup>

Ahora bien, Bastida al respecto enuncia cinco criterios en los que se define esta fundamentalidad externa, que a saber son:

1) La fundamentalidad de los derechos tiene un sentido que podría calificarse de antropocéntrico. Serán “fundamentales” los derechos que se entiendan como más

---

<sup>233</sup> Ídem.

<sup>234</sup> Ibídem, p. 44.

<sup>235</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. Francisco Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 33.

<sup>236</sup> Benda, Ernesto, *Manual de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 83-85.

básicos o esenciales del ser humano. Aquellos que se consideren inherentes al desarrollo de su personalidad;

2) La fundamentalidad de los derechos emana del ser del individuo, del ser humano, no del deber ser de la norma constitucional. La fundamentalidad de los derechos fundamentales está desvinculada del derecho positivo. No tiene nada que ver con la posición de supremacía de la constitución, como norma fundamentadora del ordenamiento jurídico. Aunque la constitución no los reconozca, existen;

3) En la tajante separación entre estado y sociedad, los derechos fundamentales están radicados exclusivamente en la esfera social. Se conciben como derechos absolutos, en el sentido de espacios de una libertad en principio ilimitada. Ninguna norma positiva los crea y sólo la ley –de manera excepcional y si está constitucionalmente habilitada para ello– los limita. De ahí su calificación de derechos “inalienables, inviolables, imprescriptibles” e incluso “sagrados”, y

4) Al tratarse de una fundamentalidad derivada del nexo de las libertades con la esfera individual y, todo lo más, social (entre individuos), los derechos fundamentales son libertades privadas, sin dimensión política de relación con el poder público. Los llamados derechos de participación (sufragio) o de prestación no son fundamentales. La única relación con el poder es de defensa frente a injerencias que no tengan apoyo legal. Por eso en la doctrina liberal los derechos fundamentales reciben el nombre de libertades negativas, libertades civiles o derechos de libertad y se articulan jurídicamente como derechos reaccionales o de defensa.<sup>237</sup>

Este discurso tan en boga en esta época de los derechos tiene una razón de ser, “la reivindicación de la condición humana” en las relaciones de supra subordinación, es decir, la revelación o el reclamo personal frente a actos lesivos

---

<sup>237</sup>Bastida, Francisco, Óp. cit., nota 180, p. 44-45.

de la persona por parte de la autoridad, ya fuera ésta la Iglesia, el Estado o en la actualidad la propia sociedad. El discurso neohumanista comienza con el reconocimiento del hombre como hombre, es decir, de la consideración de tratar a los individuos como lo que son: humanos y no como cosas, percepción esclavista preponderante en los Estados antiguos.

Fue esta transformación de todos los hombres en hombres como tales la que conllevó al término de la dignidad, señalada por muchos teóricos como la superioridad del hombre sobre los animales, como la igualdad, la conciencia y la cortesía, pero sobre todo, al impedimento de menoscabar la condición humana, degradándola ya sea por medio de la esclavitud, de su explotación indiscriminada, o de su consideración en sí como una cosa objeto de comercio o simplemente como algo lúdico.

Las constituciones y los ordenamientos jurídicos se nutren de los valores morales de la sociedad, reconociéndolos y dotándolas de instrumentos de protección efectiva que garanticen su cumplimiento y los cuales se convierten en aspiraciones, en ideales y objetivos de todas las naciones.

Dentro de los objetivos específicos del derecho, y los cuales son fundamentales por el hecho de que se centran en la idea de la persona, llegando a encontrarse diversas consideraciones éticas como lo son: la dignidad, el bienestar, el desarrollo humano, la importancia de la condición humana y la justicia, los cuales en su conjunto se puede decir que son los valores que rodean al individuo y que le garantizan su tratamiento como sujeto dotado de valía, alejado de las consideraciones que lo situaban como un mero objeto.

### **Condición humana**

Hasta el momento he hablado de la condición humana como el criterio a proteger los derechos humanos, siendo estas constantes luchas las que han venido a

reivindicar el carácter de la condición humana, sin embargo, aún no he señalado de manera concreta en qué consiste dicha consideración.

Una posición inicial sería aquel criterio de objetividad que permita conocer porque se es humano, cuáles son las características esenciales y existenciales de un individuo como humano, y la cual comparten todo este grupo que se la denominado humanidad, un criterio valorativo que tiene que ver con un ideal, un ideal de consideración recíproca entre hombres.

Arendt señala que es esta condición que está ligada a las necesidades vitales producidas y alimentadas por la labor en el proceso de la vida. La condición humana es la misma vida. La pluralidad es la condición de la acción humana debido a que todos somos lo mismo es decir, humanos.<sup>238</sup>

Esta condición humana está íntimamente relacionada con la existencia humana, con el nacimiento, el desarrollo y la muerte. Debido a que la condición humana abarca más que las condiciones bajo las que se ha dado la vida al hombre, involucra este proceso entre el nacimiento y la muerte.

Los derechos, así como todas las cosas con las que entran en contacto la condición humana, se convierten de inmediato en una condición de su existencia, esto quiere decir que los hombres crean de continuo sus propias y autoproducidas condiciones, asumiendo de inmediato estas cosas el carácter de condición de la existencia humana. Es el choque del mundo de la realidad sobre la existencia humana.

Como aducía en un principio, reniego del término de naturaleza humana utilizado por los iusnaturalistas dada la inminente relación con la deidad, Arendt lo señala cuando menciona que los intentos de definir la naturaleza humana, al decir quién somos termina invariablemente en la creación de un Dios, los intentos de definir la

---

<sup>238</sup> Arendt, Hannah, *La condición humana*, Paidós, España, 1993, p. 22.

naturaleza del hombre lleven tan fácilmente a una idea que de manera definitiva suena como “superhumana” y, por lo tanto, se identifique con lo divino, arroja sospechas sobre el mismo concepto de “naturaleza humana”<sup>239</sup>

Así que para evitar el malentendido que pudiera crearse la condición humana no es lo mismo que la naturaleza humana, ya que las actividades y capacidades que corresponden a la condición humana no constituyen nada semejante a la naturaleza humana. Explicando que el problema de la naturaleza humana no parece tener respuesta tanto en el sentido psicológico individual como en el filosófico general, ya que resulta muy improbable que los hombres, que tienen las facultades inmanentes de saber, determinar y definir las esencias naturales de todas las cosas que nos rodean, somos capaces de hacer lo mismo con nosotros mismos, ya que eso supondría saltar de nuestra propia sombra.<sup>240</sup>

Más aún, nada da derecho a los seres humanos a dar por sentado que el hombre tiene una naturaleza o esencia en el mismo sentido que otras cosas. Dicho con otras palabras: si tenemos una naturaleza o esencia, sólo un Dios puede conocerla y definirla, y el primer requisito sería que hablara sobre un “quién” como si fuera un “qué”.<sup>241</sup>

Por lo cual ha de definirse a la condición humana como el grado de reflexión y conciencia que lleva a tratar a los individuos como sujetos y no como objetos, darle la dimensión necesaria a la dignidad humana y a todos los valores que conlleva ser un ser humano.

## **Justicia**

Tal vez la justicia sea la cuestión valorativa más difícil de explicar, en atención a que la misma tiende a la equivocidad, a esas muchas voces como la de

---

<sup>239</sup> *Ibíd.*, p. 21-25.

<sup>240</sup> *Ibíd.*, p. 23.

<sup>241</sup> *Ibíd.*, p. 24.

Aristóteles, Rawls, Sen, entre muchos otros. Concepto igual de multifacético que el derecho, en el entendido de que éste ya sea definido por la armonía social, la igualdad proporcional, la igualdad de oportunidades que busca, será la interpretación que se le dé.

Se puede definir como un punto medio, como equidad, como felicidad, pero lo que no se puede negar ni pasar por desapercibido que el concepto de justicia ha sido relacionado siempre con el derecho, al decir la definición clásica de la misma, que la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho.

Rawls, por su parte ha señalado que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, así como la verdad es a los sistemas del pensamiento. Para Kelsen es la protección de determinados bienes básicos como la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia.

Estimo que es el máximo valor de respeto de la condición humana, así al igual que Amartya Sen<sup>242</sup> y que Cruz Parceros<sup>243</sup> por lo que creo que la relación entre justicia y derechos humanos es muy importante para el éxito de un ordenamiento, siguiendo a Radbruch<sup>244</sup> y Alexy<sup>245</sup>, un derecho injusto simplemente no es derecho.

Bernard Williams aduce que los valores – dignidad, justicia, igualdad, bienestar, desarrollo- humanos no son simplemente valores que la condición humana tiene, sino valores que expresan nuestra humanidad, y para estudiarlos, ha de estudiárseles en tanto se valore lo que somos, esto es, seres humanos.<sup>246</sup>

---

<sup>242</sup> Amartya, Sen, Óp. cit., nota 169, p. 361-364.

<sup>243</sup> Conferencia ofrecida durante el III Congreso Internacional de Filosofía del Derecho “Filosofía del Derecho, Praxis jurídica y Transformación” el cual tuvo verificativo del 21 de abril al 25 de abril del 2014.

<sup>244</sup> Radbruch, Gustav, Introducción a la filosofía del Derecho, FCE, México/Madrid/Buenos Aires, 1974, p. 178-180.

<sup>245</sup> Alexy, Robert, *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*, Doxa, No. 23, 2000, p. 204 y 205.

<sup>246</sup> Williams, Bernard, Óp. cit., nota 1, p. 138.

Principios morales fundamentales de los ordenamientos jurídicos, tales como: la libertad, la autonomía, la dignidad, la justicia, el bienestar y el desarrollo. Por lo que este puente que han trazado los derechos humanos ha dejado de separar estos dos pueblos llamados moral y derecho y los ha conectado de una manera tan sutil que de hoy en adelante no pueden dejar de coexistir, debido a que un ordenamiento sin valores que perseguir está a las órdenes de la arbitrariedad del totalitarismo y una moralidad carente de la fuerza institucional que le permite el derecho simplemente se convierte en una llamada a misa, el que quiere los cumple y el que no, “No”, por lo que ambos de aquí en adelante si quieren gozar de legitimidad y de reconocimiento tienen que caminar de la mano, reconciliándose de una vez por todas el iusnaturalismo y el positivismo.

Así, los derechos se entiendan como los bienes más básicos o esenciales del ser humano, considérenlos cuales son inherentes a su condición humana y su propio desarrollo en donde el *ser* del individuo es el fundamento del derecho, denle su condición humana, de su propio ser y no así del *deber ser* de la norma constitucional. Estas preferencias fundamentales son los derechos a un mínimo vital como lo son: la vida, a la salud y a la propia autonomía.

Ahora bien, vengan de donde vengan los derechos humanos, ya sea del orden moral o del ámbito normativo, es fundamental tomar los derechos en serio y sobre todo llevarlos a la práctica ya sea a través de su ejercicio directo o mediante la exigibilidad a los demás de respetarlos y en su caso reivindicar su ejercicio plena en el caso de que éste se vea afectado con motivo de la invasión de un tercero a su contorno esencial.

Los derechos humanos se convierten en la prioridad de lo correcto, como diría Rawls, en *The Priority of Right and Ideas of the Good*<sup>247</sup> y como aduce Sandel en

---

<sup>247</sup>Rawls, John, *the Priority of Right and Ideas of the Good*, Philosophy and Public Affairs, Vol. 17, No. 4, 1988, p. 251-276.



*Justice, What's The Right Thing To Do*<sup>248</sup>, en principios de justicia de la condición humana que están más allá del bien y del mal, es decir que son necesarios y que no pueden ser bienes valubles de ninguna forma, sino bienes básicos inmanentes a la condición humana de todos los hombres.

## **Dignidad**

Es esta dignidad, que asegura la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el origen, la esencia y el fin de los derechos humanos, donde descansa todo el discurso jurídico actual,<sup>249</sup>procediendo a definirla como un valor supremo establecido en el Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna, reconociéndola al grado de decir que es la condición y base de los demás derechos fundamentales.<sup>250</sup>

Como acertadamente señalaría el Magistrado, Jean Claude Tron Petit, “se puede considerar a la dignidad como un concepto indeterminado al que se han pretendido atribuir diversos significados”. Continúa preguntándose: ¿Qué es la dignidad?, señala que es una interrogante compleja. Dilucidando sobre las posibles respuestas a la misma, a lo cual menciona que en el evangelio se encuentra una respuesta: querer para el otro lo que yo estaría dispuesto a exigir y aceptar para mí. Otros, han considerado que es un principio implícito desde la

---

<sup>248</sup>Sandel, Michael, *Justice, What's the Right Thing To Do*, Farrar, Straus and Giroux, 2010, pp. 308.

<sup>249</sup>Tesis: I.5o.C. J/30 (9a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, 160870, 12 de 19, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3, p. 1528.

<sup>250</sup>Desde aquí ha de observarse como se relacionan el Derecho al mínimo vital y la dignidad humana, lo cual puede observarse en la tesis “DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SU CONTENIDO TRASCIENDE A TODOS LOS ÁMBITOS QUE PREVEAN MEDIDAS ESTATALES QUE PERMITAN RESPETAR LA DIGNIDAD HUMANA” así como “DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES”.

revolución francesa, que se proyectaba a través de la fraternidad, la libertad y la igualdad, valores que pretendían dar una eficacia real a la dignidad”.<sup>251</sup>

Concluyendo el magistrado Tron Petit que el concepto dignidad es una especie de directriz, pero es ambigua. Implica, ciertamente, buscar las mejores condiciones posibles para generar el mejor bienestar de las personas.<sup>252</sup>

## **Desarrollo humano**

Una propuesta para terminar con esta ambigüedad y en un intento efectivo de medición, de la cual sin duda carece la dignidad, encontrando que sería más pertinente hablar sobre el concepto de desarrollo humano señalado por Mahbub Ul Haq<sup>253</sup> consistente en la ampliación de las opciones de las personas, traduciéndose en mayor acceso al conocimiento, mejor nutrición y servicios de salud, medios de vida más seguros, seguridad frente a crímenes y violencia física, un tiempo libre más satisfactorio, libertades políticas y culturales y un sentido de participación en actividades comunitarias, todo ello tendiente a la creación de un ambiente que permita a las personas disfrutar de una vida larga, saludable y llena de creatividad.

Así se estaría en posibilidades de establecer una meta más estable y totalmente cierta, ya que como he venido señalando la dignidad es muy imprevisible y difícil de cuantificar y verificar en tanto el desarrollo humano cuenta con un indicador altamente reconocido a nivel mundial.

Los derechos humanos son parte trascendental del desarrollo humano, porque son ellos quienes van a ser la base de las opciones de las personas, de que

---

<sup>251</sup>Tron Petit, Jean Claude, participación en el seminario “Derechos humanos y justicia”, Memorias del seminario organizado por el Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, 2012, pp. 22-23.

<sup>252</sup> Ídem.

<sup>253</sup>Ul Haq, Mahbub, Óp. cit., nota 170.

puedan tener un haz de oportunidades en los sectores económico, social y cultural, lo que cual deviene en la siguiente consideración que es el bienestar.

## **Bienestar**

Una vez establecidas estas consideraciones respecto a la “metafísica de los derechos humanos” que más bien se conciben como los tres pilares bajo los que se construyó todo el discurso de los derechos humanos: la dignidad, la igualdad y el desarrollo, es tiempo de analizar la incursión de estos conceptos en el devenir de los derechos humanos.

Se comprende que los derechos humanos son aquellos cuyo único requisito o condición que se precisa para ser su titular es el simple hecho de pertenecer a la especie humana; lo único que los distinguiría sería su fuente u origen. Es más, la posición de los derechos en cuanto al bienestar ha llevado a Richard Posner a intercambiar el término de derechos humanos por el término de derechos de bienestar.<sup>254</sup>

Finalmente, las demás preguntas que también me interesan de sobremanera y las cuales intentaré responder a los titulares de estos derechos, son las relativas a las circunstancias relativas a ¿En qué consiste, cómo es que se da, qué implicaciones tiene y sobre todo de qué sirve que el hombre tenga derechos? O sea, cual es finalidad de transmutar del derecho a y el derecho contra, al derecho para.

Ya no ver solamente el hecho de que tengo *derecho a*, sino para que tengo derecho; siendo que ya que tengo estos derechos en mi bolsillo, ahora en que pretendo gastarlos, será acaso en la búsqueda de mis ideales, del bienestar, inclusive siendo muy optimistas de la felicidad que han criticado tanto a la Constitución norteamericana, a vivir como hombre, como sujetos, no como

---

<sup>254</sup>Veáse Posner, Richard, *Human Welfare, not Human Rights*, The Law School of the University of Chicago, 2008, pp. 1-44.

objetos, en suma para desarrollar los planes de vida que elijan de manera libre los individuos.

El otro tema a enfatizar, que si bien es cierto no es el tópico colación ni le dedico un apartado en específico, sino que se encuentra implícito en todo el desarrollo del presente capítulo, por resultar demasiado importante para nosotros en la comprensión del Derecho objetivo, es la idea del derecho como un medio para un fin, apoyándonos en una de las máximas kantianas que cita que el hombre es un fin en sí mismo, no un medio para usos de otros individuos, y para ello es primordial que sepa lo que es tener un derecho, ya que es eso es lo que va a hacer que pueda ir construyendo ese plan de vida digno, ese fin.

Tal y como lo apuntala Tamanaha al precisar que las leyes deben ser vistas como medios para fines sociales, la importancia de la constitución dependerá de la importancia de los fines de la misma y que tan efectiva y necesaria sea en la persecución de estos fines.<sup>255</sup>

Ahora bien, el porqué de los derechos humanos radica principalmente en algunas de las causas metajurídicas o supra positivas si es que se pueden llamar así a los elementos no jurídicos que han permitido el desarrollo conceptual de los mismos, como lo es el empoderamiento de los individuos frente a una autoridad, el concepto de dignidad de la persona y el subsecuente concepto de desarrollo humano y de bienestar que ya vimos como aspectos fundamentales de los derechos.

Estas características de la fundamentalidad de los derechos, ya sean vistos como principios inherentes al ordenamiento jurídico o externo al mismo, es necesario adecuar los instrumentos necesarios para protegerlos, como diría Bobbio “el

---

<sup>255</sup>Tamanaha, Brian, Óp. cit., nota 4, p. 96.

problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*.<sup>256</sup>

Por lo que como parte final del presente capítulo se señalan los distintos mecanismos de protección de los derechos de los sujetos, sean o no concebidos como derechos fundamentales.

### **Las garantías de los derechos fundamentales: garantías primarias y garantías secundarias en la teoría de Luigi Ferrajoli**

Hago un paréntesis para formular algunas consideraciones teóricas esenciales sobre la plenitud de los derechos, analizando algunos conceptos fundamentales como lo son: los distintos tipos de garantías institucionales. Para que de manera inmediata, abocándome en el último capítulo por entero al problema de la exigibilidad del derecho a la salud en aras de su cumplimiento pleno, ya que una cosa es atribuir un derecho y otra cosa es garantizarlo.

A decir de Guastini<sup>257</sup> para atribuir un derecho es suficiente una norma formulada, precisamente, como norma que atribuye derechos y para garantizar un derecho no es suficiente proclamarlo, es necesario además disponer de los mecanismos adecuados para su protección.

En este sentido, continúa este autor italiano, la figura de “la garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere y solamente puede ser establecida sólo 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.”

---

<sup>256</sup>Bobbio, Norberto, Óp. cit., nota 8, p. 61.

<sup>257</sup>Guastini, Ricardo, Óp. cit., nota 225, p. 220.

Rescatando un poco esta preocupación de Bobbio de proteger a los derechos humanos, realizo una aproximación conceptual a estas formas de protección constitucional de los derechos humanos, que son las garantías, partiendo de la premisa de Ferrajoli de que el Derecho es un sistema de garantías.<sup>258</sup> Es decir, un sistema que garantice los bienes básicos y primarios que comparten todos los individuos dada la condición humana de la que se ven enfundados.

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.

Ahora bien, antes de entrar al estudio de estos mecanismos de protección como tal, es necesario entrar primeramente al estudio del concepto de las garantías.

### **De las Garantías**

Como parte de las consideraciones teóricas relacionadas de manera inminente con la exigibilidad de los derechos, sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales, está el concepto de las garantías, vistas de manera general como aquellos mecanismos de protección y de satisfacción de los derechos.

En un principio, se puede decir que una garantía es precisamente una protección. Equivalen a “barreras” interpuestas entre el poder estatal y la libertad de los ciudadanos. Ahora bien, en el lenguaje político común, se habla de “garantías” de los derechos de una forma completamente genérica e imprecisa. Se dice, por ejemplo, que cierto derecho está “garantizado” por la Constitución desde el

---

<sup>258</sup>Ferrajoli, Luigi, *El Derecho como Sistema de garantías*, Jueces para la democracia, No. 16-17, 1992, p. 61-69.

momento en que dicho derecho ha sido simplemente proclamado, con solemnes palabras, en un texto constitucional.

La aclaración de esta percepción, se encuentra en el hecho de que las garantías pertenecen al deber ser del ordenamiento: al derecho subjetivo, el cual se origina con la norma que lo estatuye y, a partir del acto de producción de ésta, existirá ya, normativamente, como tal. De tal existencia normativa se deriva para el legislador la obligación —tanto jurídica como de coherencia— de disponer, con nuevos actos normativos, los instrumentos adecuados para procurar la satisfacción de las expectativas generadas por aquél.

Así, 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 eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.

Por ello, las garantías reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las garantías sociales, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen.

Ferrajoli, en una primera acepción de las garantías, señala que serían las obligaciones que derivan de los derechos; de esta forma puede haber garantías positivas y garantías negativas; las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares con respecto a algún derecho fundamental, mientras que las segundas generarían obligaciones de actuar positivamente para

cumplir con la expectativa de algún derecho – lo que sería la prestación de los servicios de salud-. También llamadas garantías primarias.<sup>259</sup>

El concepto de garantía, da una connotación de seguridad y protección a favor del gobernado dentro de un Estado de derecho, puesto que son estatuidas en beneficio de los gobernados, extendiéndose el término a los medios o recursos tendientes hacer efectivo el imperio de la ley y del derecho.

El término de “garantía constitucional” es de un amplio contenido, ya que no sólo incluye los derechos o libertades del hombre, sino igualmente el incumplimiento en las atribuciones de las autoridades dentro de las órbitas de las funciones que a las mismas les señala en texto constitucional en agravio de una persona. Además se adicionan con garantías de procedimiento para poder afectar válidamente esos derechos o libertades y esas competencias constitucionales.

Una muestra de la importancia de las garantías, es lo aducido en la Declaración de 1789 que, en su artículo 16, proclamaba: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, y en la cual la separación de los poderes no esté determinada, carece de Constitución. Es más, hay una percepción difundida de que un derecho sin garantías es poco más que un “derecho en el papel”.<sup>260</sup>

Las garantías, precisamente, son los mecanismos de protección de los intereses o de las necesidades que constituyen el objeto de un derecho. De hecho, el mayor o menor grado de protección de un derecho es un elemento central para determinar su carácter más o menos fundamental dentro de un ordenamiento jurídico concreto.

---

<sup>259</sup> Ídem.

<sup>260</sup> 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 225, p. 220.



Como señala Eide, “El umbral mínimo para el problema es el establecimiento de un nivel mínimo de satisfacción de necesidades, es un requisito previo esencial de esta consecución progresiva de la realización de los derechos. Es como lo aduce Ferrajoli, la función misma del derecho se configura como sistema de garantías.<sup>261</sup>

Es por tales motivos que se tiene que reconocer el carácter fundamental de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y como consecuencia proveerlos de las garantías idóneas para su tutela y su satisfacción. Puesto que 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. Por lo que 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, satisfacción, los que van a hacer la diferencia, ya que de lo contrario solo quedarían derechos de papel.

Debido a que la garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que confiere el derecho en cuestión, ésta sólo puede ser establecida por otra norma que instituya mecanismos destinados a prevenir la violación de la primera, es decir, que prevea remedios para el caso de que la primera sea violada.

En este sentido, estos mecanismos de defensa y de protección se van a dividir en su estudio en garantías políticas o primarias, garantías secundarias o jurisdiccionales y un tercer tipo que no es muy recurrente que son las garantías sociales.

### **Las garantías “políticas” o primarias**

Las garantías “políticas”, corresponden a aquellas vías de tutela cuya puesta en marcha se encomienda al poder legislativo –ordinario o constitucional–, al gobierno o a la administración. Estas garantías se pueden considerar como

---

<sup>261</sup>Ferrajoli, Luigi, Óp. cit., nota 228, p. 66.

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 tutela.

La garantía política, primaria normativamente e inmediata de un derecho fundamental es precisamente la garantía constitucional, es decir, la decisión del legislador constituyente de incluir los mecanismo de protección de un derecho en la norma con más valor jurídico dentro del ordenamiento.

Ciertamente, son dos puntos inmersos en la norma fundamental, los que van a determinar la presencia de las garantías, en primer término es este contenido mínimo previsto en las constituciones y en segundo término los procedimientos a seguir en el caso de violaciones a los mismos.

No obstante, la realidad, es que prácticamente todos los derechos fundamentales constitucionales son, en parte, derechos de configuración legislativa, por lo que la tutela normativa de los derechos fundamentales parte de este contenido mínimo constitucionalmente estipulado.

Algunos ordenamientos, que es el supuesto del mexicano, le reservan a los legisladores la definición de los contornos esenciales de los derechos, esto no quiere decir, naturalmente, que las garantías constitucionales y legislativas sean suficientes para que un derecho sea eficaz, es decir, para que sus destinatarios puedan satisfacer, realmente, la necesidad o el interés protegido. De lo cual resulta imprescindible disponer del aparato administrativo material –funcionarios, equipos técnicos, recursos– sustentados en esta serie de instrumentos jurídicos – reglamentos y actos de ejecución– que permitan concretar el derecho tutelado.

Estas garantías administrativas, siempre condicionadas por las garantías constitucionales y por las legales, suelen ser garantías normativas de cierre en la protección institucional de los derechos.

Como resulta evidente, las garantías “políticas” constituyen las garantías por excelencia de los derechos fundamentales. Por su alcance potencialmente general –constituciones, leyes y reglamentos dirigidos a todos los ciudadanos o a un conjunto amplio de sujetos–, y también por los instrumentos organizativos y de ejecución a su disposición, las sedes legislativas y administrativas son las más idóneas para crear las infraestructuras necesarias y remover los obstáculos que impiden la generalización de los derechos.

Estas garantías primarias son precisamente las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en algún texto normativo, por su lado, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad, cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por tanto violen también las garantías primarias.

### **Las Garantías secundarias**

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 se necesitan, garantías primarias previstas en los ordenamientos, no obstante, éstos no es suficiente, para lo cual junto a las garantías políticas, primarias de los derechos, encontrándose 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 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.

La existencia de garantías jurisdiccionales de los derechos comporta la posibilidad 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.

Las garantías jurisdiccionales, que corresponden a aquellas vías de tutela cuyo impulso se confía a órganos de tipo jurisdiccional, es decir, a tribunales ordinarios o especiales, como los tribunales constitucionales.

Por garantías institucionales se puede entender todos aquellos mecanismos de protección y tutela de los derechos encomendados a órganos institucionales como el gobierno, el legislador, la administración o los jueces.

El punto radica en de que es difícil establecer una garantía para los derechos sociales, en específico la de justiciabilidad.

Procedo a esta cuestión en el tercer capítulo sobre la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, principalmente en el impacto que tuvo la reforma de 2011 en materia de derechos humanos y la consecuente adecuación de la Ley de Amparo.

### **Las Garantías sociales**

Inicialmente surgen como derechos a partir de reformas a leyes secundarias impulsadas por Bismarck y adquieren la categoría de garantías al conformar la esencia ideológica de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, marcando un precedente en 17 Constituciones posteriores incluida la constitución de la República de Weimar.

Es recurrente en los ordenamientos jurídicos que no se contemplan como fundamentales todas las necesidades y los intereses humanos que la conciencia crítica de una sociedad o de una época considera relevantes, una muestra de ello

son los derechos sociales, que no están consagrados de forma explícita o sólo protegidos de forma devaluada en la mayoría de ordenamientos contemporáneos.

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.

Lo que demuestra que el discurso de los derechos, en la medida en que está ligado a la noción de intereses y necesidades tendencialmente generalizables, incluye un fuerte contenido igualitario opuesto, por ejemplo, a la idea de privilegio. Pero también, por los mecanismos de garantía establecidos para su protección. Los mecanismos mencionados, como se ha visto, contienen una aporía en apariencia irresoluble: encomiendan al propio poder la tarea de auto limitarse en tutela de los derechos, pese a que, por su misma naturaleza, los órganos de poder se encuentran en una situación propicia para vulnerarlos.

Por lo que estos derechos, por más valiosos que sean, se puede decir que están incompletos si no tienen instrumentos para su defensa. Siendo imprescindible para el cumplimiento pleno de los mismos, una garantía sólida, más allá de las imprescindibles mediaciones del estado, sólo puede residir en la capacidad de sus destinatarios y destinatarias de apropiarse de su contenido y de hacerlo valer en las instituciones, fuera de ellas y, llegado el caso, incluso en su contra. Para 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.

Por su parte, 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.

Se reconoce y es más se puede llegar a un consenso en este punto, que provengan de donde provengan los derechos humanos, no sirven de nada sin el reconocimiento y el garantismo constitucional, que les permite afianzarse como reclamos legítimos, que encuentran sus mecanismos de protección en el entramado jurídico constitucional, claro está, priorizando el carácter axiológico de la condición humana.

Si creemos que los hombres, como seres humanos,  
poseen derechos que les son propios, entonces  
tienen el derecho absoluto de gozar de buena salud,  
en la medida en que la sociedad, y sólo ella,  
sea capaz de proporcionársela”.

- Aristóteles - <sup>262</sup>

## **CAPÍTULO CINCO: EL DERECHO A LA SALUD, UN DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL. IMPLICACIONES Y ALCANCES**

### **Epílogo al derecho a la salud**

El capítulo anterior, trató de manera general las ideas relativas a los derechos de los sujetos, para lo cual fue necesario observar antes que nada en qué consistían las implicaciones que esta cuestión representaba, es decir, en qué consistían *grosso modo* los tres elementos que integran la expresión *A tiene derecho a X frente a B*, esto es, un sujeto titular, un sujeto obligado y un contenido del derecho.

Ahora bien, es menester señalar que el énfasis se realizó en la noción de la titularidad de los derechos, dejando para este capítulo el punto del contenido del derecho, en específico el contenido del derecho a la salud y en el capítulo posterior lo relativo a las obligaciones que tienen los sujetos obligados respecto a este derecho humano fundamental.

Bajo este orden de ideas, al traslapar esta relación triádica de los derechos de los individuos al derecho a la salud, se tiene que la expresión tridimensional de los derechos se traduce en específico para la salud en el hecho de que “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud frente a quien ostente despojarla de este bien primario básico”.

---

<sup>262</sup>Aristóteles, citado por Roemer en “The Right to Health in the Americas. A Comparative constitutional Study”, Washington, D. C., Panamerican Health Organization, 1989.

Se parte de esta expresión en el presente capítulo, en el entendido de que en el enunciado anterior, han de apreciarse estos tres elementos que se vienen anunciando desde el primer capítulo, esto es, en primer término se tiene a un sujeto facultado o con la potestad sobre ese derecho, que del texto constitucional son todas las personas en territorio nacional, independientemente de su status de ciudadano o no, revelándose entonces todos ellos como titulares de este derecho; por otro lado, está la parte responsable de proporcionar ese derecho.

Es decir, un sujeto obligado frente al mismo, en este supuesto encuentro tal y como lo desarrollaré más adelante que tanto el Estado como cualquier tercero se ven involucrados en la satisfacción de este derecho; finalmente, dentro de esta tríada, aparece el bien jurídico a tutelar, esto es, la salud como tal, configurándose como el objeto precisamente del derecho, al bien humano básico a garantizarse a través de su configuración como un derecho y las implicaciones que esto conlleva, lo cual se desarrollará a detalle en el presente capítulo.

Empero, antes de avanzar en el contenido del derecho a la salud, cabe precisar que la primera de estas tres consideraciones de esta fórmula de los derechos de los sujetos se abordó en el capítulo precedente, ya que por motivos metodológicos no era propicio entrar en detalles sobre el bien jurídico a tutelar, ya que la intención principal consiste en darle un tratamiento más a fondo, abordándolo en este sentido en este capítulo. Al igual que con los sujetos obligados, que se explicará en la última parte de esta investigación sobre el derecho a la salud.

Bajo este orden de ideas, en el desarrollo del presente trabajo, la tarea principal consiste en atender el elemento de intersección de las dos partes restantes titular y sujeto obligado del derecho a la salud, en atención a que el mismo tiende a configurarse como el contenido *per se* del derecho, un bien susceptible de tutela y protección por el ordenamiento jurídico, lo cual sin lugar a dudas obedece a la relevancia que la salud conlleva para la subsistencia de la condición humana,



constituyéndose así en una apreciación personal como un bien humano básico necesario para la existencia de la condición humana.

Si bien es cierto los derechos de los sujetos se explican a través de esta relación triádica, también lo es que la misma se centra en este contenido y no tanto así en la titularidad de los mismos ni en los sujetos obligados por éste, puesto que el contenido del derecho (bien a tutelar) es el elemento que irremediablemente va a delimitar el objeto en el que se va a centrar tanto la titularidad de los derechos y la exigibilidad de los mismos, ya que al ser titular de un derecho, se adquiere un título sobre un bien, el cual representa un valor y merece ser sujeto de protección; en el caso de estudio dicho bien lo constituye la salud, visto como un bien humano básico primario por antonomasia y por demás necesario para la subsistencia y preservación de la condición humana.

En este contexto se abundan sobre las implicaciones que reviste la salud en su consideración como un derecho humano, puesto que las mismas son enormes, aún y cuando el desconocimiento de los alcances e implicaciones de este derecho para los integrantes de esta relación de derechos sea enorme, esto es, los titulares del derecho a la salud y por otra parte los sujetos responsables, no tienen pleno conocimiento de los alcances de su derecho a la salud y se desconoce de igual manera cuáles son las obligaciones de los sujetos obligados frente al cumplimiento pleno de este derecho.

Lo anterior, probablemente se deba a la relativa novedad de su apreciación como un derecho de raigambre constitucional, aunado a la cuestión existente acerca de su revestimiento como un derecho fundamental o no, o tal vez pudiera ser ante su falta de estudio en las universidades. En este sentido, pueden ser muchas las causas de su desconocimiento, pero lo que no se puede negar ni por un momento es que este bien se presenta como un derecho toral del individuo y sumamente necesario para preservar su condición humana.

Por consiguiente, las circunstancias y valoraciones intrínsecas que a este bien tanpreciado se le den, son tan vastas que al adquirir la salud este carácter de derecho humano, es en referencia inmediata a esta condición humana de los individuos, mientras que lo fundamental va a consistir en el papel trascendental que desempeña la salud ora en la subsistencia de la condición humana, ora en su desarrollo, ora en su bienestar, al igual que en la conexidad y el disfrute con otros derechos humanos.

Ahora bien, esta vinculación entre salud – derechos humanos orilla de inicio a realizarse distintas interrogantes como lo son ¿Qué significado tiene esta frase del derecho humano a la salud? ¿Cuáles son las implicaciones de referir la palabra derecho en el contexto de la salud? ¿Cuál es el origen o la fuente de este derecho? ¿El término derecho a la salud, involucra solo la protección a la salud o están implicados más derechos en el mismo? Por lo cual procuraré responder en el transcurso del presente capítulo todas estas incógnitas que rodean al derecho a la salud.

Es importante señalar que el objetivo de este estudio es terminar con la utopía de la realización de los derechos humanos, en específico del derecho a la salud, por ende, este estudio pretende coadyuvar con la promoción y respeto de este derecho puede terminar revirtiendo la situación tan desoladora que se vive en el sector salud, culminando con la materialización de esta exigencia ético-jurídica de la salud que le permita a los individuos un estado pleno de bienestar acompañado de un constante desarrollo humano y porque no la felicidad.

Retomando las palabras de Dallari “el derecho ya no es la ley solamente, el derecho es la aplicación de ésta con justicia en la interpretación, para proteger los valores prioritarios”.<sup>263</sup> Valores entre los que, de manera indiscutible, se encuentra el bien humano básico de la salud.

---

<sup>263</sup>Dallari, María Paula, citada por Moctezuma Barragán, Gonzalo, “Experiencia internacional en la demanda y cumplimiento del derecho a la protección de la salud” en *Derecho a la protección de la salud*, Cuadernos de Derecho y Ciencia, Número 1, volumen 1, Primer trimestre, 2010, ITAM, México, p. 51.

## **Clasificación de los derechos humanos**

Una vez analizada de manera previa la titularidad de los derechos y dejando para el análisis ulterior a los sujetos obligados frente a esa potestad o facultad de las personas, lo que procede en estos momentos es analizar el contenido de los derechos, para lo cual es imperioso entrar al estudio de su clasificación, en atención a que teóricamente los derechos tienden a catalogarse dependiendo del bien que tutelen y de la actuación del sujeto obligado.

Bajo este contexto, es que al igual que todas los derechos en específico, el derecho a la salud, parte de una clasificación que se le ha realizado a los derechos humanos, por lo que cabe antes de entrar al estudio del contenido del derecho a la salud, analizar en su conjunto la importancia que revisten tanto los Derechos Civiles y Políticos como los Derechos Sociales, Económicos y Culturales en el desarrollo de las sociedades, los cuales devienen necesariamente en la mejora de condiciones básicas materiales para que los individuos tengan una vida digna, plena de libertad y autonomía, de un constante desarrollo y acompañada de un bienestar físico, mental y social.

La teoría de los derechos humanos, aduce que éstos 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.

Sánchez Agesta al estudiar esta clasificación de los derechos, dispone que los mismos puedan agruparse en cuatro grupos, atendiendo principalmente la naturaleza del bien protegido, su realización y garantía jurídica. Agrupación que consisten en:

a) Derechos Civiles: que protegen la vida personal individual. Comprende este grupo:

- 1) Los derechos de la intimidad personal (protección negativa de la autonomía de la vida privada frente a su violación por los particulares o por agentes del Estado);
- 2) Los derechos de seguridad personal (protección de la libertad mediante la garantía de la ley aplicada por el juez);
- 3) Derechos de seguridad económica (garantías de la propiedad y de la legalidad de los impuestos) y derechos de la libertad económica.

b) Derechos públicos: que son derechos de intervención en la formación de la opinión pública (libertades de reunión, de expresión del pensamiento, de información y de constituir asociaciones políticas y culturales).

c) Derechos políticos: que son los derechos de participación en la vida pública (derechos de petición, de sufragio, de ejercer cargos públicos).

d) Derechos sociales, de los que se pueden hacer dos grupos:

- 1)) Derechos de desenvolvimiento personal (derechos a la instrucción y a la educación, a constituir una familia, a la práctica del culto religioso) y
- 2) Derechos sociales estrictos, que implican una prestación positiva del Estado, inspirándose en los principios de justicia social y seguridad social (derechos a la propiedad personal y familiar, al trabajo, a un salario justo, a los seguros sociales, a la asociación laboral).<sup>264</sup>

De la anterior consideración, puede apreciarse que los derechos con el transcurso del tiempo y de las situaciones imperantes en la sociedad, van cambiando de tipología, ya sea en atención al objeto que protegen o a la historicidad social, por lo que, una vez analizado el concepto de derechos de los sujetos, lo que debe reconocerse es que cualquier declaratoria de derechos no puede realizarse sin

---

<sup>264</sup> Sánchez, Agesta, Luis, *Lecciones de derecho político*, Librería Prieto, Madrid, 1959, p. 12.

contemplar el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, por ende se deben crear las condiciones que permitan a cualquier persona gozar de tanto de sus derechos políticos y civiles como los económicos, sociales y culturales.

Culminando esta clasificación con el Pacto de Derechos Políticos y Civiles y con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en los cuales los Estados parte se han comprometido a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se 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.

### **Los Derechos Civiles y Políticos**

Aún y cuando no es el tema de estudio, los Derechos Civiles y Políticos, conviene precisar que estos derechos fueron los primeros en aparecer, principalmente en atención a la arbitrariedad estatal y al despotismo que le caracterizaba al gobierno, los cuales es importante mencionar que empiezan a surgir como libertades-privilegios de los súbditos frente a la omnipotencia de los Estados, por ejemplo Locke sostenía que los derechos naturales de la vida, la libertad y la propiedad debían ser convertidos en derechos civiles y protegerse por el Estado soberano como aspecto del contrato social.<sup>265</sup> Mientras que Hobbes, al argumentar sobre el estado de naturaleza de los hombres aduce que el derecho consiste en la libertad de hacer o no hacer.<sup>266</sup>

Inclusive, 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

---

<sup>265</sup> Locke, John, Óp. cit., nota 3, párr. 200.

<sup>266</sup> Hobbes, Thomas, Óp. cit., nota 3.

autonomía de las personas, esto es, que nadie interfiera en sus planes de vida. Es como señala Heidegger, la típica concepción de la libertad con respecto a.<sup>267</sup>

La materialización normativa de los mismos, tiene su lugar en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el cual en su preámbulo hace referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual dispone que el ideal del ser humano libre no puede realizarse sin el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria.

Ahora bien, dentro del Pacto de Derechos Civiles y Políticos se encuentran los siguientes derechos:

- A la libre determinación política
- A la libertad económica
- A la defensa
- A la vida
- A su integridad personal, a no torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes
- A la no esclavitud ni a la servidumbre
- A no ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio
- A la libertad y seguridad personales
- A la seguridad jurídica
- A la libertad de tránsito
- A la presunción de inocencia
- Al debido proceso
- A la personalidad
- A la libertad de pensamiento
- A la libertad de conciencia
- A la libertad religiosa

---

<sup>267</sup> Emmanuel Faye, *Heidegger. La introducción del nazismo en la filosofía*, Acal, 2009, Madrid, España, p. 102.

- A la libertad de expresión
- A asociarse de manera pacífica
- A una familia
- A la participación política

Como ya se dijo, estos derechos consisten más en libertades con respecto a algo, tanto que el Tribunal Europeo ha decidido llamarlas libertades fundamentales, separándolas del término de derechos humanos. Asimismo, dichos derechos son considerados como derechos de defensa frente al Estado, así al tener un derecho de defensa se prohíbe cualquier acción que menoscabe el objeto de su derecho. Por lo regular se considera que el Estado debe abstenerse de interferir en las acciones de los individuos reservadas a la vida privada, por lo cual no debe existir una injerencia de ningún tipo.

Rebecca Cook, menciona que la legislación en materia de derechos humanos hace una importante distinción entre derechos negativos y positivos. De los dos, los derechos negativos se aplican más fácilmente, ya que obligan a los Estados a hacer nada más que lo permitan los individuos para perseguir sus propias preferencias. Los derechos positivos requieren más de los estados, incluso en algunos casos asciende a la reconstrucción social.<sup>268</sup>

En este contexto, los derechos negativos, suelen identificarse con los derechos civiles y políticos, en tanto que los derechos positivos hacen referencia a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

---

<sup>268</sup>Cook, Rebecca J., "Gender, Health and Human Rights", en *Health and Human Rights. An International Journal*, Boston, vol. 1, núm. 4, verano de 1995, pp. 362.

## Los Derechos Económicos, Sociales, Políticos y Culturales

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales son derechos humanos 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.<sup>269</sup>

Vistos desde otro enfoque, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales pueden constituir herramientas jurídicas útiles para revertir realidades como la desnutrición; el desempleo o la precariedad laboral; los riesgos a la salud; el analfabetismo; la deserción escolar; la falta de acceso a la vivienda, al agua, a los medicamentos básicos; los desalojos o desplazamientos forzados; la marginación social; la pobreza y la desigualdad, entre otros fenómenos ampliamente extendidos que vulneran la dignidad humana.<sup>270</sup>

No obstante, esta relevancia para las condiciones socioeconómicas de las personas, en la doctrina son los más castigados, ya que se les ha descalificado de tantas maneras al decir que no son auténticos derechos, que son derechos de segunda generación, que sólo son imperativos programáticos, que su realización depende de la voluntad del Estado y que los mismos no pueden ser exigibles, que están sometidos a los recursos del Estado y un sinfín de circunstancias descalificadoras que en su momento oportuno se abordarán, esto es en la exigibilidad del derecho a la salud en el capítulo subsiguiente.

En esta tesitura, en este capítulo se sostendrá la fundamentalidad interna y externa del Derecho a la salud e indirectamente de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre los que se encuentran:

---

<sup>269</sup> *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*, Areli Sandoval y Carlos de la Torre (Coord.), México, 2010, p. 9.

<sup>270</sup> Ídem.



- Trabajo
- Educación
- Vivienda
- Seguridad social
- Acceso a la cultura
- Derechos de autor
- A un nivel de vida adecuado para sí y su familia
- **Al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.**

Como ya se mencionó, es en este último derecho, el derecho a la salud o al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, como muchos otros lo han querido llamar, que se centran los siguientes dos capítulos para demostrar sus alcances e implicaciones, su exigibilidad, justiciabilidad y sobre todo su fundamentalidad como parte de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pasando por el análisis de estas implicaciones en cuanto a su contenido, de los alcances que conlleva este preciado derecho y sobre todo en el último capítulo de los medios de protección del mismo, es decir, de señalar en qué consisten sus garantías de cumplimiento.

De lo que se trata es de cambiar el concepto del derecho, de “el *derecho a*” al “*derecho para*”, parafraseando a Heidegger cuando señalaba que habría de señalar que “la libertad no significa ser libre con respecto a la obligación, el orden, la ley la libertad significa ser libre para considerar a la libertad para...”<sup>271</sup>, a lo cual se ha de utilizar el término del *derecho para* y no así el *derecho a*, debido a que no basta con tener una libertad o un derecho a algo, sino que también resulta importante que se puede construir a través de la posesión de estos.

---

<sup>271</sup> En específico Heidegger señala que la libertad no significa ser libre con respecto a la obligación, el orden, la ley la libertad significa ser libre para, citado por Emmanuel Faye, Óp. cit., nota 267, p. 102.

## **El bien humano básico a garantizar: la salud**

Si se atiende a esta relación trídica de los derechos humanos que se mencionó al inicio de esta investigación, necesariamente habría un elemento denominado bien, un contenido a considerarse como valioso para que el individuo pueda adjudicárselo en atención a que contribuye con la cobertura de sus necesidades básicas, en el caso de estudio es la salud, ya que más allá de la definición que entraña este elemento es un bien humano básico trascendental y fundamental para la subsistencia de la condición humana.

Un ejemplo de la relevancia de esta bien lo ha expuesto en varias ocasiones Schopenhauer, al mencionar que “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”.<sup>272</sup>

Lo anterior viene a demostrar cómo este derecho se vuelve fundamental para la condición humana así como para las actividades en que participa el individuo como lo es la productividad, puesto que una persona con un estado de salud paupérrimo es difícil que desempeñe una labor, ya que muchas de las veces se necesita estar en condiciones físicas óptimas para desempeñar este trabajo o para la felicidad, dado que es complicado que alguien que tenga aflicciones a su salud esté contenta.

---

<sup>272</sup>Schopenhauer, Arthur, *Aforismos sobre el arte de vivir*, Alianza editorial, 2009.

En el mismo orden de ideas, el Banco Mundial ha reconocido que la salud es un aspecto central para el desarrollo humano, no solamente en un grado individual, sino también en términos de macro sistemas globales y de estabilidad social.<sup>273</sup>

Para estar en condiciones de definir el bien jurídico tutelado por este derecho, la salud, atendiendo a la definición de la Organización Mundial de la Salud, la cual la define la como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.<sup>274</sup>

De la definición anterior, se destaca la importancia de considerar que la salud tiene un componente individual y un componente colectivo o social, es decir, 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 contaminación, la circulación de agentes patógenos, 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.<sup>275</sup>

Definición adoptada no hace mucho por la legislación nacional, ya que apenas 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.

---

<sup>273</sup>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, p. 117.

<sup>274</sup> Definición propuesta en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud de 1946, disponible en: [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)

<sup>275</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Cristian, *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, p. 16

Ahora bien, muchos autores estiman que la definición de salud de la Organización Mundial de la salud resulta un tanto genérica y es por ello que se han dado a la tarea de ofrecer alternativas a la definición de este bien tanpreciado para la condición humana.

En un inicio se predica que la definición de la OMS obedece a que la antigua concepción dicotómica de salud y enfermedad no se consideraba como algo satisfactorio para explicar este bien humano básico, puesto que también contempla diversos factores relacionados con el dinamismo. No obstante, no fue posible abarcar todos estos elementos en la definición.

Es sumamente complejo definir una cuestión tan amplia como lo es la salud, no obstante comienzo por decir que la palabra salud deriva del latín “*salulus*”, del griego: *olos*, que significan todo y los cuales se refieren a una condición ideal total. Por lo que, la palabra “salud” no designa unívocamente y un solo estado humano que se pueda señalar. La “salud” es un término que puede adoptar significados muy diferentes, dependiendo del “uso” que se le dé y el “contexto” en el que sea utilizado.<sup>276</sup>

En este contexto, se precisa que la salud es una necesidad humana fundamental y es una condición *sine qua non* de la vida misma, llegándose a afirmar que la salud es de cada día y la cual se relaciona en su mayoría con: a) la ausencia de trastornos orgánicos manifiestos, b) el estado de bienestar completo, c) el equilibrio bio-psico-social, y/o d) el equilibrio con el ambiente, para asegurar la óptima satisfacción de necesidades biológicas y culturales.<sup>277</sup>

---

<sup>276</sup> Velasco Mondragón, Héctor Eduardo et all, “Concepto multidimensional de salud y enfermedad” en *La Comunicación Humana en la Relación Médico-Paciente*, editado por Carlos Tena Tamayo y Francisco Hernández Orozco, Editorial Prado, 2005, México, p. 288.

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 288.

Lalonde señala que la salud es "una variable influida por diferentes factores: biológicos o endógenos, ligados al entorno, los hábitos de vida y factores ligados al sistema sanitario".<sup>278</sup>

Por lo que cuando se trata de evaluar la salud de las personas y grupos sociales debe considerarse la unidad esencial de las dimensiones somáticas, psíquicas, sociales, culturales y espirituales, a las que se hace referencia.<sup>279</sup>

Otros autores hablan de que la salud es el producto del equilibrio entre el medio interno, orgánico o individual y el medio externo o hábitat del hombre, vistos como:

- a) La ausencia de perturbación en funciones vitales,
- b) La ausencia de síntomas,
- c) la ausencia de lesiones anatómicas,
- d) la ausencia de alteraciones funcionales, y
- e) la ausencia de agentes nocivos.<sup>280</sup>

En una cuestión antropológica, que es la que más me interesa, la salud se concibe como un estado maximalista de integración armónica de todas las dimensiones del ser humano fisiológicas, psicológicas y espirituales.<sup>281</sup>

Laín Entralgo señala que "la salud es un hábito psico- orgánico al servicio de la vida y de la libertad de la persona; y consiste tanto en la posesión de esa normalidad como en la capacidad física para realizar los proyectos vitales de la persona en cuestión."<sup>282</sup>

La salud es un componente esencial del bienestar social y del desarrollo económico de un país. Es el sostén para el desarrollo pleno del trabajo, educación y cultura, por lo que no solo puede ser considerado un aspecto biológico del

---

<sup>278</sup>Lalonde, Marc, A new perspectives on the Health of the Canadians, 1974.

<sup>279</sup>Velasco Mondragón, Héctor Eduardo, Óp. cit., nota 276, p. 288.

<sup>280</sup> Ibídem, p. 291.

<sup>281</sup>Ibídem, p. 295.

<sup>282</sup>Entralgo, Laín, *La relación médico-enfermo*, Historia y teoría, Madrid, Revista de Occidente, 1964, p. 199.

hombre, sino también como un bien social tanto individual como colectivamente hablando, es incluso uno de los indicadores más importantes que da cuenta del desarrollo social de una nación.<sup>283</sup> Ya que cómo se verá más adelante, la salud no solo se obtiene con atención médica y medicamentos, sino con una buena alimentación, con condiciones de vida salubres, con un medio ambiente adecuado, con agua apta para uso y consumo humano, entre otros factores.

En una concepción moderna de la salud es preciso considerar la existencia de factores objetivos y subjetivos, así como de diferentes niveles o grados. Los exámenes de salud, esto es, los reconocimientos médicos de amplios sectores de la población que se realizan por los servicios sanitarios para detectar enfermedades de interés social, permiten comprobar que, para una enfermedad dada, el estado sanitario no es homogéneo, y que éste no puede dividirse en personas sanas y personas enfermas, puesto que entre ambos extremos se encuentran diversos estados intermedios de salud relativa en los que, junto al cumplimiento satisfactorio de los condicionantes que definen este estado sanitario, pueden encontrarse algunos signos desfavorables –sensaciones dolorosas, disfunciones de órganos o sistemas- de intensidad discreta y no evolutivos, que no impiden a la persona integrarse plenamente en una actividad normal, familiar, profesional y social, y que le permiten "considerarse sano" tanto frente a sí mismo como frente a la sociedad. Este concepto de salud relativa es superponible al de salud plenamente desarrollada, y es el estado de la mayoría de las personas sanas.<sup>284</sup>

Por su parte, Jenkins aduce que la salud es el fundamento esencial que apoya y nutre el crecimiento, el aprendizaje, el bienestar personal, la plenitud social, el

---

<sup>283</sup> 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, pp. III y IV.

<sup>284</sup> Definición extraída de la Unidad 1 del curso en línea "introducción a las ciencias de la salud" Disponible en: <http://www.juntadeandalucia.es/averroes/~29701428/salud/concep.htm>

enriquecimiento de los demás, la producción económica y la ciudadanía constructiva”.<sup>285</sup>

Si bien es cierto que las definiciones señaladas se refieren a la salud individual, también lo es que debe considerarse a este bien como de orden público y que por lo mismo, se hable del término salud pública, aún y cuando no se haya podido precisar dicho concepto.

En este tenor, el estudio del “Concepto multidimensional de salud y enfermedad”, menciona cinco interpretaciones de salud pública, que es conveniente retomar, como lo son:

- 1) la salud pública son las acciones gubernamentales, todos aquellos servicios de salud que van a ser prestados por alguna de las instituciones públicas del Sistema Nacional de Salud (IMSS o ISSSTE, Secretaría de Salud).
- 2) La salud pública se refiere a la participación organizada de la comunidad en cuestiones de salud.
- 3) La salud pública son los servicios de salud no personales, es decir, aquellos que van a traer beneficios que difícilmente pueden reflejarse en un individuo en lo particular, pero que sí pueden verse en la comunidad en su conjunto.
- 4) La salud pública como padecimientos de alta incidencia o peligrosidad, y
- 5) La salud pública es todo aquello que la Ley General de Salud no define como servicios de atención médica o asistencia social.

Uno de los conceptos más completos, referente a la salud pública es el de Winslow, señalando este autor que “la salud pública es el conjunto de ciencias y artes encaminadas a prevenir y 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:

---

<sup>285</sup> Jenkins, C. David, *Mejoremos la salud a todas las edades*, Publicación Científica y Técnica 590, Organización Panamericana de Salud, Washington, 2005, p. 4.

- 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.<sup>286</sup>

En este mismo sentido, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Protección Social en Salud en su artículo 5º contempla diversos tipos de actividades comprendidas en la prestación de servicios de salud pública, como lo son:

- I. Acciones que implican la participación comunitaria y mediante las cuales se evitan o se reducen riesgos para la salud de la población, y promueven el autocuidado de la salud y estilos de vida saludable de manera generalizada;
- II. Actividades encaminadas a prevenir o contrarrestar los riesgos para la salud de la población en el territorio nacional que se derivan de actividades realizadas por agentes dentro y fuera del sector salud o de eventos no predecibles, coadyuvando a salvaguardar la seguridad nacional;
- III. Acciones efectuadas sobre la persona, que implican una reducción de riesgos a la comunidad;
- IV. Actividades de tamizaje;
- V. Actividades que forman parte de la vigilancia epidemiológica;
- VI. Acciones de atención a la comunidad en caso de desastres o urgencias epidemiológicas;
- VII. Actividades que permiten proteger contra riesgos sanitarios, que implican el control y fomento sanitario de procesos, productos, métodos, instalaciones, servicios y actividades, así como la emisión, prórroga o revocación de autorizaciones sanitarias que sean competencia o atribución de la entidad, y

---

<sup>286</sup> Winslow, Charles, citado por Velázquez García, José, Óp. cit., nota 283, pp. 14-15.



## VIII. Actividades de control analítico y constatación del cumplimiento de la normatividad.

Derivado de lo expresado con anterioridad, 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.

### **La relevancia jurídica de la salud**

Si se toma como referencia a las primeras declaratorias de derechos, tales como la Carta Magna de Juan sin Tierra, la Declaración de Derechos de Virginia, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, o cualesquiera catálogos de derechos, uno tiende a percatarse de que las mismas estaban centradas más en los Derechos Políticos y Civiles, dejando en el anonimato a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre ellos al derecho a la salud, en atención a que en la conformación del “pacto social” y el modelo político creado – el liberalismo-, los únicos derechos que interesaban eran los derechos “clásicos”, es decir, los derechos “liberales”.

Esta consideración liberal de los derechos se apartaba de diversos temas de índole social, como lo es la salud, el trabajo, la vivienda, entre otros, en donde el Derecho a la salud no era considerado como susceptible de protección y en consecuencia no desempeñaba un rol activo, ni siquiera significativo en la construcción primaria de los derechos, puesto que lo primordial en la época primaria de los derechos de los sujetos era la libertad y la participación política.

Es hasta la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, donde el tema de los derechos humanos entro de manera formal en la escena internacional

como una responsabilidad ineludible de los Estados respecto a la protección de sus habitantes.

Sin embargo, al inicio de la creación de dicho organismo internacional, no hubo un reconocimiento a la salud como un derecho humano, sino que fue hasta 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que se contempló este bien en un catálogo de derechos, debido a que esta inserción de los derechos sociales, como se expresó con anterioridad no había acontecido en las declarativas que dieron inicio al movimiento de los derechos humanos. Así se tiene que el derecho a la salud surge a partir de la Declaración de 1948, en donde se consideró como un elemento valioso para tutelar en los diversos ordenamientos internacionales y de manera paulatina en el ámbito nacional.

Aunque, no hay que olvidar, que ya en 1946 con la creación de la Organización Mundial de la Salud (OMS), la comunidad internacional empezó a reconocer de manera formal el derecho a la salud como este estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, al igual que su consideración como un derecho fundamental y un objetivo social al lograr el grado más alto posible de salud.<sup>287</sup>

De estas primeras consideraciones de la salud como un derecho humano ya suman casi 70 años, de una sinergia entre los derechos humanos y la salud. No obstante, este antiquísimo acercamiento entre el binomio salud - derechos humanos sigue generando tantas dudas a pesar de este largo período desde su aparición.

Incógnitas en lo que respecta a su definición, si es un derecho a la salud o un derecho a la protección de la salud, que es lo que conlleva este derecho tan fundamental para la subsistencia y desarrollo de la condición humana; cuál es su

---

<sup>287</sup> Muñoz de Alba Medrano, Marcia, *El derecho a la salud: ¿Un derecho individual o social?*, Concordancias, Estudios Jurídicos y Sociales, Chilpancingo, Guerrero, núm. 8, mayo-agosto de 2000, p. 45.

contenido esencial, en qué consisten y como se aplican los mecanismos institucionales y judiciales para su protección, si el mismo puede reclamarse de manera judicial o no, cuales son los alcances e implicaciones de ser titulares de este derecho, en suma, en qué consiste el derecho a la salud.

Aún y cuando en el Estado mexicano los derechos humanos - abarcando esta última concepción tanto a los Derechos Políticos y Civiles como a los Económicos, Sociales y Culturales - han ido reconociéndose cada vez más dado el valor que representan en la vida de los individuos, aunado al hecho de su inserción de manera formal en la norma fundante mexicana en el año 2011, no hace más de 5 años, esta vinculación de todos los derechos previos a la reforma en materia de derechos humanos con los derechos humanos en sí, en específico la protección de la salud, está comenzando.

Probablemente son estos motivos los que explican que en México no exista como tal un estudio sobre la relación entre los derechos humanos 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 satisfacción<sup>288</sup>.

Esta consideración y trascendencia del derecho a la salud como un derecho humano fundamental, me impelo a traer este tema a colación dada la intrínseca y relevante conexión existente entre ambos temas tan primordiales para la condición humana, aunado al vínculo de este derecho con el cambio paradigmático del ordenamiento jurídico mexicano respecto de los derechos humanos y en

---

<sup>288</sup>Únicamente en México 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.

consecuencia a la señalización del derecho a la protección a la salud o derecho a la salud como un derecho humano.

Esta desatención en el estudio de este derecho humano en particular, además de dificultar el ejercicio del mismo de manera plena, eficaz y efectiva, ha conllevado a un gran desconocimiento por parte de la población acerca de la significación de la salud como un derecho humano y su respectiva protección por parte del aparato gubernamental y la correspondiente corresponsabilidad de sus titulares, ya que solo se cree que al tener el derecho a la salud, que el Estado tiene la obligación de protegerla salud de la población pero en ningún momento se considera el papel de los individuos en el cuidado de la misma. Correspondiéndole al Estado sentar las bases y modalidades para su cumplimiento.

Es tanta la relevancia que reviste para la población y para los Estados, el discurso de los derechos en los problemas de la salud, que obliga a hacerse 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 derechos humanos de reconocimiento internacional.

Sofia Gruskin hace casi 10 años aducía que “el desarrollo de un lenguaje de la salud y los derechos humanos en los últimos años ha permitido que las relaciones entre la salud y los derechos humanos se especifique de forma explícita, y por lo tanto conceptualmente, analíticamente, política y programáticamente para comenzar a tender un puente entre estas disciplinas tan dispares y avanzar hacia

adelante juntas...siendo de importancia fundamental aclarar los vínculos entre la salud y los derechos humanos.”<sup>289</sup>

Cabe resaltar la publicación de la Organización Panamericana de la Salud, la cual señala que la correspondencia entre la salud y los derechos humanos se encuentra interrelacionada más allá de lo que se piensa, puesto que por mencionar algunos ejemplos: esta connotación ayuda a contribuir a una mejor comprensión entre los legisladores de la importancia del derecho a la salud, y también sirve para promover una mayor conciencia entre los profesionales de la salud de la función del derecho en materia de salud, esta relación tan estrecha se observa en el prefacio de dicho libro, en el que se expresan los objetivos de dicho estudio.<sup>290</sup>

Empero, se tiene que en tanto se dé un mayor conocimiento sobre las implicaciones del vínculo entre los derechos humanos y la salud, la inserción de este binomio salud-derechos humanos en la agenda política y en las políticas públicas de los Estados será mayor.

Jeremy Croft al respecto del “Human Rights Act” menciona que este instrumento de derechos humanos como algo más que una herramienta legal, aduciendo que es el medio por el cual se está introduciendo una nueva “cultura de los derechos humanos” de los derechos y responsabilidades en el mundo, tomando en consideración la importancia de los Derechos Humanos como un vehículo para el desarrollo y de respeto a otros derechos humanos, como por ejemplo las “buenas prácticas” en el cuidado de la salud.<sup>291</sup>

---

<sup>289</sup>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, p. 3-4.

<sup>290</sup>Fuenzalida Puelma, Hernán L. y Susan Scholle Connor, “The Right to Health in the Americas. A Comparative constitutional Study”, 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, p. 52-53.

<sup>291</sup>Croft, Jeremy, *Health and Human Rights. A Guide to the Human Rights Act 1998*, Londres, the Nuffield Trust, 2003, p. 8.

Sin embargo, a pesar de la trascendencia de este discurso “salud-derechos humanos”, el marco jurídico de la salud en México ha visto serias dificultades en su estudio, dada la materialización del mismo, esto en atención a que la misma reviste una enorme complejidad de factores que inciden tanto en cuestiones económicas, técnicas, prestacionales y hasta políticas.

Es por ello, que es momento de realizar una investigación en torno a este derecho humano fundamental a la salud, que tenga como objetivo dar a conocer las implicaciones y alcances que representan ser titulares de este derecho y qué es lo que conlleva e implica en cuanto al contenido y las correlativas obligaciones de todos los sectores alcanzar este estándar del disfrute del más alto nivel posible de salud así como los mecanismos que ofrecen los ordenamientos jurídicos para garantizar su cumplimiento.

Lo que se pretende con la investigación, es brindar un poco de claridad a esta prerrogativa constitucional dada la relevancia de su implementación efectiva, o comúnmente llamada, eficacia y todas estas implicaciones en las que se traduce la titularidad de este derecho con respecto al bien humano básico de la salud.

Así, respecto a los antecedentes de esta relación derechos humanos- salud, una de las principales causas que dieron origen a esta interrelación fueron los problemas relacionados con el VIH/SIDA, lo que hizo que la atención a este padecimiento generará los vínculos posteriores entre otros temas de salud y derechos humanos.<sup>292</sup>

Otros de los hechos relevantes para considerar a la salud como un derecho humano han sido las epidemias, pandemias, las condiciones de pobreza que devienen en la afectación de la salud, la desnutrición; factores que sin lugar a dudas constituyen un riesgo a la subsistencia de los individuos y que merman de

---

<sup>292</sup>Mann, Jonathan et al., “Health and Human Rights”, en *Health and Human Rights. An International Journal*, Boston, vol. 1, núm. 1, otoño de 1994, p. 7.

manera considerable su estado físico, mental y social, culminando algunas veces hasta en la pérdida de la vida.

Por lo que se puede concluir que estas circunstancias van a demostrar como los derechos humanos han comenzado a tomar relevancia en el campo de la salud, incrementándose la atención de estos en los asuntos relacionados con la salud, sinergia que ha tomado una vital importancia en las cuestiones prácticas.

### **¿Derecho a la salud o derecho a la protección de la salud?**

Quizá antes de abundar en las implicaciones, alcances y contenido de la salud a la luz de su consideración como un derecho humano fundamental en lo primero que hay que reparar es si cabe hablar de “derecho a la protección de la salud” como es el caso de del Estado mexicano –o cualquiera de las otras alternativas- como lo son: “derecho a la salud” terminología usado preponderantemente en el derecho internacional o en su caso derecho a la atención médica o incluso derecho al cuidado de la salud.

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 autores 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, mientras 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 e inclusive el disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.

Es como precisa Muñoz de Alba, la frase: el derecho a la salud, llama la atención de todos, tanto por su aparente contenido como por su “cuestionable” efectividad.

A pesar de que existe un enorme número de referencias y menciones en torno a la figura del derecho a la salud, tanto en la literatura internacional como en el discurso político, sin embargo, en los sistemas jurídicos nacionales es un término coloquial, cuyo uso constante ha desvirtuado su contenido, cuestionando su eficiencia y su existencia dentro de nuestro sistema de seguridad social, incluso en los ámbitos de la medicina.<sup>293</sup>

Es esta confusión y la falta de unanimidad en cuanto al pronunciamiento de este binomio salud-derecho, lo que ha propiciado desconocimiento en el tema y por ende una insuficiencia para transmitir tanto la noción del derecho a la salud, a la protección de la salud y acerca de la prestación de la asistencia sanitaria en el derecho internacional y en los sistemas jurídicos nacionales.

Algunos autores como Tom Beauchamp y Ruth Faden aducen que no existe necesariamente un conflicto entre los términos “derecho a la atención de salud”, “derecho a la protección de la salud” o “derecho a la salud”.<sup>294</sup> Por su parte Charles Ngwena y Rebecca Cook precisan que el objetivo final detrás de estos términos normativos es la realización del más alto nivel posible de salud.<sup>295</sup>

Aunque en una opinión muy personal, esta distinción sí influye en la manera de ver a la salud como un derecho integral y no aislado o referido únicamente a la atención médica, debido a que en la misma preservación de esta también influyen

---

<sup>293</sup> Muñoz de Alba Medrano, Marcia Óp. cit., nota 287, p. 46.

<sup>294</sup> Resulta interesante la distinción que hace al respecto Tom Beauchamp y Ruth Faden en “The Right to Health and the Right to Health Care” hace la distinción entre Derecho a la salud y Derecho al cuidado de la salud de conformidad a las obligaciones positivas y negativas, no obstante señalan que esta distinción también es engañosa ya que muchas de las medidas asistenciales se sustentan en acciones negativas. Beauchamp, Tom L. y Ruth R. Faden, “The Right to Health and the Right to Health Care”, en *Journal of Medicine and Philosophy*, Oxford, vol. 4, núm.2, junio de 1979, pp. 118-131.

<sup>295</sup> Ngwena, Charles y Rebecca Cook, “Rights Concerning Health”, en Danie Brand y Christof Heyns, eds., *Socio-Economic Rights in South Africa*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2005, p. 107.



otros factores determinantes, lo cual hace que la salud se vea inmiscuida en una situación holística y no unívoca.

En un inicio, se ofrecen algunas posturas favorables al término del derecho a la salud y posteriormente las objeciones al mismo, para acto seguido señalar a algunos autores que optan por la consideración del “derecho a la protección de la salud”, término al que ha favorecido el constituyente mexicano en el año 1983, dado el carácter programático, paternalista y rector del sistema de salud en México.

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 siguen determinados derechos accesorios, como los del aire no contaminado y el acceso a agua potable de calidad, y a la prevención sanitaria mínima. Conceptualizando así al estado de salud, hablando en términos de derechos, como un bien social y no sólo un problema médico, técnico o económico.<sup>296</sup>

El derecho a la salud abarca más que un derecho a la protección de la salud y el derecho a la atención médica, toda vez que el mismo es visto como un derecho inclusivo, ya que se extiende a los determinantes subyacentes de la salud, tales como acceso a agua potable y saneamiento adecuado, un suministro adecuado de alimentos, nutrición y vivienda, condiciones laborales y ambientales saludables y el acceso a información y educación relacionada con la salud, e inclusive abarca determinadas libertades y no simplemente medidas asistenciales, como lo ha llegado a caracterizar el derecho a la protección de la salud.

De lo anterior se hace necesario considerar también a estas condiciones previas para la salud así como el entorno natural y social, como es el caso de la

---

<sup>296</sup>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, p. 36.

sostenibilidad ambiental, el acceso a agua potable de calidad y el saneamiento básico conducente, la salud ocupacional, la disponibilidad de alimentos inocuos, saludables y suficientes así como cuestiones de higiene en general, consideraciones críticas para el logro pleno del derecho a la salud.

En un desglose de cada uno de estos elementos, observo que los mismos tienen múltiples facetas, por ejemplo, el saneamiento y la higiene incluye un número suficiente de letrinas sanitarias, educación sobre buenas prácticas higiénicas y adecuada; en lo que cabe a la alimentación, la misma se centra en el control sanitario de los mismos en cuanto a al proceso, entendido éste como el conjunto de actividades relativas a la obtención, elaboración, fabricación, preparación, conservación, mezclado, acondicionamiento, envasado, manipulación, transporte, distribución, almacenamiento y expendio o suministro al público en conjunto con una cultura alimentaria por parte de los individuos a efecto de contar con aportes nutricionales adecuados.

En consecuencia, se dice que 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 el cuidado de la salud propia.

En algunas comunidades, otros aspectos de ambientes físicos saludables (incluyendo falta de contaminación), así como el entorno social (por ejemplo, cuestiones de delincuencia, violencia doméstica y el uso de drogas) e infraestructura (por ejemplo, carreteras), junto con la salud mental y espiritual, emergieron como más determinantes de su salud.<sup>297</sup>

En síntesis, el Derecho de la Salud puede ser definido como la rama del Derecho que regula las relaciones jurídicas que tienen por objeto la salud humana y su

---

<sup>297</sup>Go4Health, *Realizing the right to health for everyone: the health goal for humanity the health goal for humanity*, coord. Eric A. Friedman, reporte de septiembre, 2013, p.19.

protección, entendida la salud como una actitud de armonía que abarca los estados de completo bienestar físico, mental y social, lograda en un medio ambiente que garantice la sostenibilidad de este equilibrio.<sup>298</sup>

Mientras que 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 proveer los servicios de salud a quienes no pueden costearlo, sin embargo a la larga este derecho había de hacerse expansivo a toda la población.

Ahora bien, a consideración propia una de las definiciones más adecuadas es la propuesta por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su ya mencionada Observación General 14, al señalar que el derecho a la salud 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. Esto en el tenor de que el derecho a la salud, no es simplemente un derecho a estar sano, sino que entraña libertades y derechos.

Entre dichas libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.<sup>299</sup>

Aunque de manera habitual se habla del “derecho a la salud” y más en la normativa internacional, este término se ha criticado dado que el mismo no tendría

---

<sup>298</sup> González Díaz, Carlos, *En torno a una definición sobre el Derecho de la Salud*. Revista Educación Médica Superior, la Habana, Cuba, Volumen 19, No. 4 octubre – diciembre, 2005, [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0864-21412005000400001](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21412005000400001)

<sup>299</sup> Observación General No. 14 fue suscrita por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su 22º período de sesiones en Ginebra el 25 de abril a 12 de mayo de 2000.

sentido al venir a significar como mínimo un “derecho a no estar enfermo”, lo que está fuera de las posibilidades jurídicas. Es decir, se alude que este derecho no puede garantizar un resultado que está fuera del alcance humano, sino la utilización de ciertos medios para la protección de la salud.<sup>300</sup>

Thomas Bole lo califica como un término retórico, ausente de especificidad real para los problemas de la atención médica.<sup>301</sup> A lo cual dicho autor ha preferido optar por el término de derecho a la atención sanitaria por ser este más específico y claro que el derecho a la salud.

Mientras tanto Ruíz Massieu puntualiza que se trata más bien del derecho a la protección de la salud y no de la simple expresión “derecho a la salud”, la cual es utópica e inaplicable, toda vez, que en este caso no habría un posible obligado a otorgar la *per se*.<sup>302</sup>

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.

Se tiene como punto de partida la definición propuesta por Salomón Díaz Alfaro, quien define el derecho a la protección de la salud como: “el sistema de normas jurídicas de derecho social, que tiene por objeto regular los mecanismos para lograr la protección de la salud como bien supremo del hombre, a través de la delimitación del campo de actividad gubernamental, social e individual, siendo ésta un elemento de justicia social... el cual tiene como objetivo principal garantizar el

---

<sup>300</sup> Lema Añon, Carlos, “El Derecho a la salud: Concepto y Fundamento” en Papeles el tiempo de los derechos, Número 12, Año 2010, p. 2.

<sup>301</sup> Bole, Thomas, “The Rhetoric of Rights and Justice in Health Care”, *The Right to Health Care*, Dorrecht, Kluwer Academic Publishers, 1991, p. 7.

<sup>302</sup> Ruíz Massieu, Francisco, citado por Muñoz de Alba Medrano, Marcia Óp. cit., nota 287, p. 53.

acceso a los servicios que permitan el mantenimiento y restauración de dicho bienestar”<sup>303</sup>.

Cano Valle, ha señalado que en el Estado mexicano el derecho a la protección de la salud es un derecho inalienable del ser humano, en el cual se promociona en primer lugar la seguridad, el bienestar bio-psico-social, la asistencia, el desarrollo personal y económico del individuo.<sup>304</sup>

Se puede decir que el derecho constitucional a la protección de la salud “es aquel que se ostenta por parte de los individuos frente al Estado a fin de obtener una acción positiva de éste dirigida a la efectiva satisfacción de la salud individual por encima de las posibilidades personales del sujeto.”<sup>305</sup> En consecuencia, este derecho a la protección de la salud debe adaptarse a las necesidades de la población.

En definitiva, y esta es a su vez la crítica que reluce a este paternalismo del 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, obligándose así el 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.

Otro aspecto importante de esta rectoría del Estado lo es el papel cada vez más activo del Estado en estos sectores, ya que así como interviene en la economía y en los mercados, en la educación, en el trabajo y la seguridad social, lo hace en la seguridad de los alimentos, también lo hace en la protección a la salud. Para garantizar el derecho a la salud el Estado destina recursos financieros, originados principalmente de los impuestos que pagan los ciudadanos, regresándolos en

---

<sup>303</sup> Díaz Alfaro, Salomón, “Derecho constitucional a la protección de la salud”, México, Porrúa, 1983, p. 15.

<sup>304</sup> Cano Valle, Fernando *Percepciones acerca de la medicina y el derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 49, 2001, p.31.

<sup>305</sup> Escribano Collado, Pedro, *El Derecho a la Salud*, Cuadernos del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, España, 1976, p 44.

forma de programas y servicios para beneficio de los propios ciudadanos, sin embargo los mismos se avocan en actividades curativas y rehabilitadoras y no tanto así en las preventivas donde se exige una participación ciudadana.

Así, el derecho a la protección de 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, positiva, de evitar que particulares, grupos o empresas la dañen.

En la actualidad aún persiste esta falta de consenso sobre la superioridad o conveniencia ya sea del derecho a la protección a la salud sobre el derecho a la salud o viceversa, puesto que por un lado, 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, sin embargo, esta última noción no es la esencia fundamental del concepto.<sup>306</sup>

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. Como ya se dijo, 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

---

<sup>306</sup> Muñoz de Alba Medrano, Marcia Óp. cit., nota 287, p. 48.

servicios, hasta las modalidades de tutela del derecho y resolución de controversias.<sup>307</sup>

A lo cual se colige que 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 en protección de salud como un acto para que aquellos factores externos que tiendan a poner en peligro este estado de salud no interfieran en la salud humano.

Por lo tanto, el derecho a la salud 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. Como bien lo señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales este derecho es 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. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional.<sup>308</sup>

Por mi parte concibo 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 efectiva protección, promoción y restauración de la salud de la población, cuya finalidad se contrae al

---

<sup>307</sup>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*, Óp. cit., nota 263, p. 54.

<sup>308</sup>Observatorio de Política Social y Derechos Humanos, 2009.

bienestar físico, mental y social de todos los individuos que les permita así llevar vivir una vida digna a través del disfrute de un mínimo vital como lo es la salud.

No se puede dejar desapercibido que la protección de la salud en México es una de las tareas fundamentales en términos políticos y económicos, y hoy en día jurídico, el cual representa una de las claves del Estado de bienestar y una herramienta de justicia social.

A manera de conclusión, el derecho a la salud debe ser considerado como parte integrante del mínimo vital, el cual se traduce en el presupuesto que todos los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los gobernados participen activamente en la vida democrática.

De ésta forma el goce de la salud, como parte del mínimo vital es un presupuesto sin el cual las coordenadas centrales del orden constitucional mexicano carecen de sentido, de tal suerte que la intersección de la potestad Estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegida constitucionalmente.

Este parámetro constituye el contenido del derecho al mínimo vital, el cual, a su vez, coincide con las competencias, condiciones básicas y pretensiones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las carcas de la miseria, de tal manera que el objeto al derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas y negativas imprescindibles para evitar que la persona-centro del ordenamiento jurídico- no reconvierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean.<sup>309</sup>

---

<sup>309</sup> Al respecto véase “Derecho al mínimo vital en el orden constitucional mexicano.” Tesis III.2o.C.J./15, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 6.



Ahora bien, dependiendo del contexto, puede haber buenas razones que subyacen a la elección de un término en particular. Los defensores de los términos "derecho al cuidado de la salud" o "derecho a la protección de la salud" argumentarán que estos términos son más precisos y más realistas que el de "derecho a la salud" ya que la salud misma en sí no puede ser garantizada.<sup>310</sup> Mientras que los detractores del derecho a la protección a la salud dirán que el mismo 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".

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, medidas asistenciales y libertades de las interferencias de otros en cuanto a que quieran lesionar su salud, así como este ejercicio de participación ciudadana que consideré en el último capítulo, la inclusión en dicho término de la corresponsabilidad del individuo en el cuidado de su salud, dejando de lado este enfoque paternalista de la protección de la salud de los individuos por parte del Estado, tal y como se aducía en la exposición de motivos de la Ley General de Salud, todos los sectores son responsable en cuanto a la salud.

Dentro de estas libertades o acciones negativas, es de señalarse que éste derecho a la salud, dentro de toda su amplitud, tiene una estrecha relación con el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros.

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.<sup>311</sup>

---

<sup>310</sup>Ngwena, Charles y Rebecca Cook, Óp. cit., nota 295, p. 107.

<sup>311</sup>Fuenzalida Puelma, Hernán L. y Susan Scholle Connor, Óp. cit., nota 290, p. 596.

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 suma, las hipótesis sobre el concepto del derecho a la salud se expresan en los siguientes puntos:

1º) El derecho a la protección de la salud es un derecho complejo en atención a que involucra tanto acciones positivas como negativas en cuanto expresa una serie de elementos diferentes y conectados, entre los cuales están al menos:

(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 políticas 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 y

(c) el derecho a la asistencia sanitaria.<sup>312</sup>

El derecho a la protección de la salud no se identifica meramente con un “derecho negativo” a que no sea dañado el estado de salud de los individuos. Así pues, sería posible distinguir entre una vertiente negativa y una vertiente positiva del derecho a la protección de la salud.

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.

---

<sup>312</sup> Lema Añón, Carlos, Óp. cit., nota 300, p.2.

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.

Mientras que el derecho a la salud no sólo abarca las acciones de los sistemas de salud relacionadas con la atención médica, sino que también contempla el control de los principales factores que determinan la salud, por ejemplo, el acceso al agua limpia y potable, el suministro adecuado de alimentos sanos, condiciones de trabajo favorables, acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva, entre muchos otros. En este sentido, se puede decir que gran parte de los problemas de salud se encuentran íntimamente relacionados a los determinantes sociales.

En cuanto a la diferencia entre el derecho a la protección de la salud con el derecho a la asistencia sanitaria, se dice que el primero de ellos se diferencia del segundo en cuanto a que permite:

- 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.<sup>313</sup>

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”.

Este concepto está descontextualizado, porque identifica protección de la salud con asistencia sanitaria y con ello desconoce otros elementos fundamentales de

---

<sup>313</sup> *Ibíd.*, p. 3.

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.<sup>314</sup>

Esta amplitud del término derecho a la salud, también abarca la cuestión negativa, dado que establece que los Estados no deben interferir en las decisiones sobre la salud sexual que adopten los individuos, por lo cual este derecho a la salud requiere esta dualidad de acciones positivas y negativas, un ejemplo es el que señala Rebeca Cook cuando menciona que los Estados no deben obstruir el acceso a la información relativa a las causas de infección del VIH/SIDA, pero lo que si deben hacer es tomar bajo su control los programas educaciones para promover dicha información.<sup>315</sup>

Vistas estas consideraciones teóricas del derecho a la atención médica, a la protección a la salud o al derecho a la salud, y más allá de haber elegido un término sobre otro, como se hizo con el derecho a la salud, 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-, lo cual se verá más a detalle en el capítulo siguiente.

---

<sup>314</sup> Ídem.

<sup>315</sup> Cook, Rebeca, citada por Leary, Virginia, Óp. cit., nota 296, p. 50-51.

Toda persona tiene derecho  
a la protección de la salud.  
-Artículo 4º de la CPEUM-

## **CAPÍTULO SEIS. LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO A LA SALUD**

Es indiscutible que los ordenamientos hayan insertado tanto en el ámbito local como en el internacional un derecho tan importante como lo es la protección de la salud, describiendo los alcances e implicaciones de esta prerrogativa al establecer parte de su contenido esencial al igual que las obligaciones que se tienen para con éste, por lo cual el presente apartado hará una breve síntesis de la normativa en salud, como éste derecho se ha ido posicionando en todo el mundo y como en el caso de nuestro país, México, no pasó desapercibida la preocupación por su efectivo cumplimiento.

### **El Derecho a la salud en la legislación internacional**

Es un hecho consabido que el derecho a la salud tiene su aparición o más bien positivización en la Declaración Universal de Derechos Humanos, al contemplarse en su 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; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. Así como que en la maternidad y la infancia se tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”<sup>316</sup>

---

<sup>316</sup>La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue aprobada el 10 de diciembre de 1948 en París, Francia.

De igual manera, una definición al respecto se encuentra en los diversos instrumentos internacionales tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la que se consagra en su artículo XI, dicha prerrogativa al señalar que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y de la comunidad.<sup>317</sup>

Asimismo, el artículo 10 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales comúnmente conocido como el "protocolo de san salvador" define a este derecho como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social al cual tienen derecho todas las personas.<sup>318</sup>

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12, lo define como el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.<sup>319</sup>

En la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, celebrada en Alma-Ata, se reitera que la salud, es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, es un derecho humano fundamental y que el logro del grado más alto posible de salud es un objetivo social sumamente importante en todo el mundo, cuya realización exige la intervención de muchos otros sectores sociales y económicos, además del de la salud.<sup>320</sup>

---

<sup>317</sup> La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948.

<sup>318</sup> Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue aprobado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988.

<sup>319</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 19 de diciembre de 1966.

<sup>320</sup> La Declaración I y el texto completo de la citada Declaración, puede consultarse en:

También este derecho está en la Carta Africana sobre los derechos humanos y los pueblos, “Carta de Banjul”, en su artículo 16, que señala que todo individuo tendrá derecho a disfrutar del mejor estado físico y mental posible, a través de las medidas necesarias encomendadas al Estado para proteger la salud de sus pueblos y asegurarse de que reciben asistencia médica cuando están enfermos.<sup>321</sup>

Asimismo, la Carta Social Europea menciona en su primera parte que “toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar”. De igual manera en su artículo 11 dispone que “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines:

- 1) Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente;
- 2) Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma;
- 3) Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes.<sup>322</sup>

Otras declaraciones que consideran de igual manera a la salud como un derecho humano fundamental al que todos los hombres, independientemente de sus condiciones biológicas, sociales y políticas, tienen natural derecho, entre las que se encuentran las siguientes:

- 1) La firmada en Ginebra por la Asociación Médica Mundial, sobre derechos humanos y salud, en 1948.
- 2) La Declaración sobre los Derechos del Niño, de 1959.
- 3) El Código Internacional de Ética Médica, de 1949.

---

[http://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=19004&Itemid=2518&lang=en](http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=19004&Itemid=2518&lang=en)

<sup>321</sup> La Carta de Banjul fue probada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.

<sup>322</sup> La Carta social europea fue realizada en Turín, Italia el 18 de octubre de 1961.

- 4) La Declaración de los Derechos de los Impedidos, de 1975.
- 5) La Declaración de Tokio sobre Normas Médicas con respecto a la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes o Castigos Impuestos sobre Personas Detenidas o Encarceladas, de 1975.
- 6) El Juramento de Atenas del Consejo Internacional de Servicios Médicos, de 1979.
- 7) La Declaración contra la Discriminación de Personas Enfermas de SIDA, de 1988.
- 8) Las firmadas por la Organización Internacional del Trabajo (OTI), con respecto a los rubros de seguridad social y trabajo, y salud y trabajo.<sup>323</sup>

Asimismo entre estas declaratorias, destacan los Principios de Tavistock, elaborados por un grupo especializado en bioética en cuanto a los preceptos básicos aplicables al sistema sanitario y a todos los profesionales desde un punto de vista ético:

1. Cuando lo precisa, es un derecho del ser humano recibir atención sanitaria.
2. El centro de la atención sanitaria es el individuo, pero el sistema sanitario debe trabajar para mejorar la salud de la población.
3. Son fines del sistema sanitario el tratar las enfermedades, aliviar el sufrimiento y las minusvalías, y promover la salud.
4. Es esencial que quienes trabajan en el sistema sanitario colaboren entre sí, con los pacientes y las poblaciones y con otros servicios y sectores.
5. Los clínicos deben promover la mejora de la atención sanitaria.
6. *Primum non nocere*<sup>324</sup>.

De estas declaratorias del derecho internacional de la salud, coincido con Jeremy Croft al señalar los aspectos trascendentales del derecho a la salud, como lo son:

---

<sup>323</sup> Cano Valle, Fernando, *Derecho a la Protección a la Salud en América Latina*, Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social, México, 2010, p. 4.

<sup>324</sup> Este principio se traduce en el hecho de que lo primero ante todo es no hacer daño.



- 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.<sup>325</sup>

Por su parte 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 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 derecho a la salud, a través de diversas acciones, por ejemplo, en campañas de vacunación.<sup>326</sup>

Además de estos elementos a considerar, no pasa desapercibido que la salud está ligada al desarrollo histórico social de las sociedades; que la misma sólo es posible de satisfacer en la medida que se pueda resolver el problema de la pobreza y el subdesarrollo, que existe o debe existir una corresponsabilidad entre los países pobres y ricos para lograr el desarrollo, la paz mundial y un trato más equitativo entre las naciones. En síntesis, se necesita del derecho a la salud para lograr un nuevo orden económico internacional.

Aspectos que señalan el contenido mínimo esencial del derecho humano a la protección a la salud o derecho a la salud, atendiendo a una perspectiva integral

---

<sup>325</sup> Croft, Jeremy, Óp. cit., nota 291, p. 9.

<sup>326</sup> Right to Health as a Human Right, The Hague, Academy of International Law and the United Nations University-Sijthoff Noordhoff, Netherlands, 1979.

de lo que el mismo involucra, puesto que como ya se vio éste se encuentra regulado en diversos instrumentos internacionales con carácter vinculante para nuestro país.<sup>327</sup>

### **La internalización del derecho a la salud como un derecho a la protección de la salud.**

En estricto sentido, el tema de la salud en el ordenamiento jurídico mexicano se da 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.<sup>328</sup>

En este sentido, no fue hasta después de 35 años de que apareciera en la vista legal el derecho a la salud, que se da su aparición en el texto constitucional mexicano, aunque, se incorporó a la fuente suprema legal mexicana, con la denominación de “derecho a la protección a la salud” en el año 1983, terminología que le pareció más adecuada al Ejecutivo de insertar, argumentando que esta definición tiene el mérito de connotar que la salud es una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados.

En particular, debe llamarse la atención de que sin la participación inteligente, informada, solidaria y activa de los interesados no es posible que se conserve, recupere, incremente y proteja la salud: en este terreno no se puede actuar en contra de la conducta cotidiana de los ciudadanos.<sup>329</sup>

---

<sup>327</sup> Para ver un análisis comparado de la regulación del derecho a la protección a la salud, véase el anexo del libro *“Derecho a la Protección a la Salud en América Latina”*, Óp. cit., nota 323, p. 46-55.

<sup>328</sup> Para mayor abundamiento sobre el Consejo de Salubridad General, véase Cossío Díaz, José Ramón et al, *Reflexiones constitucionales sobre el Consejo de Salubridad General*, Gaceta Médica de México, No. 149, 2013, pp. 356-362.

<sup>329</sup> Al respecto consúltese la exposición de motivos en comento, disponible en: <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/DetalleProcesoLeg.aspx?IdLey=130&IdRef=125&IdProc=1>

En dicha exposición de motivos de la iniciativa presentada por el entonces presidente Miguel de la Madrid al artículo 4º constitucional acaecida el 3 de febrero del año 1983, se hace el reconocimiento del Estado mexicano de la incapacidad de establecer un sistema nacional de salud que responda a la demanda popular de una vida sana. Es por ello que surge la imperiosa convicción de que es necesario elevar el rango del derecho a la protección de la salud, consagrándolo en el artículo 4o. de la Carta Magna como una nueva garantía, reafirmando así la marcha de la Revolución Mexicana e imprimiéndole un mayor contenido social al proceso de cambio.<sup>330</sup>

Esta acepción como diría Manzano se debió a la confusa garantía preexistente referente a la salud, ya que ésta se entendía que el tener “derecho a la salud”, lo cual equivaldría que por orden de la Ley Suprema, los mexicanos serían inmortales y así pues, se consigna el derecho a la protección de la salud.<sup>331</sup>

Ahora bien, el aludido Artículo 4º en su párrafo cuarto, 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 es la Ley General de Salud la encargada de establecer las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, entre las que se encuentran: la atención médica, la vigilancia epidemiológica, los vectores, la promoción de la salud y la protección contra riesgos sanitarios, 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.<sup>332</sup>

---

<sup>330</sup> *Ibíd.*

<sup>331</sup> Manzano García, J. R., *El derecho a la protección a la salud*, Porrúa, México, 2000, p. XXII y XXIII.

<sup>332</sup> 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 coadyuvan 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.

Entre las 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 así como 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 zoonosológicas 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.

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.

Así 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.

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. Desafortunadamente, el Estado mexicano 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 como más adelante se verá cómo este derecho puede ser exigible y ante todo justiciable.

Bajo todos estos argumentos, cabe expresar que la salud es una problemática que declarativamente se reconoce como mundial.

### **El derecho a la protección de la salud en México<sup>333</sup>**

Ahora bien en una breve antología de la normativa en materia de salud, se señalan algunos antecedentes emblemáticos de este tan importante bien jurídico como lo es la salud.

Parto de la consideración de las culturas náhuatl y azteca en la época prehispánica, para continuar con las ordenanzas y el papel de la Iglesia en la atención médica, seguido de las primeras reglamentaciones en el México independiente y finalmente su trascendencia en la actualidad con su inclusión constitucional, partiendo a su vez de su inclusión más que nada en el sector de la salubridad general en la época revolucionaria, en la Constitución de 1917.

---

<sup>333</sup> En el presente apartado se contrae a la mención de la codificación sanitaria y las adhesiones constitucionales, lo cual no es óbice para consultar a detalle la legislación sanitaria. Para una recopilación más minuciosa véase la cronología de disposiciones jurídicas relevantes en la Revista de Administración pública, Administración del Sector Salud, Año 1987, número 69-70 Enero –Junio, p.377-383.

## Época prehispánica

La persistencia de la salud se derivaba tanto de las fuerzas en juego en el cosmos como del mantenimiento de sus propios límites contra las fuerzas de los demás. El equilibrio era la salud y su ruptura la enfermedad.<sup>334</sup>

Para Soustelle, las nociones y las practicas relativas a la enfermedad y a la medicina eran una mezcla inextricable de religión, de magia y de ciencia; de religión, porque ciertas divinidades enviaban enfermedades o curaban de ellas; de magia porque frecuentemente se atribuía la enfermedad a la magia negra de algún hechicero y mediante alguna acción mágica se buscaba curar; en fin, de ciencia, porque el conocimiento de las propiedades de las plantas o de los minerales, el uso de la sangría y de los baños dan a la medicina azteca, en ciertos casos, una fisonomía curiosamente moderna.<sup>335</sup>

En lo que refiere a los profesionales de la salud, cabe precisar que había diferentes tipos de médicos, entre los que se encuentran:

- a) Los sacerdotes que se especializaban en las enfermedades enviadas por el Dios al cual servían, por ejemplo los de Tezcatlipoca atendían las epidemias y tal vez también la locura.
- b) Los Tonalpouhque o Tonalpouhqui, adivinos de los destinos que funcionaban a la manera que lo haría un psicoanalista de hoy en día.
- c) Los temiquiximati, temicnamictiani, "aquel que conoce los sueños, el intérprete de los sueños.
- d) Los brujos llamados tlacatecolotl u "hombres- búho".

---

<sup>334</sup> Villaseñor Bayardo, Sergio Javier et al, La enfermedad y la medicina en las culturas precolombinas de América: la cosmovisión nahua, Investigación en salud, año 2002, volumen IV, núm. 3, Universidad de Guadalajara, México, p. 8.

<sup>335</sup> Soustelle citado por Sergio Javier Villaseñor Bayardo et al, ibídem, p. 8.

e) Los titic, que eran los más numerosos y eran quienes aplicaban los conocimientos empíricos.<sup>336</sup>

El buen médico es aquel que hace diagnósticos, es experimentado, conoce las yerbas, las piedras, los árboles, las raíces. Posee observación y prudencia. Es moderado en sus indicaciones pero también podía enviar enfermedades a aquellos que habían ofendido a los dioses, transgredido prohibiciones o que tenían malas relaciones personales con el ticitl o con el grupo social. Para la cultura nahua la medicina realizaba una función social importantísima.<sup>337</sup>

Mientras que en la cultura azteca la ciudad de Tenochtitlán fomentaba la salud y promovía los requisitos necesarios para lograrla, así como la educación para todos, la nutrición, el sustento y la solidaridad. La ciudad es digna del título de saludable gracias a sus normas y regulaciones, a la abundancia del agua, a los espacios saludables como sus mercados, a los hábitos de limpieza de los habitantes y a su cohesión social<sup>338</sup>

En Tenochtitlán las políticas públicas de salud incluían el establecimiento de letrinas, el manejo adecuado de las aguas residuales, calles limpias, así como acciones importantes de higiene personal.<sup>339</sup>

La comunidad fue responsable de que los canales locales estuvieran limpios. La orientación de los servicios de salud se reflejó en los sistemas; la red de los hospitales de veteranos y el sistema de cuarentena son los precursores de la práctica de la salud pública actual. Moctezuma fundó los jardines botánicos y zoológicos más famosos y su herbario tenía colecciones de las plantas medicinales de todas las partes de América. Estas piedras y estatuas me hablaron de la igualdad de oportunidades de la educación para todos, lo cual contribuyó a la

---

<sup>336</sup> *Ibíd.*, p. 10.

<sup>337</sup> *Ídem.*

<sup>338</sup> González Molina, Julio, Políticas de salud y vida saludable en México-Tenochtitlán, Revista Facultad Nacional de Salud Pública, No. 19, 2001, pp. 103-113.

<sup>339</sup> *Ibíd.*, p. 112.

buena salud de la población. No podía dejar de pensar que Tenochtitlán fue en verdad una ciudad sana y ejemplificó muchos de los conceptos básicos de la promoción de la salud que fueron tan bien aceptados y plasmados en la Conferencia y Carta de Ottawa.<sup>340</sup>

## **Época colonial**

En lo que se refiere a la medicina curativa, durante la época colonial, el régimen hospitalario fue administrado mediante una alianza política de Estado-Iglesia. Se puede decir que fue la Iglesia la que permaneció al frente de los hospitales y dispensarios durante el periodo que va desde entonces hasta el final del Porfiriato. Antes de la Revolución la atención médica se había privatizado y la mayor parte de los mexicanos no tenía acceso a estos servicios.<sup>341</sup>

Es durante la Conquista, cuando Hernán Cortes funda el primer hospital en de asistencia pública en México al que nombró “La purísima concepción y Jesús nazareno” lo cual derivó en un efecto expansivo en todos los territorios de la Nueva España.

En 1628 y de acuerdo a las disposiciones del Consejo de Indias, se dio origen a la Junta del protomedicato que en un inicio tenía la función de la educación en los aspectos de salud, así como cuestiones relacionadas con la higiene y la salubridad pública, Junta que tuvo a su encargo la salubridad pública hasta el año de 1831 con la aparición del Consejo de Salubridad General.

## **México independiente**

En México los antecedentes del derecho a la salud se encuentran en las Juntas de Sanidad de los Ayuntamientos. En 1832 se hace explícito que estas juntas, en

---

<sup>340</sup> Alleyne G. Discurso inaugural de la Quinta Conferencia Mundial de Promoción de la Salud. México; junio de 2000.

<sup>341</sup> Hernández Ávila, Mauricio, Óp. cit., nota 263, p. 19.



caso de epidemias, tendrán la responsabilidad de hacer frente a los gastos necesarios para prevenir el contagio y tratar las enfermedades. Esta acción ha sido considerada como una de las primeras del derecho a la salud en México y, sin duda, también refleja las discusiones de la época sobre la intervención del Estado en materia de preservar la salud colectiva.<sup>342</sup>

El primer antecedente en la materia lo constituye el artículo 25 de la Sexta Ley Constitucional de 1836, que citaba:

“Estará a cargo de los ayuntamientos: la policía de salubridad y comodidad, cuidar de las cárceles, de los hospitales y casas de beneficencia, que no sean de fundación particular, de las escuelas de primera enseñanza que se paguen de los fondos del común, de la construcción y reparación de puentes, calzadas y caminos, y de la recaudación e inversión de los propios y los arbitrios, promover el adelantamiento de la agricultura, industria y comercio, y auxiliar a los alcaldes en la conservación de la tranquilidad y el orden público en su vecindario, todo con absoluta sujeción a las leyes y reglamentos.”<sup>343</sup>

Posterior a ello, se fueron implementando diferentes instrumentos jurídicos al respecto, como lo fueron la creación del Consejo Superior de Salubridad en 1841 y posteriormente la aparición del término “salubridad pública” en el texto del artículo 134, fracción XI, de las Bases Orgánicas de la República Mexicana.

No obstante el logro de los legisladores en prever esta materia en los ordenamientos jurídicos antes referidos, la legislación sanitaria no tuvo cabida en la Constitución de 1857, puesto que en la misma ley fundamental no fue contemplada de manera expresa.

No obstante fue a finales del siglo XIX, surgieron diversas disposiciones al respecto, como lo fue la primera codificación sanitaria en 1833 en la que se

---

<sup>342</sup> *Ibíd.*, p. 18.

<sup>343</sup> Las Leyes Constitucionales de 1836 pueden ser consultadas en: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1836.pdf>

preveía un Consejo de Salubridad dependiente del Gobernador del Distrito Federal, eran sus atribuciones lo relativo a la pureza de las aguas y de los alimentos y bebidas, la prevención de las enfermedades epidémicas, la propagación de la vacuna, la vigilancia de los hospitales, la situación de los establecimientos peligrosos, insalubres o incómodos, la inhumación de los cadáveres y la vigilancia de los cementerios.<sup>344</sup>

El 15 de julio de 1891 y una tercera el 10 de septiembre de 1894, en las cuales se encontraba delimitado el funcionamiento del Consejo Superior de Salubridad. De igual manera en el régimen de Porfirio Díaz, el 15 de enero de 1903 entro en vigor el cuarto código sanitario.

En 1908 con la reforma al artículo 72 constitucional como señala Quero Morales<sup>345</sup> se dio entrada a la legislación sanitaria en la Constitución mexicana, al establecer la facultad del Congreso para dictar leyes sobre Salubridad General.

Otros antecedentes sobre aseguramientos incluyen algunas disposiciones de nivel estatal como la Ley de Accidentes de Trabajo del Estado de México (1904) y la Ley sobre Accidentes de Trabajo del Estado de Nuevo León (1906). En estos dos ordenamientos legales se reconocía, por primera vez en México, la obligación para los empresarios de atender a sus empleados en caso de enfermedad, accidente o muerte, derivados del cumplimiento de sus labores.<sup>346</sup>

## Época revolucionaria

La Constitución Política de 1917, retomando de manera cabal lo dispuesto en la reforma de 1908, en su artículo 73, fracción XVI, otorgó al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia de salubridad general, conteniendo el texto cuatro

---

<sup>344</sup>Kumate, Jesús, *La salud pública en México en el siglo XX. Los protagonistas*, El Colegio Nacional, [http://www.colegionacional.org.mx/SACSCMS/XStatic/colegionacional/template/pdf/2000/10%20-%20Jesus%20Kumate\\_%20La%20salud%20publica%20en%20Mexico%20en%20el%20siglo%20XX\\_%20Los%20Oprotagonistas.pdf](http://www.colegionacional.org.mx/SACSCMS/XStatic/colegionacional/template/pdf/2000/10%20-%20Jesus%20Kumate_%20La%20salud%20publica%20en%20Mexico%20en%20el%20siglo%20XX_%20Los%20Oprotagonistas.pdf)

<sup>345</sup> Quero Morales, José, *El Derecho sanitario mexicano*, Revista de la Facultad de Derecho de México, México, UNAM, Año 1963, número 49 Enero – Marzo, p. 150

<sup>346</sup>Hernández Ávila, Mauricio, Óp. cit. nota 263, p. 19.

bases, entre las que se destacan la creación del Consejo de Salubridad General y la venta de sustancias que envenenan al individuo y degeneran la raza.<sup>347</sup>

Hasta 1926, se expide el quinto código sanitario y también el Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General de la República Mexicana. En el año de 1926 se publica el Código Sanitario Panamericano, asimismo el 31 de agosto de 1934 surge el sexto código sanitario del país que es abrogado por el del 25 de enero de 1950 y éste a su vez por el del 1º de marzo de 1955.

Finalmente el 13 de marzo de 1973 se expidió el noveno y último código sanitario, cabe hacer mención que durante la vigencia de todos estos códigos se emitieron una gran cantidad de disposiciones jurídicas que por la brevedad del presente capítulo resultaría difícil de citar.<sup>348</sup>

### **Época actual**

En 1982, el marco jurídico de la salud se integraba por el artículo 73, fracción XVI de la Ley Suprema, por el código sanitario de 1973 y un sinnúmero de instrumentos jurídicos dispersos que vendrían a ser el antecedente inmediato de la Ley General de Salud.

Por otra parte, Miguel de la Madrid en su inquietud de reestructurar el derecho sanitario, sometió diversas iniciativas al Congreso de la Unión, siendo trascendental la aprobada y publicada el 28 de diciembre de 1982, en la cual se reforman los artículos 37 y 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, misma que definiría de manera clara el sector salud, en efecto en esta ley, se establece que corresponde a la Secretaría de Salud y Asistencia la coordinación de todos los servicios de salud de las instituciones del gobierno federal.

---

<sup>347</sup> González de la Vega, René, *El nuevo marco jurídico de la salud. Un enfoque de modernización*, Revista de Administración pública, Administración del Sector Salud, Año 1987, número 69-70 Enero –Junio, p. 62

<sup>348</sup> Para indagar más en la codificación sanitaria véase José Quero Morales, *El Derecho sanitario mexicano*, Óp. cit., nota 354 y Valadés, Diego, “El derecho a la protección de la salud y el federalismo” Óp. cit., nota 303, 91 a 111 pp.

El avance jurídico más trascendental en el marco de la salud fue la propuesta del ejecutivo federal al poder reformador de la constitución, para adicionar al artículo cuarto en su párrafo tercero de la Ley fundamental, una nueva garantía que consagrará el derecho a la protección de la salud de todos los mexicanos, publicada el 3 de febrero de 1983 cuyo texto citaba:

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

González De la Vega, menciona que esta adhesión al precepto constitucional consigna tres vertientes en su contexto, a saber:

“Primera, es universal en cuanto a su cobertura, ya que se otorga a todo mexicano sin distinción alguna y no se determina en función de criterio alguno que lo limite.

Segunda, la parte medular de la garantía consiste en el acceso a los servicios de salud, encargando a la Ley General de Salud la de establecer las bases y modalidades de dicha adición.

Tercera, formula el carácter concurrente de la materia de salubridad general, es decir, que la federación y los estados la aplicarán en función de una descentralización y fortalecimiento del pacto federal...”<sup>349</sup>

Esta inclusión en la constitución mexicana fue la premisa para que el ejecutivo enviará una iniciativa tendiente a reglamentar el derecho –ahora- constitucional a la protección de la salud, denominándose dicha propuesta Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, surgiendo así un instrumento jurídico ágil, oportuno, que da pie al marco legal de todas las acciones importantes en el área de la salud, cuyo objeto principal consistió en dar

---

<sup>349</sup>González de la Vega, René, Óp. cit., nota 347, p. 64.

cumplimiento efectivo a la garantía constitucional recién plasmada de protección a la salud.

Resultando en su momento ser una Ley innovadora, ya que dentro de su contenido se destacó la implementación de procedimientos administrativos que fundamenten su aplicación, programas contra las adicciones, el control sanitario de productos y servicios, así como la vigilancia que ejerce el poder público ya sea a través de la imposición de sanciones o la tipificación de delitos en la materia.

Otro aspecto de suma importancia, plasmado en esta Ley, consistió en la facultad de expedir normas técnicas – hoy en día normas oficiales mexicanas- por parte de la Secretaría de Salud, consideradas como el conjunto de reglas científicas o tecnológicas de carácter obligatorio, donde se establecen los requisitos que deben satisfacerse en la organización y en la prestación de servicios de salud, con la finalidad de uniformar principios, criterios, políticas y estrategias.

Esta nueva Ley como marco de toda la legislación sanitaria ha ido reformándose para atender la problemática que enfrenta la salud pública en México, destacando entre las principales la acaecida con motivo de la necesidad de contar con instrumentos jurídicos propios a las contingencias de la salud de la época, estableciendo la prohibición de comercializar la sangre humana, reservándose esta facultad el Estado.

Otro punto importante fue lo relativo al fomento sanitario, a fin de elevar el nivel de vida de los mexicanos en lo que refiere a su salud, desarrollando mecanismos de prevención y desarrollo que permitan atacar con mayor efectividad las enfermedades, proteger a la población contra riesgos sanitarios, fomentar la prevención y promoción de la salud, entre otras cuestiones de salud que se presenten en la población.

Tan es así que la otra reforma sustancial fue la adición del artículo 17 Bis 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, asimismo, el derecho antes citado también comprende la prevención y el control de los efectos nocivos de los factores ambientales sobre salud.

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, así como que no estén adulterados, contaminados o alterados, lo que los convertiría en nocivos para la salud.

El número de reformas ha sido sustancial siendo hasta el momento 89 a partir de su publicación el 7 de febrero de 1984, así otra de las reformas de enorme valía a la Ley general de Salud es la consistente a la inclusión del artículo 1º Bis consistente en la definición de la salud, la cual ha sido adoptada de la Organización Mundial de la Salud y que el legislador ordinario creyó conveniente establecer esto en aras de brindar confiabilidad a los ciudadanos y realizar un trabajo adecuada y correctamente, mediante la entrega de información autorizada seriamente, es por eso que se habla de salud, pugnando porque se incluyera dicha definición 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.”<sup>350</sup>

Por lo que resulta de interés primordial este análisis al marco jurídico de la salud para poder comprender el sentido y alcance que involucran estas disposiciones en la vida cotidiana, ya que lo que se pretende con esta progresión es elevar la calidad de la salud de los mexicanos, salvaguardando su derecho constitucional.

---

<sup>350</sup> Artículo 1º Bis de la Ley General de Salud.

## **La naturaleza jurídica del derecho a la protección a la salud en México. Su devenir conceptual en el ordenamiento jurídico mexicano.**

Como seres humanos, nuestra salud y quienes están al cuidado de ésta son motivo de preocupación cotidiana. Independientemente de la edad, género, condición socioeconómica u origen étnico, considerando que la salud es el bien fundamental, más básico y precioso que poseen los individuos y sin el cual se ponen en peligro muchos derechos, principalmente el derecho a la vida y al desarrollo, por lo cual esta protección resulta esencial para la supervivencia.

Si bien en la propuesta de John Finnis en "*Natural rights and natural law*"<sup>351</sup>, la salud no constituye *per se* un bien humano básico, si lo es que hace énfasis en la primacía de la vida, y la cual insisto no puede disfrutarse sin el pleno goce de la salud, es por ello que a mi entender este bien humano debe ser considerado como un bien humano básico, toda vez que a él se le debe el conservar un estado mínimo de bienestar físico y mental que le permite a los seres humanos tanto la supervivencia como la realización personal, siendo valedero por sí mismo y constituyendo así uno de los principios más básicos y fundamentales de la condición humana.

Lo anterior demuestra como la salud es un tema jurídico de primer orden. Si un siglo atrás, se hubiese abordado este asunto, el mismo se habría localizado en el derecho secundario, reducido a ordenamientos legales y reglamentarios, fuera de la Constitución, en la que se alojan las cuestiones más graves y relevantes de la nación. Hoy las cosas han cambiado: la salud es un tema constitucional.

Lo anterior obedece a consideraciones diversas. En primer término, se debe a la importancia misma de la salud para el individuo y la sociedad. Sin embargo, siempre fue relevante, pero no siempre se le asignó, en forma y fondo, el relieve

---

<sup>351</sup> John Finnis enumera como bienes básicos, en el consecuente orden, a. 1) la vida, 2) el conocimiento de la verdad, 3) el juego, 4) la experiencia estética, 5) la sociabilidad o amistades, 6) la razonabilidad práctica y 7) la religión. Finnis, John, *Óp. cit.*, nota 139.

que actualmente posee. El nuevo tratamiento jurídico corresponde, asimismo, a la evolución del sistema de los derechos humanos. Por último, se relaciona con la aparición del Estado social o Estado de bienestar, consecuencia natural de la evolución de los derechos humanos. La salud dejó de ser un tema de filantropía, piedad, misericordia particular, y devino una atención central del Estado moderno.<sup>352</sup>

En este sentido, la salud se constituye como un indicador del logro de oportunidades para el desarrollo de los individuos, el cual además de ser un bien biológico para que el individuo pueda desarrollarse de manera armónica física y mentalmente, también es un bien social y cultural imprescindible para la convivencia humana en sociedad.

La salud como un bien fundamental del ser humano dentro de un sistema de valores, representa un derecho esencial que el Estado está obligado a garantizar y satisfacer, procurando la salud integral de todos los habitantes.<sup>353</sup> Lo que deviene en la concepción de que la salud es uno de los ámbitos predilectos de una sociedad igualitaria. Poca importancia tiene la disminución de otras desigualdades sociales si no se manifiesta en una vida sana y de mejor calidad.<sup>354</sup>

En este entendido, se considera al derecho a la salud como parte del derecho al “mínimo vital”, el cual 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, definido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como las condiciones mínimas para desarrollar un plan de vida autónomo y de participación activa en la vida

---

<sup>352</sup> García Ramírez, Sergio, *Derechos humanos, salud y práctica médica*, Estudios jurídicos, México, UNAM, 2000, p. 257.

<sup>353</sup> Roccatti V., Mireille, “Los derechos humanos y el derecho de protección de la salud en el Estado de México”, en *Derechos Humanos*, Toluca, año 4, núm. 21, septiembre- octubre, 1996, pp. 400.

<sup>354</sup> Cano Valle, Fernando, *Óp. cit.*, nota 304, p. 8.



democrática del Estado (educación, vivienda, salud, salario digno, seguridad social, medio ambiente, por mencionar algunos).<sup>355</sup>

Es por ello, que en la preservación de este bien, los sujetos están dispuestos a hacer muchos sacrificios, si con ello se garantiza una vida más larga y más sana. En pocas palabras, cuando se habla de bienestar, se piensa casi siempre en la salud. Siendo el derecho a la protección de la salud, parte fundamental de lo que la humanidad entiende por desarrollo y por una vida digna.

Una vez establecida la importancia de este bien como un bien básico humano fundamental, el cual es parte del derecho al mínimo vital, procederé a exponer cuales han sido las concepciones jurídicas en cuanto a la naturaleza de este “derecho a la protección de la salud” en el Estado mexicano a través de su devenir conceptual, a partir de su inclusión en la codificación sanitaria, la posterior mención del mismo en la constitución de 1847, su señalización en la Constitución de 1917 como una garantía de índole social hasta su adhesión como garantía individual en el artículo 4 de la Carta Magna mexicana en 1983, haciendo énfasis en la reforma de 2011 del artículo 1º, puesto que fue esta inserción, la que de manera formal en el ámbito jurídico nacional otorgó el carácter de derecho humano al derecho a la salud.

Lo anterior responde a que el derecho a 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.<sup>356</sup>

Es por ello, que a través de este estudio empiezo explicando sus repercusiones como una garantía social, dando paso a su concepción en el ordenamiento interno

---

<sup>355</sup> Argumentos extraídos de los considerandos de la sentencia del juicio de amparo No. 1048/2012 del índice del Juzgado Cuarto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal.

<sup>356</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Cristian, Óp. cit., nota 275, p.16.

como una verdadera garantía individual y finalmente mencionaré su progresión a un derecho humano fundamental.

Es por ello que muchas de las veces me referiré de manera indistinta al derecho a la protección de la salud como garantía individual y también como garantía social, derivado del carácter que tiene este derecho en México, de su lugar en el texto constitucional y de sus relaciones con otros preceptos del mismo carácter, sin dejar de observar su connotación como derecho humano fundamental.

### **El tratamiento teórico sobre el derecho a la protección a la salud en México**

Una vez establecido el objeto de estudio, que es la salud como un bien humano básico fundamental para la condición humana a garantizar por el ordenamiento jurídico resulta pertinente a efecto de estar en posibilidades de hablar sobre el derecho humano a la salud, esgrimir algunas consideraciones teóricas al respecto, como lo es su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, su naturaleza jurídica – si se trata de una garantía individual, un derecho social o un derecho humano- tan compleja por su carácter de derecho económico, social y cultural, hasta llegar a una definición del mismo que permita tener una visión más amplia e integral de su esencia, los alcances que este tiene y las implicaciones que conlleva su correcto ejercicio, aún y cuando ya se ha demostrado plenamente esta importancia, puesto que el tema de análisis indudablemente sufre de la actual inobservancia por parte de los estudiosos del Derecho.<sup>357</sup>

---

<sup>357</sup> Al respecto existen algunos estudios como los de: Mann, Jonathan M. et al., editors, *Health and Human Rights: A Reader*, Nueva York, Routledge, 1999; Yáñez Campero, Valentín H., *La administración pública y el derecho a la protección de la salud en México*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2000; Cano Valle, Fernando, Óp. cit., nota 323; Gruskin, Sofia et al., editores, *Perspectives on Health and Human Rights*, Nueva York, Routledge, 2005; así como algunos ensayos al respecto, en su mayoría publicados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y por la Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

## **El derecho a la protección de la salud como garantía social**

La lógica del derecho a la protección de la salud en México, consiste en que el mismo debe ser considerado como un derecho individual cuya naturaleza resulta ser social. Es precisamente este carácter social el que es argumentado para hacer responsable al Estado en la cobertura.<sup>358</sup>

A decir de Ruiz Massieu, este derecho se consagra como un derecho social que sobresale del concepto de las garantías individuales. Incluso, no se deja al arbitrio de la autonomía de la voluntad; su titular puede ejercerlo libremente, y el Estado tiene la obligación de hacerlo realidad ya en forma directa, ya en coordinación con el sector público, o concertadamente con los sectores social y privado. Toda vez que conlleva un principio integral en su cobertura, el cual es el de universalidad, por lo que protege a todo ser humano por el mero hecho de serlo.<sup>359</sup>

Para entender al derecho social como el reconocimiento hecho por la Constitución, de ciertas prerrogativas que velen por la protección de las clases sociales vulnerables, por lo que es dable ver primeramente el mecanismo principal de esta tutela en los ordenamientos jurídicos, las garantías.

Empezando por definir qué se entiende por garantía, ésta puede entenderse como toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, y a estos efectos establece la distinción entre garantías primarias o sustanciales –consistentes en obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados, que pueden ser positivas o negativas–, y garantías secundarias o jurisdiccionales, para hacer referencia a las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando se constaten, en el primer caso actos ilícitos y en el segundo, actos no válidos que violen derechos subjetivos y con ellos sus correspondientes garantías primarias.

---

<sup>358</sup> Muñoz de Alba Medrano, Marcia, Óp. cit., nota 287, p. 54.

<sup>359</sup> Ruíz Massieu, Francisco, “El derecho a la protección de la salud y la responsabilidad del Estado” en *Salud Pública de México*, núm. 1, volumen 27, enero-febrero de 1985, p. 7.

Por su parte Burgoa Orihuela considera que: “la palabra: garantía proviene del término anglosajón *warranty* o *warrantie*, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar, lo que equivale en un sentido amplio a aseguramiento o afianzamiento, pudiendo denotar también protección, respaldo, defensa, salvaguardia o apoyo”.<sup>360</sup>

En este mismo tenor señala que en derecho público el término “garantía”, se refiera a “diversos tipos de seguridades o protecciones a favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas preestablecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional”.<sup>361</sup>

En este sentido cabría distinguir entre derecho subjetivo y garantía secundaria, ya que en dicho caso la sola enunciación de un derecho subjetivo no precisa el modo de acceder a su protección judicial. Es decir, si se consagra en la constitución, por ejemplo, el derecho a la salud, deberá entenderse que existe una correlativa obligación a satisfacerlo –haya o no una norma que así lo indique–, pero si esa obligación por algún motivo no es satisfecha, entonces efectivamente se necesitará de una vía institucional para hacer efectivo el derecho y lograr que se ordene la prestación. Ello sólo se satisface con la creación de una norma distinta que así lo imponga, en cuya ausencia se configurará una laguna.<sup>362</sup>

De lo anterior resulta, que ambos tipos de garantías tienen funciones distintas, puesto que las primeras están orientadas a la satisfacción primaria y material de los derechos, mientras que las segundas operan en un segundo nivel como remedio dispuesto para la reparación de la inobservancia de las primeras representada por los actos ilícitos o por los actos inválidos.

---

<sup>360</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías Individuales*, Porrúa, 37ª ed., México, 2004, p. 161

<sup>361</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>362</sup> Álvarez, Laura, *Los derechos y sus garantías*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, Madrid, España, No. 13, 2010, p. 324.

En lo tocante a las garantías sociales, Burgoa Orihuela argumenta que fueron determinadas clases sociales, las que se encontraban inmersas en situación deplorable, quienes exigieron del Estado la implementación de ciertas medidas proteccionistas y asistenciales, ante los abusos de la clase social económicamente poderosa, así se fue como se gestó una relación de derechos entre los grupos sociales favorecidos o protegidos y aquellos frente a los que se implantó la tutela.<sup>363</sup>

En el mismo tenor Díaz Alfaro alude que estas nacieron y fueron reconocidos en la ley en virtud de la realidad social que los motivó, a fin de proteger a una clase social específica en contra del poder de otra que cuente con los medios económicos necesarios para someterla, y aún en contra del Estado cuando sus poderes realizan actos o dictan leyes que vulneran o afectan los primordiales derechos de los grupos débiles. Por eso, garantías derechos sociales son exclusivos de grupos carentes de fuerza económica y que, por tanto, deben estar al amparo del Estado para que a través de las leyes correspondientes vivan dignamente y se liberen de quienes abusan de ellos.<sup>364</sup>

Para acotar estas garantías en un sentido social, es de suma trascendencia analizar esta situación a la luz de su progreso en el tiempo, donde la revolución de 1910 fue un factor decisivo para la conformación de estos derechos prestacionales. Las principales demandas populares que originaron este movimiento social fueron recogidas posteriormente en el texto constitucional de 1917, adicionando a los tradicionales derechos individuales, los nuevos derechos sociales que elevaron a norma fundamental la limitación de la propiedad privada en términos de su función social, así como la defensa de los derechos de los

---

<sup>363</sup> Al respecto resultan interesantes las ideas de Prieto Sanchís en lo que respecta a los derechos sociales como derechos de igualdad, analizando la desigualdad jurídica que busca encontrar la igual sustancial o de hecho, es decir que los derechos sociales surgen como un reclamo de justicia, de este connotación aristotélica, en el que existe igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales, esto es, para protección activa para las clases menos favorecidas, en Prieto Sanchís, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial" en *Ley, derechos, justicia*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 15-65

<sup>364</sup> Díaz Alfaro, Salomón, Óp. cit., nota 303, p. 22.

trabajadores, que no tardaron en incluir la protección a la mujer embarazada, la obligación patronal de establecer enfermerías, la atención de accidentes laborales y enfermedades profesionales, y la cobertura de las indemnizaciones por riesgos de trabajo, por principio.

De tal suerte que la doctrina coincide en reconocer a la Constitución promulgada el 5 de febrero de 1917 como uno de los puntos de partida de un vasto movimiento jurídico que incorporó los principios fundamentales de los derechos sociales a sus propias constituciones<sup>365</sup>, situación que resulta patente ante el hecho de que dicha eclosión social trajo consigo el fenómeno, conocido ya en el mundo que los derechos sociales necesariamente deben abordarse merced a los diversos prismas con los que se aprecia el derecho a la salud.

La noción de “derechos sociales” tiene una historia larga y de múltiples raíces, pero puede identificarse su surgimiento a finales del siglo XIX, como respuesta al régimen liberal irrestricto nacido de las ideas políticas de la revolución francesa de 1789 y como respuesta, también, a una desigualdad cada vez más marcada entre los diversos componentes de ese sistema liberal.<sup>366</sup>

Como señalaría la Ministra Sánchez Cordero, 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<sup>367</sup>.

Prieto Sanchís, repitiendo como él mismo señala el comentario de varios autores, dice que es muy corriente identificar los derechos sociales con los derechos

---

<sup>365</sup>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.

<sup>366</sup> *Ibíd*em, p. 4

<sup>367</sup> *Ibíd*em, p. 2

prestacionales, esto es, con aquellos derechos que, en lugar de satisfacerse mediante la abstención del sujeto obligado, requieren por su parte una acción positiva que se traduce normalmente en la prestación de algún bien o servicio.<sup>368</sup>

Siendo así la principal característica del derecho social, la priorización de los intereses colectivos encima de los intereses de los individuos, buscando a través de políticas públicas crear las condiciones más justas de vida que beneficien a la población vulnerable.

Muchos años después el discurso nominalista de los derechos empezó a declinar en favor de una concepción social, por ende los Estados se vieron en la imperiosa necesidad de implementar las respectivas reformas legales que por un parte impidieran los efectos egoístas del derecho y por otro promovieran este compromiso social con los sectores menos favorecidos.

De ahí que constitucionalmente se adoptaran diversos principios, además de los de libertad e igualdad, los de justicia y propiedad, principios consagrados y heredados por otros países cuyas luchas sociales se vieron reflejadas y contagiadas con la importación de ideas revolucionarias al perenne México posrevolucionario, así las ideas progresistas del constituyente de 1917, transformaron la concepción subjetiva del derecho a la protección de la salud en un carácter social, al otorgar al Congreso de la Unión facultades en la materia.<sup>369</sup>

Es en este sentido que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales en su Preámbulo establece que los Estados partes en el presente Pacto, considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos

---

<sup>368</sup> Prieto Sanchís, Luis, Óp. cit., nota 363, p. 18.

<sup>369</sup> Sánchez Cordero De García Villegas, Olga, Óp. cit., nota 365, p. 14.

derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana y con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, no puede realizarse a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, imponiendo a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos, así como a los individuos el respecto de los unos a los otros y de la comunidad a la que pertenecen, obligándose a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto<sup>370</sup>, entre ellos el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, esto es, del derecho a la salud.

Asimismo, este derecho como garantía social se encuentra como diría José Luis Soberanes, consagrada en la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con fórmulas parecidas: por ejemplo en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, da inicio al desarrollo internacional de este derecho, estableciendo en su artículo 25.1 que “Toda persona tiene derecho a un nivel adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”<sup>371</sup>

La misma Asamblea General de la ONU aprobó en 1986 la *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, en la que se establece claramente la obligación de los Estados para dar acceso a los servicios de salud a toda la población, como lo dispone su artículo 8.1”Los estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán

---

<sup>370</sup> El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales puede consultarse en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>

<sup>371</sup> Soberanes Fernández, José Luis, “La protección de la salud en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, en Marcia Muñoz de Alba Medrano, coordinadora, *Temas selectos de salud y derecho*, México, UNAM, 2002, pp. 176.



entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos. Deben adoptárselas medidas eficaces para lograr que la mujer participe activamente en el proceso de desarrollo. Deben hacerse reformas económicas y sociales adecuadas con objeto de erradicar todas las injusticias sociales.<sup>372</sup>

Como señala Diego Valadés, no hay que extraviarse en cuanto a la cuestión de darle efectividad al derecho a la protección de la salud, ya que ello se traduce en avanzar en el programa de justicia social; cambiar la Nación; reducir la desigualdad social; generar empleo; elevar los niveles nutricionales; ampliar los niveles de educación; racionalizar los patrones de consumo; modificar una valorativa social que propicia la enfermedad; mejorar, no ampliar, el control sanitario de la producción; modernizar nuestra Secretaría y al Sector Salud; abatir el mercantilismo propio de una sociedad capitalista; hacer más racional el proceso de desarrollo; para lo cual será necesario introducir el ingrediente sanitario en las grandes decisiones de la Nación.<sup>373</sup>

En resumen, el derecho a la salud en México tiene un carácter prestacional en la medida en que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones positivas (de hacer) por parte de los poderes públicos; un ejemplo de ello es que le corresponde al estado asegurar la asistencia médica una vez que la salud, por la causa que sea, ha sido afectada; esto es lo que algunos autores denominan “derecho a la atención o asistencia sanitaria”.<sup>374</sup>

La Suprema Corte en una de sus tesis aisladas, ha corroborado esta obligación del estado concerniente en adoptar diversas medidas para la realización de este derecho.<sup>375</sup>

---

<sup>372</sup> *Ibíd.*, p. 177

<sup>373</sup> Cano Valle, *Óp. cit.*, nota 304, p. 9.

<sup>374</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Cristian, *Óp. cit.*, nota 275, p. 17.

<sup>375</sup> 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. Del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, según el cual toda persona tiene derecho a la salud, derivan una serie de estándares jurídicos de gran relevancia. El Estado Mexicano ha suscrito convenios

Todo lo anterior lleva a visualizar grandes rasgos de porque este derecho adquiere una concepción social en su ejercicio, ya que en primer término se puede referir que tratándose de este tipo de derechos prestacionales o asistenciales, el Estado ya no debe de asumir esa actitud de no interferencia, sino por el carácter de este tipo de prerrogativas debe asumir una postura activa, es decir debe otorgar al gobernado los medios necesarios para satisfacer este derecho, ya sea a través de políticas públicas o mediante mecanismos de justiciabilidad, como más adelante se verá.

Esta intervención estatal, nace en vísperas del compromiso social que se ha adoptado con las personas menos favorecidas, expandiéndose a la preocupación por el cuidado de la salud de toda la población, es el cambio de actitud de un estado liberal enfocado únicamente en el individuo a un estado paternalista holista.

No obstante, esta loable participación del Estado en torno a la protección de la salud de toda su población, se le crítica el hecho de esta universalidad, toda vez que si bien existe una obligación del Estado para proporcionar salud a sus

---

internacionales que muestran el consenso internacional entorno a la importancia de garantizar al más alto nivel ciertas pretensiones relacionadas con el disfrute de este derecho, y existen documentos que esclarecen su contenido y alcance jurídico mínimo consensuado. Así, la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, por ejemplo, dispone que el derecho a la salud garantiza 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. Algunas de estas obligaciones son de cumplimiento inmediato y otras de progresivo, lo cual otorga relevancia normativa a los avances y retrocesos en el nivel de goce del derecho. Como destacan los párrafos 30 y siguientes de la Observación citada, aunque el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representa la limitación de los recursos disponibles, también impone a los Estados obligaciones de efecto inmediato, como por ejemplo las de garantizar que el derecho a la salud sea ejercido sin discriminación alguna y de adoptar medidas para su plena realización, que deben ser deliberadas y concretas. Como subraya la Observación, 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. Al igual que ocurre con los demás derechos enunciados en el Pacto referido, continúa el párrafo 32 de la Observación citada, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Tesis XVI/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, agosto de 2011, p. 29.

habitantes, lo cual no es lógicamente absurdo y moralmente indefendible, pero sí resulta médicamente imposible.<sup>376</sup>

Un precedente de tan importante carácter social, se encuentra en la siguiente tesis emitida por el Poder Judicial de la Federación:

**“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.**

La Ley General de Salud, reglamentaria del citado precepto constitucional, precisa que los servicios de salud, atendiendo a los prestadores de los mismos, se clasifican en: a) servicios públicos a la población general, que se prestan en establecimientos públicos de salud a los residentes del país, regidos por criterios de universalidad y de gratuidad, cuyas cuotas de recuperación se fundarán en principios de solidaridad social y guardarán relación con los ingresos de los usuarios, debiéndose eximir del cobro cuando éstos carezcan de recursos para cubrirlas; b) servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social, que son los prestados a las personas que cotizan o las que hubieren cotizado conforme a sus leyes, así como los que con sus propios recursos o por encargo del Ejecutivo Federal se presten por tales instituciones a otros grupos de usuarios; c) servicios sociales y privados, los primeros se prestan por los grupos y organizaciones sociales a sus miembros y beneficiarios de los mismos, directamente o mediante la contratación de seguros individuales y colectivos, y privados, los que se prestan por personas físicas o morales en las condiciones que convengan con los usuarios, sujetos a las leyes civiles y mercantiles, los cuales

---

<sup>376</sup> Sade, Robert, is health care a right? Negative response, Journal of nursing scholarship, Volume 7, Issue 1, November, 1974, p. 13.

pueden ser contratados directamente por los usuarios o a través de sistemas de seguros individuales o colectivos y, d) otros que se presten de conformidad con la autoridad sanitaria, como lo son aquellos que conforman el Sistema de Protección Social en Salud, previsto para las personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social o no cuenten con algún otro mecanismo de previsión social en salud, que será financiado de manera solidaria por la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los propios beneficiarios mediante cuotas familiares que se determinarán atendiendo a las condiciones socioeconómicas de cada familia, sin que el nivel de ingreso o la carencia de éste sea limitante para acceder a dicho sistema. Lo anterior permite advertir que 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 y que en virtud de que ésta es una responsabilidad que comparten el Estado, la sociedad y los interesados, el financiamiento de los respectivos servicios, no corre a cargo del Estado exclusivamente, inclusive, se prevé el establecimiento de cuotas de recuperación a cargo de los usuarios de los servicios públicos de salud y del sistema de protección social en salud, que se determinan considerando el costo de los servicios y las condiciones socioeconómicas de los usuarios, eximiéndose de su cobro a aquellos que carezcan de recursos para cubrirlas, de ahí que la salud sea una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados, con base en criterios de capacidad contributiva y redistribución del ingreso.”<sup>377</sup>

Esta tesis resalta la importancia del compromiso del Estado con las personas de escasos recursos, haciendo asequible el acceso a los servicios de salud de todos

---

<sup>377</sup>Tesis: P/J. 136/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVIII, octubre de 2008, p. 61.

los sectores de la sociedad independientemente de la capacidad contributiva de estos.

Ahora bien, es común 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, 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.<sup>378</sup>

Por su parte Cossío Díaz señala que 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 vinculatorio.<sup>379</sup>

---

<sup>378</sup>Sánchez Cordero De García Villegas, Olga, Óp. cit., nota 365, p. 19

<sup>379</sup> A contrario sensu la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado sobre el poder vinculante real de este derecho en la tesis intitulada “DERECHO A LA SALUD. SU NATURALEZA NORMATIVA.” Nuestro país atraviesa una etapa de intensa transformación en la manera de identificar la sustancia normativa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus consecuencias para la mecánica del funcionamiento del juicio de amparo. Una de las manifestaciones específicas de este fenómeno es la alteración de la comprensión, hasta ahora tradicional, de derechos como el relativo a la salud o a la educación. Esto es, a pesar de su consagración textual en la Carta Magna, estos derechos han sido tradicionalmente entendidos como meras declaraciones de intenciones, sin mucho poder vinculante real sobre la acción de ciudadanos y poderes públicos. Se ha entendido que **su efectiva consecución estaba subordinada a actuaciones legislativas y administraciones específicas**, en cuya ausencia los Jueces Constitucionales no podían hacer mucho. Ahora, en cambio, se parte de la premisa de que, aunque en un Estado constitucional democrático el legislador ordinario y las autoridades gubernamentales y administrativas tienen un margen muy amplio para plasmar su visión de la Constitución y, en particular, para **desplegar en una dirección u otra las políticas públicas y regulaciones que deben dar cuerpo a la garantía efectiva de los derechos**, el Juez Constitucional puede contrastar su labor con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte de la normativa y vinculan a todas las autoridades estatales. (El subrayado es propio). Tesis: XV/2011. Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, Agosto de 2011, p. 31.

Lo que se contrapone con lo mencionado por Prieto Sanchís y con el cual concuerdo al hacer mención que cuando la prestación que esas normas imponen al Estados considerada fundamental y se incorpora a la Constitución, esas normas se convierten en normas objetivas de eficiencia directa e inmediata que sirven para justificar leyes ya dictadas y también para escoger significados posibles, en el ámbito semántico, de esas leyes.<sup>380</sup>

Mientras que Biscaretti di Ruffia<sup>381</sup> menciona que las Constituciones suelen consagrar disposiciones directivas o programáticas de acción, a las cuales deberá sujetarse en lo conducente el legislador ordinario, mismas disposiciones que deberán ser observadas por la autoridad administrativa en el ejercicio de sus facultades discrecionales.

No hay que perder de vista tampoco que a decir de Moctezuma Barragán<sup>382</sup>, la inserción constitucional de los derechos sociales no es suficiente por sí misma para la concreción de dichas prestaciones, puesto que depende en gran parte de las condiciones económico-sociales, ya que sin ellas los derechos prestacionales se convertirían en una mera declaración formal.

En la misma línea se pronuncia Ruíz Massieu<sup>383</sup>, cuando menciona que las disposiciones directivas y programáticas a las que pertenece el derecho a la protección de la salud, no se perfeccionan de manera automática y de suyo no cambian la realidad social, por lo cual requiere que el Estado se esfuerce en poner las condiciones para que progresivamente vaya gozando de efectividad.

Antes de continuar resulta pertinente la consideración de Cruz Parceró respecto a los derechos sociales, puesto que este autor señala que es preferible identificar a

---

<sup>380</sup> Al respecto de la obligación que imponen los enunciados constitucionales al Estado en lo que toca a los derechos sociales y la justiciabilidad de estos, Véase Prieto Sanchís, Luis, *Óp. cit.*, nota 363, p. 15- 65.

<sup>381</sup> Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, México, FCE, 1996, p. 537.

<sup>382</sup> Moctezuma Barragán, Gonzalo, *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*, 2ª ed., México, UNAM, 2000, p. 22.

<sup>383</sup> Ruíz Massieu, José Francisco, *Nuevo Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 1983, p. 418, 419.

los derechos sociales con los derechos prestacionales, es decir, con aquellos derechos que 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”<sup>384</sup>.

Por su parte, el ministro Cossío aduce que “la doctrina jurídica mexicana les dio un tratamiento ideológico que en realidad se vio pocas veces traducido en hechos concretos<sup>385</sup>.” Esto debido a que no se intentaban elaboraciones normativas de los derechos sociales, aduciendo que era suficiente con sostener su carácter revolucionario. La realidad es que los derechos sociales no gozaban de carácter normativo, sino que más bien eran las enunciaciones del ideario revolucionario, las que presuponían que iban a realizarse estos derechos por la actuación misma del régimen que lo representaba. Puesto que desde el momento en que la regulación de los derechos sociales era groseramente discrecional para el legislador sus resultados no eran reconocidos como materia del juicio de amparo y no daban lugar a la actuación directa de los órganos del Estado, los mismos podían y debían seguir valiendo más como elemento justificatorio del régimen, que como normas jurídicas en sentido estricto.<sup>386</sup>

No obstante lo anterior, diferimos en su totalidad con el ministro Cossío, ya que si bien es cierto que los derechos sociales, prestacionales o asistenciales son preceptos estéticos 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.

---

<sup>384</sup>Cruz Parceró, Juan Antonio, “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica” en Carbonell, Miguel, Juan Antonio Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM-III, México, 2000, p. 90 y 91.

<sup>385</sup> Véase al respecto Cossío Díaz, José Ramón. *Dogmática constitucional y régimen autoritario*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, Fontamara, México, 1998.

<sup>386</sup> Cossío Díaz, José Ramón, “Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución” en *Estudios Jurídicos en homenaje a Felipe Tena Ramírez*, Porrúa, México, 1999, p. 316.

Así estos imperativos programáticos, se traducen en la obligación del Estado de incorporar en su planeación estratégica las actividades tendientes a instrumentar los derechos asistenciales, como lo es el caso de la protección a la salud.

Estos imperativos programáticos pueden consistir en:

- 1.- El establecimiento de metas, que permitan orientar las acciones legislativas venideras así como los actos de la Administración Pública Federal.
- 2.- Comprometerse a la adopción de determinados instrumentos legislativos.
- 3.- Políticas públicas encaminadas a la satisfacción de estos derechos sociales.

Como lo expresó Soberón en su comparecencia ante el Senado respecto a la iniciativa de la Ley General de Salud, en diciembre de 1983:

"El derecho a la protección de la salud no puede tener cumplimiento automático, pero tampoco puede diferirse tanto que quede encajado en el mundo de las utopías, porque llevaría al desprestigio del régimen que lo promovió y al desencanto del pueblo que confía en sus instituciones"<sup>387</sup>.

Concluyendo así con lo mencionado por Lara Ponte, quien considera que el establecimiento del derecho a la protección de la salud en la Ley Suprema es una declaración en donde convergen garantías individuales y sociales y que para lograr su efectividad necesariamente se necesita de la participación del individuo, la sociedad y el Estado.<sup>388</sup>

---

<sup>387</sup> Véase al respecto la nota 39 en cuanto al proceso legislativo de la adición del derecho a la protección de la salud en el orden constitucional.

<sup>388</sup> Lara Ponte, Héctor, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, 1993, p. 182.



## **El derecho a la protección de la Salud como garantía individual.**

No obstante la visión particularmente social de este derecho, dado más que nada el alcance que reviste la salud pública, este derecho muchas de las veces al no ser materializado a través de las políticas públicas o de estos imperativos programáticos, tuvo a bien evolucionar adquiriendo de manera *sui generis* en el ordenamiento jurídico mexicano, el carácter de garantía individual, con la finalidad de que pudiera ser exigible ante las omisiones previstas tanto por la Administración pública como en la formulación de las normas programáticas.

En primer término, cabe hacer una distinción entre los derechos individuales, como pueden ser los de libertad o propiedad, y los derechos sociales, la cual radica en la actitud 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.<sup>389</sup>

De igual forma, Ariel Rojas Caballero, hace una distinción entre garantías individuales y sociales, consistente en que las primeras “son exigibles por el gobernado en forma directa... y -las segundas- son de eficacia indirecta”.<sup>390</sup>

Como menciona Ruíz Massieu “los derechos individuales imponen al Estado una obligación de no hacer, es decir, le obligan a abstenerse de violarlos, en tanto que los derechos sociales conllevan obligaciones de hacer para el Estado; el Estado debe generar las condiciones necesarias para que el derecho social pueda ejercerse.”<sup>391</sup>

---

<sup>389</sup>Sánchez Cordero De García Villegas, Olga, Óp. cit., nota 365, p. 7

<sup>390</sup>Rojas Caballero, Ariel, *Las Garantías individuales en México*, Porrúa, 2ª ed., México, 2003, p. 582.

<sup>391</sup>Ruiz Massieu, José Francisco, “El contenido programático de la Constitución y el nuevo derecho a la protección de la salud” Óp. cit., nota 303, p. 71.

Burgoa Orihuela menciona que las garantías individuales son las normas jurídicas objetivas, consistentes en una exigencia deontológica que se traduce en un ideal, fincado en la naturaleza humana, y que debe de cristalizarse en su reconocimiento jurídico normativo si el orden de derecho objetivo pretende adecuarse a esta naturaleza.<sup>392</sup>

En este mismo sentido en lo que toca a las garantías individuales, José Gamas advierte que: “la Constitución establece un mínimo de protección a todos los habitantes del país. Son los derechos públicos subjetivos mínimos del individuo... oponibles a todos”.<sup>393</sup>

Con la entrada en vigor de la multicitada reforma al artículo 4º constitucional, México, al señalar dentro de su parte dogmática la inclusión del derecho a la protección de la salud, estableció que ésta se circunscribiera en su ordenamiento jurídico como una garantía individual, la cual se traduce, en la obligación el Estado de realizar en favor del titular de este derecho una serie de prestaciones, las cuales están destinadas a satisfacer una necesidad de índole individual.

Esta inserción constitucional del derecho a la protección a la salud, fue a consecuencia del reconocimiento del mismo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>394</sup>, como un derecho de carácter fundamental.

Derivado de esta adición constitucional, Diego Valadés delimita cuales son los elementos fundamentales que constituyen este derecho como una garantía individual, precisando que estos son:

- La expresión “toda persona”, incluye a nacionales y extranjeros. Esta redacción es acorde con la que sigue, en materia de garantías, el sistema constitucional mexicano.

---

<sup>392</sup>Burgoa Orihuela, Ignacio, Óp. cit., nota 360, p. 179.

<sup>393</sup>Gamas Torruco, José, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 2001, p. 656.

<sup>394</sup>Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

- Al enunciarse el “derecho a la protección de la salud” se incluyen los servicios personales de salud (atención médica preventiva, curativa y rehabilitación) y los de carácter general, o salud pública (que comprenden a la preservación del ambiente).
- La determinación de que una ley regule las formas de acceso a los servicios de salud, implica que solo se trata de los de carácter personal (atención médica)...<sup>395</sup>

Aunado a lo anterior, haciendo una interpretación sistemática de la norma básica mexicana, se infiere que 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 115 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 2 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.

Desde la elevación a rango constitucional del derecho a la protección de la salud ha contribuido de manera fundamental en la consolidación de un mejor sistema nacional de salud, en atención a que es la propia Constitución la que le impone al Estado la obligación de abocarse al cumplimiento de este derecho social<sup>396</sup> que hasta el momento se ha analizado su génesis como tal, “considerándolo de corte pragmático y -que desde principios de la década pasada- la Suprema Corte de

---

<sup>395</sup>Valadés, Diego. Óp. cit., nota 303, p. 145

<sup>396</sup>Sánchez Cordero De García Villegas, Olga, Óp. cit., nota 365, p. 16

Justicia ha tomado en cuenta, aunque ubicándola en la primera generación de los derechos humanos, definiéndolo como una garantía individual.”<sup>397</sup>

### **El Derecho a la salud como “un derecho humano fundamental”**

En un 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 avoca más a las características que debe revertir un derecho en el ordenamiento jurídico para ser considerado como tal.

Atendiendo en primer término a esta cuestión antropológica de la salud, toda vez que la salud es un valor fundamental que antecede a todo planteamiento del hombre, cuyo significado hace posible la vida humana.

Como señalé en un principio, la existencia de este nuevo paradigma: derecho y salud, o bien, derechos humanos y salud, se configura como binomio que surge de la convicción y necesidad de convertir a los derechos humanos en una realidad, de hacerlos realmente eficaces e universales con relación a la salud del hombre, tal vez, el único común denominador de la raza humana, dada la relevancia que implica para la preservación de la condición humana.

Esta nueva propuesta metodológica 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

---

<sup>397</sup>Pérez López, Miguel, *El derecho constitucional a la protección de la salud*, Revista Alegatos, México, UAM, 2001, Septiembre-Diciembre, número 49, p. 191

violación a los derechos humanos, se ampliará la esfera de protección sobre los mismos, además de concederles mayor fuerza en su defensa.<sup>398</sup>

Los derechos humanos y la salud raramente han sido identificados como un binomio correlativo, es decir, que se necesiten y refuercen mutuamente, salvo en algunas excepciones, como es el caso del acceso a la atención de la salud, pero las discusiones sobre la salud raramente han considerado los argumentos sobre los derechos humanos. Esta situación resulta irónica cuando se reflexiona en el entendido de que resulta obvio que un daño a la salud es una manifestación primaria de los derechos humanos, en el caso de la tortura, por ejemplo.

El binomio de derechos humanos y la salud vincula dos tradiciones de naturaleza humanitaria, que en la actualidad empiezan a ser observadas como instrumentos contemporáneos para la consolidación del bienestar del ser humano. Ambos conceptos, con sus independientes ideas, aspiraciones, logros y descubrimientos, han contribuido de diversas maneras a la disminución del sufrimiento del ser humano y al progreso del hombre en sociedad.<sup>399</sup>

Como menciona Muñoz de Alba, hay que estar convencidos que este nuevo paradigma, en donde se une a los derechos humanos y la salud, revolucionará el discurso del medio académico, jurídico, político y económico frente al nuevo milenio. El nuevo discurso, el 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 derechos humanos.<sup>400</sup>

---

<sup>398</sup> Muñoz de Alba Medrano, Marcia Óp. cit., nota 287, p. 56.

<sup>399</sup> Ídem.

<sup>400</sup> Ibídem, p. 57.

## **Implicación de la reforma en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011**

Tras las reformas del 10 de junio de 2011, se introduce al texto constitucional la calidad de derechos humanos a las prerrogativas reconocidas ya originariamente, anteriormente denominados en la misma como garantías, en su parte dogmática, pasando a ser el hombre la consideración axiológica constitucional y las directrices en la protección de las personas así como la mención de las garantías para la protección de dicho reconocimiento fundamental para la dignidad de los hombres:

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

El tema de los derechos humanos está intrínsecamente vinculado con la construcción histórica de la noción de ciudadanía que originalmente significa el disfrute de los derechos políticos y civiles de un segmento limitado de la sociedad.

A lo largo del siglo XX, este segmento se fue extendiendo, gracias a la movilización social de grupos excluidos por razones de género, pertenencia étnica, religiosa o edad y, por otra parte, se amplió el catálogo de derechos subjetivos-

incorporando a los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales- con los cuales un individuo debería contar como partícipe de la comunidad política y de la nación.

En otras palabras, el enfoque de derechos humanos permite hacer hincapié, por una parte, en la persona como portador de derechos inalienables y por otra, le permite valorar la calidad de la democracia al evidenciar un consenso internacional sobre los estándares de bienestar universal para las condiciones de vida de las personas, aplicables en el ámbito social, económico y cultural, necesarios para que cualquier persona pueda participar en el espacio público en condiciones de igualdad.

De esta forma al encontrarse dentro de la Carta Magna el derecho a la protección a la salud y al reconocerse como humanos todos los derechos previstos en la Constitución como tal, este imperativo de protección a la salud adquirió el carácter de derecho humano fundamental.

Tal vez, como señala Dianne Otto, 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 Organización Mundial de la Salud 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 reconocible y exigible, se pueden identificar. Es decir, la salud se construye como un derecho legal y no como un privilegio, producto o resultado del altruismo. Aunque hay mucho por hacer para expresar el contenido de un derecho a la salud, lo que potencialmente esto abre los canales legales para la persecución y la

defensa del derecho, y se extiende el poder del discurso jurídico para la promoción de la salud.

- 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 otras razas y culturas cuya salud se ve afectada por sus posiciones de sometimiento.<sup>401</sup>

---

<sup>401</sup>Otto, Dianne, "Linking Health and Human Rights: A Critical Legal Perspective", en *Health and Human Rights. An International Journal*, Boston, vol. 1, núm. 3, primavera de 1995, p. 272-273.



El derecho a la salud, es un derecho fundamental, de raigambre constitucional, el cual es plenamente exigible.

-Víctor Abramovich y Cristian Courtis-<sup>402</sup>

## **CAPÍTULO SIETE. LA FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD**

En el primer capítulo se señaló que la fundamentalidad podía ser de dos maneras, una metajurídica y una jurídica, el presente apartado se enfoca en esta cuestión, en sí el derecho a la salud se configura como un derecho fundamental, si cumple con todas las características de un derecho fundamental para ser considerado como tal.

Bajo este contexto y con el firme propósito de valorar la justa dimensión del derecho a la protección de la salud como un derecho humano fundamental, en primer lugar, es necesario proporcionar ciertas consideraciones al respecto, dado que en líneas anteriores me he referido a la fundamentalidad o más bien a la necesidad del individuo de contar con este bien humano básico vital que es la salud, es turno de precisar en qué consiste esta palabra en el ámbito legal:

“...son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas.”<sup>403</sup>

<sup>402</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud en la Argentina”, 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, p. 282.

<sup>403</sup> Ferrajoli, Luigi, Óp. cit., nota 228, p. 37.

De tal suerte, entiendo a los derechos fundamentales como el derecho esencial del hombre, que le da esta calidad, propios, inherentes y exclusivos del género humano, de su condición humana, potestades y facultades que le pertenecen y que adquieren el carácter de prerrogativas jurídicas que le son reconocidas por el Estado.

Los derechos fundamentales también deben concebirse como normas objetivas, cuyos principios permean en el resto de componentes del sistema jurídico, orientando e inspirando normas e instituciones pertenecientes al mismo. En razón de ello, incluso la concepción de las figuras jurídicas cuya naturaleza originalmente se había pensado como de derecho privado, puede ser modificada, en virtud de que son parte del sistema jurídico mexicano, y ninguno de los elementos que lo conforman son ajenos al tamiz constitucional.<sup>404</sup>

Rebecca Cook, por otra parte menciona que la legislación en materia de derechos humanos hace una importante distinción entre derechos negativos y positivos. De los dos, los derechos negativos se aplican más fácilmente, ya que obligan a los Estados a hacer nada más que lo permitan los individuos para perseguir sus propias preferencias. Los derechos positivos requieren más de los estados, incluso en algunos casos asciende a la reconstrucción social.<sup>405</sup>

En consecuencia, “el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio”<sup>406</sup>

Es por ello, que no se puede soslayar que bajo la concepción expuesta en la Ley Suprema, los derechos humanos son prerrogativas inherentes al hombre,

---

<sup>404</sup> Argumentos extraídos de los considerandos de la sentencia del amparo en revisión 117/2012 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>405</sup> Cook, Rebecca J., Óp. cit., nota 268, p. 362.

<sup>406</sup> Curtis, Christian, Óp. cit., nota 230, p. 288.

fungiendo como titular de éstas para desarrollarse en su devenir cotidiano y que necesitan estar protegidas por la ley y hacerse valer frente a la autoridad estatal, a efecto de obligarle a respetar los derechos de los gobernados.

Bajo esa tesitura, es patente el hecho de que, para proteger el goce de los derechos humanos consagrados en la Ley de la Unión se deben ejercer ciertas garantías, las cuales fungen como los mecanismos procesales en función de los cuales se podrá ejercer el derecho humano o fundamental.

Por consiguiente, 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, éste es un derecho humano fundamental contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El derecho a la protección de la salud lleva implícito un mecanismo, valga la tautología, de defensa reclamable ante la autoridad y ante los propios gobernados.<sup>407</sup> Basta saber que en el cuarto párrafo del artículo 4 de la Carta magna, se menciona que “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...”, lo que implica la labor activa del estado, de velar por el bienestar de la población.

De la misma manera Ingrid Brena<sup>408</sup> señala que “de acuerdo con el concepto de salud como derecho humano fundamental, la carta de Ottawa destaca determinados prerrequisitos 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 prerrequisitos pone de manifiesto la

---

<sup>407</sup> De igual forma con la publicación de la Ley de amparo el 2 de abril de 2013 además de los recursos previstos en la ley reglamentaria de dicho artículo constitucional, este podrá ser exigible a través del juicio de amparo por normas generales, 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, entre los que de manera indubitable se encuentra el derecho a la protección de la salud, así como con la integración del concepto de interés colectivo, lo cual en el capítulo posterior se abordará con más detalle.

<sup>408</sup> Brena Sesma, Ingrid, *El derecho y la salud. Temas a reflexionar*, México, UNAM-IIJ, serie estudios jurídicos, número 57, 2004, p. 104

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”.

De esta forma se concluye el presente aparatado, por una parte, señalando que una vez regulado a nivel constitucional el derecho humano fundamental de la protección de la salud, 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 prerrogativas constitucionales.<sup>409</sup>

Adicionalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado que el derecho fundamental a la salud posee una doble naturaleza, ya que comparte una función subjetiva y una objetiva, por una parte, la función subjetiva implica la conformación de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, constituyéndose como inmunidades oponibles en relaciones de desigualdad formal, esto es, en relaciones con el Estado. Por otro lado, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales los coloca como principios que orientan las actuaciones de todas las autoridades del Estado –de manera preponderante, los legisladores, los miembros de la administración pública y los impartidores de justicia-.

Entonces, para entender el derecho a la protección de la salud “se hace inminente realizar 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”<sup>410</sup> con la finalidad de realizar de manera adecuada la comprensión y por ende, el entendimiento de este derecho, que conduzca de manera oportuna y eficaz a su tutela.

---

<sup>409</sup>Sánchez Cordero De García Villegas, Olga, Óp. cit., nota 365, p. 22.

<sup>410</sup>Courtis, Christian, Óp. cit., nota 230, p. 283.

La Observación general No. 14<sup>411</sup> del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales define a la salud como “un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.

Cook señala que los derechos humanos en materia de salud requieren que el Estado proporcione servicios de atención de la salud a las personas que no son capaces de obtener o proporcionar por cuenta propia. Estos servicios básicos incluyen las intervenciones quirúrgicas, y las tecnologías médicas. También incluyen medios menos sofisticados, como lo son el suministro de antibióticos de rutina y los anticonceptivos que requieren poco más que el asesoramiento mínimo, enfermería y servicios farmacéuticos.<sup>412</sup>

En efecto, en virtud de su configuración normativa más abstracta y general, los derechos fundamentales unifican, identifican e integran, en un sistema jurídico determinado, a las restantes normas que cumplen funciones más específicas.

Al establecer el derecho a la protección de la salud como derecho humano fundamental, la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas<sup>413</sup>, sin perjuicio de las obligaciones que deban

---

<sup>411</sup>La Observación General puede consultarse en:

[http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CC8QFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.catedradh.unesco.unam.mx%2FSeminarioCETis%2FDocumentos%2FDoc\\_basicos%2F1\\_instrumentos\\_universales%2F5%2520Observaciones%2520generales%2F39.pdf&ei=sbreUvj9HY3voATynYCYAw&usg=AFQjCNFoLUKMfA5vNtORhPsWGPamYHkYew&bvm=bv.59568121,d.cGU](http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CC8QFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.catedradh.unesco.unam.mx%2FSeminarioCETis%2FDocumentos%2FDoc_basicos%2F1_instrumentos_universales%2F5%2520Observaciones%2520generales%2F39.pdf&ei=sbreUvj9HY3voATynYCYAw&usg=AFQjCNFoLUKMfA5vNtORhPsWGPamYHkYew&bvm=bv.59568121,d.cGU)

<sup>412</sup> Cook, Rebecca J., op. cit., nota 268, p. 364

<sup>413</sup> Lo anterior se puede observar en la tesis: “DERECHO A LA SALUD. SU PROTECCIÓN EN EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD. El derecho a la salud, entre varios elementos,

asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la administración pública federal.

En este tenor, tengo a bien considerar al derecho a la protección de la salud como uno de los derechos humanos fundamentales y un sólido eje rector del desarrollo de cualquier sociedad, siendo uno de los cimientos torales sobre los que se erige la eficacia de los diversos instrumentos que impulsan el bienestar de la colectividad, que redundan en una tranquilidad social y consecución de un bien común y cuyos objetivos han sido planteados en primer lugar, como derecho social y posteriormente su ambivalencia como una garantía individual y garantía social hasta su consideración como un derecho humano fundamental.

Asimismo y en atención a que la Carta fundamental del Estado mexicano se encuentra el derecho a la protección a la salud, es de suma necesidad hacerse cargo del estudio del mismo implicando con ello: la introducción en la dogmática jurídica, comenzando por establecer una definición, cuales son los mecanismos operativos de este derecho y cómo hacerlo plenamente eficaz y justiciable en México.

En este sentido, se aduce que ya sean estos mecanismos de protección: garantías individuales o sociales, al hablar del derecho humano a la protección de la salud,

---

comprende: 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, y 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, tal como dispone el legislador ordinario en el artículo 271, segundo párrafo de la Ley General de Salud. Tesis aislada 1a. LXIII/2008, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVIII, julio de 2008, p. 456.

se habla de disposiciones proteccionistas y no abstencionistas, que requieren más que una actitud paternalista del estado sino un entramado normativo de organización y operación, que se traducirán en acciones programáticas.

### **Alcances e implicaciones del derecho a la salud**

Como aducimos en un principio, el derecho a la salud es un derecho inclusivo, que además de poseer un contenido muy amplio, también resulta incluyente y conexo con otros elementos, entre los que destacan indudablemente derechos humanos como la vida, la integridad física, el desarrollo, el bienestar, la seguridad, la estabilidad, la libertad y el trabajo, solo por mencionar algunos.

En el presente apartado han de resaltarse todos estos aspectos en los que está implicado el derecho a la salud, ya sea de manera directa o en cuanto al fin que persigue.

Una de las tesis principales es este medio para un fin, siempre con la vista puesta en el derecho para; siendo aquí donde destaca la importancia de la salud, para que el derecho a la salud: a lo que he de mencionar que la salud es una condición necesaria para el cumplimiento de las expectativas sociales y de aspiraciones personales como lo es el desarrollo y el bienestar. En el preámbulo de la Constitución de la OMS se reconoce que: “La salud de todos los pueblos es fundamental para el logro de la paz y la seguridad”<sup>414</sup>

Hunt enfatiza las implicaciones del derecho a la salud en cuatro elementos:

1. En primer lugar, 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, como el acceso a

---

<sup>414</sup> La Constitución de la Organización Mundial de la Salud fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

agua potable, al saneamiento básico, a condiciones laborales y ambientales saludables así como al acceso a la información y educación relacionada con la salud, incluyendo información sobre salud sexual y reproductiva

2. .En segundo lugar, el derecho a la salud contiene tanto las libertades y derechos: las libertades incluyen el derecho a controlar su salud, incluyendo el derecho a ser sometido a tratamiento médico no consensual y experimentación. Derechos incluyen el derecho a un sistema de protección de la salud (por ejemplo, cuidado de la salud y los determinantes subyacentes de la salud) que proporciona igualdad de oportunidades para las personas a disfrutar de máxima alcanzable de salud.
3. 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. Estas obligaciones inmediatas figuran las garantías de igualdad de trato y no discriminación, así como la obligación de tomar deliberada, concreto y pasos dirigidos hacia la plena realización del derecho a la salud, tales como la preparación de un plan de acción y estrategia nacional de salud pública. 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.
4. En cuarto lugar, 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. Por ejemplo, los Estados están obligados a respetar el disfrute del derecho a la salud otras jurisdicciones, para asegurar que ningún acuerdo internacional o la política tiene un impacto adverso sobre el derecho a la salud, y para asegurarse de que sus representantes en organizaciones internacionales tengan en cuenta el derecho a la salud, así como la



obligación de asistencia internacional y cooperación, en materia de formulación de políticas de todo.<sup>415</sup>

Otra de las implicaciones del derecho a la salud es el acceso a los medicamentos, ya que como tal, este aspecto es un componente del derecho a la salud, toda vez que el derecho a los medicamentos esenciales no depende sólo de la producción, distribución, y precios de medicinas, sino también en los incentivos para la investigación y desarrollo de medicamentos necesarios para el tratamiento de las enfermedades en los países en desarrollo, en funcionamiento los sistemas de salud, así que esos medicamentos son parte de un sistema racional de tratamiento de la calidad y la atención<sup>416</sup>

El grupo de desarrollo de las Naciones Unidas define "acceso" en este contexto como "tener medicamentos continuamente disponibles y accesibles en los establecimientos de salud públicos o privados o salidas de medicina que están dentro de caminar de una hora las viviendas de la población."<sup>417</sup>

Este componente está previsto dentro del acceso a los servicios de salud, ya que es un requisito previo para la realización de ese derecho. En este orden de ideas, la Declaración de Montreal, define a los medicamentos esenciales como "aquellos que satisfacen las necesidades de salud prioritarias de la población, teniendo en cuenta la relevancia de la salud pública, basados en criterios de calidad, eficacia y seguridad. En este sentido, se afirma que los medicamentos se convierten en una necesidad vital para el tratamiento.

Por otra parte, otro de los componentes del derecho a la salud, es el derecho al acceso al agua, considerada ésta como un recurso natural limitado y un público bien fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es

---

<sup>415</sup>Hunt, Paul, *The UN special reporter on the right to health: Key Objectives, Themes, and Interventions, Health and Human Rights. An International Journal*, Boston, vol. 7, núm. 1, 2003, p. 1-27.

<sup>416</sup> Marks, Stephen, *Access to Essential Medicines as a Component of the Right to Health en Realizing the right to health*, ed. Andrew Clapham y Mary Robinson, Rüffer& Rub, Suiza, 2009, pp. 80-81.

<sup>417</sup> *Ibíd*em, 86.

indispensable para llevar una vida en dignidad humana. Es un prerrequisito para la realización de otros derechos humanos".

Trabajar para la realización progresiva de los derechos humanos relacionados con la salud y los elementos necesarios se propone mejorar los grupos acceso a servicios de salud esenciales para la defensa del marginado, incluyendo a través de sistemas caracterizados por una adecuada y equitativa financiación sanitaria y distribución de la atención confiable de la salud; ampliar el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva para todos; y garantizar el derecho de todos los grupos de la sociedad a participar en el diseño, implementación y seguimiento de las políticas de salud, los programas y la legislación.<sup>418</sup>

El derecho a la salud mental también forma parte del derecho a la salud, esta consideración abarca la relación entre complejos e interrelacionados de la salud mental y salud física y entre el derecho a la salud mental y otros derechos humanos. Por consiguiente, la salud mental se compone de un componente integral de salud y bienestar general.<sup>419</sup>

### **Inclusividad y conexidad del derecho a la salud**

En el apartado anterior, se observó como este derecho ha ido progresando en cuanto a su naturaleza jurídica, comenzando como una garantía social derivado de los tiempos revolucionarios con motivo del reclamo de un pueblo explotando clamando por justicia social, lo cual se materializó en la positivización del mismo en la Constitución del 17 como ya se mencionó, este derecho fue subjetivándose hasta considerarse como una garantía social, insertada por compromisos internacionales en la piedra jurídica angular de este país, la Constitución, hasta derivar en un derecho humano fundamental que tiene como eje el valor de la persona. Sin embargo esta evolución fue abordada estrictamente en cuanto a la

---

<sup>418</sup>Riedel, Eibe, *The Human Right to Health: Conceptual Foundations*, Óp. cit., nota 416, pp. 21-38.

<sup>419</sup>Gable, Lancey Gostin, Lawrence O., *Ibídem*, 151, pp. 249-261.

naturaleza jurídica de esta prerrogativa y no en cuanto al contenido y las implicaciones del mismo.

Tan importante resulta la progresividad que la Observación General No. 14, cita que realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita eficazmente posible hacia la plena realización del derecho a la salud. Lo cual a su vez encuentra de manera implícita la presunción de la prohibición de las medidas regresivas relacionadas con el ejercicio de este derecho.

Me adentraré en el análisis de la progresividad del contenido del derecho a la protección a la salud, es decir, sus implicaciones y sus finalidades así como la conexidad con otros derechos humanos, concluyendo que el derecho a la salud resulta ser un derecho inclusivo y que resulta fundamental para el desarrollo humano, ya que el mismo forma parte del mínimo vital de todos los individuos a una vida digna.<sup>420</sup>

## **Inclusividad**

Desde hace mucho tiempo el Derecho internacional de los derechos humanos ha vinculado el derecho a la salud a otros derechos humanos, entre ellos: los derechos a la alimentación, vivienda, trabajo, educación y protección social, enmarcándolos como la nueva meta de la salud para toda la humanidad, un derecho integral para todos debe incluir todos estos vínculos esenciales.

---

<sup>420</sup> Véase, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, en el anexo de la Resolución 44/25, del Cuadragésimo Cuarto periodo de sesiones, de 1989, lo dispuesto en el artículo 24, del que se desprende que la atención médica incluye también a la atención dental. Este derecho resulta inclusivo ya que no solamente abarca la atención médica oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso a agua potable, saneamiento adecuado, un suministro adecuado de alimentos inocuos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada así como condiciones laborales y ambientales saludables, el acceso a la educación relacionada con la salud y la información, incluida la salud sexual y reproductiva, y la ausencia de discriminación.

El informe de la consulta temática Global de salud propone "Maximizar vidas saludables" reconociendo que "un buen estado de salud se determina, no sólo por la prevención y tratamiento de la enfermedad, sino también por muchos otros aspectos de desarrollo, entre éstos educación, igualdad de género, energía sostenible, nutrición, agua y saneamiento, adaptación y mitigación del cambio climático" así como las metas en estas áreas relacionadas con la salud para abordar los determinantes subyacentes de la salud, lo cual viene a configurarse como el segundo componente del derecho a la salud.<sup>421</sup>

Por lo que este derecho se traduce más allá de este paternalismo de una vida saludable, se observa como el compromiso básico por parte de todos para garantizar que todas las áreas interconectadas que contribuyen a la salud coadyuven en el ejercicio de sus atribuciones en cuanto a que estos factores no representen riesgos o daños a la salud de la población.

De manera frecuente, se asocia únicamente al derecho a la salud con el acceso a la atención sanitaria y a la construcción de hospitales, lo cual forma parte del mismo. No obstante el derecho a la salud es algo más, este derecho comprende un amplio conjunto de factores que pueden contribuir a una vida sana, estos llamados "factores determinantes básicos de la salud"<sup>422</sup> 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.

---

<sup>421</sup> Health in the post-2015agenda, Report of the Global Thematic Consultation on Health, April 2013.

Disponible en: <http://www.worldwewant2015.org/health>

<sup>422</sup> Muchas de estas y otras importantes características del derecho a la salud se abordan con mayor amplitud en la Observación general N° 14 (2000) sobre el derecho a la salud, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Véase la nota 14.

Aunque la salud de todos los sectores de la población es afectada por las condiciones de pobreza, por un ambiente insalubre e inseguro, junto al incremento de la violencia, los grupos más vulnerables y marginados sufrirán siempre la mayor parte de la pobreza y el hambre. Como cuestión prioritaria, los Estados deben abordar las causas fundamentales que atentan contra el disfrute del derecho a la salud con el fin de promover el bienestar y la seguridad de la población entera.<sup>423</sup>

Lucia Montiel al intentar resumirla Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas respecto a los determinantes básicos de la salud, señala que éstos se pueden definir en dos ámbitos:

1. **Determinantes básicos para la salud.** Esto incluye políticas públicas de prevención, de difusión y promoción, de saneamiento público, de cuidado del medio ambiente y de salubridad, para enfrentar y prevenir enfermedades epidémicas, endémicas y de otra índole, como pudiera ser:

- a) Condiciones sanitarias del entorno: Esto es, agua potable, drenaje, alcantarillado, pavimentación, etc.
- b) Condiciones biológicas: Epidemias, principales causas de muerte, expectativa de vida, enfermedades nuevas, etc.
- c) Condiciones socioeconómicas: nutrición, vivienda, condiciones laborales sanas, drogadicción, alcoholismo, enfermedades relacionadas con la pobreza, etc.
- d) Condiciones ecológicas: Emisión de contaminantes, contaminación del agua, cuidado de los recursos naturales, etc.
- e) Acceso a la educación y a la información, sobre cuestiones relacionadas con la salud.
- f) Condiciones de violencia y conflictos armados

---

<sup>423</sup> Wilson, Giovanni Jiménez Barbosa, *El derecho a la salud. Una búsqueda inacabada para la sociedad colombiana*, Revista Escuela de Administración de Negocios, núm. 67, septiembre-diciembre, 2009, pp. 107-120.

**2. El cuidado de la salud.** Esto incluye los servicios de salud que se prestan (materiales y humanos), las políticas públicas que se adoptan para afrontar la enfermedad y sus efectos sobre los individuos, como son:

- a) Sistemas de salud: Elementos materiales y humanos necesarios para la atención de la salud (hospitales, clínicas, medicamentos, profesionales de la salud, seguros en caso de enfermedad, invalidez y/o vejez etc.)
- b) Políticas públicas encaminadas al cuidado de la salud: Programas mixtos, públicos, privados, porcentaje de recursos económicos del estado, destinados a la salud, etc.<sup>424</sup>

Derivado de lo anterior, es de resaltarse que con la creación y fortalecimiento del derecho humano a la protección de la salud es posible asegurar el desarrollo humano, la reducción de la pobreza, la prosperidad económica, la mejora de la calidad de la salud de los individuos y de las poblaciones, así como a disfrutar el derecho al más alto nivel posible de salud, por lo que se está ante un derecho inclusivo en cuanto a su objeto a tutelar.

Ahora bien, la inclusividad también se puede ver desde la titularidad de los derechos, en el entendido de que el derecho a la protección de la salud es un derecho de todos y no de unos cuantos como podría señalarse de los derechos a la participación política que se encuentran reservados o privilegiados para los ciudadanos y no para todo hombre en cuanto a su condición humana; basta señalar que este derecho no hace distinciones al señalar tanto el artículo 1º como el 4º el calificativo de todas las personas, no importando para ello su condición social, económica, su género, su edad, su nacionalidad, su religión, sus preferencias sexuales. Por lo cual este derecho se revela como un derecho incluyente en cuanto a los sujetos que protege, o sea, se muestra como un aspecto importante en el desarrollo y bienestar de los individuos.

---

<sup>424</sup>Montiel, Lucía, "Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria", en Revista IIDH, San José de Costa Rica, núm. 40, julio-diciembre de 2004, pp.297-298.

Es por ello que una parte vital de este proceso evolutivo de la humanidad ha sido gracias a una comprensión más profunda del derecho al más alto nivel posible de salud, derivado de la fuerte correspondencia entre la salud y los Derechos Humanos.<sup>425</sup>

En este mismo tenor, el Pleno de esta Suprema Corte se ha pronunciado al respecto en la tesis aislada:

**“DERECHO A LA SALUD. NO SE LIMITA AL ASPECTO FÍSICO, SINO QUE SE TRADUCE EN LA OBTENCIÓN DE UN DETERMINADO BIENESTAR GENERAL”** la cual menciona que el referido derecho, contenido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y reconocido en diversos tratados internacionales suscritos por México, no se limita a la salud física del individuo, es decir, a no padecer, o bien, a prevenir y tratar una enfermedad, sino que atento a la propia naturaleza humana, va más allá, en tanto comprende aspectos externos e internos, como el buen estado mental y emocional del individuo. De ahí que el derecho a la salud se traduzca en 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, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica.<sup>426</sup>

Así como en la tesis:

**“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**

---

<sup>425</sup> Hunt, Paul y Gumilla Backman, “Health Systems and the Right to the Highest Attainable Standard of Health” en *Health and Human Rights. An International Journal*, Boston, vol. 10, núm. 1, 2008, p. 82.

<sup>426</sup> Tesis P. LXVIII/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 6.

**HUMANOS.”** En el que dicho Tribunal señaló que el derecho a la protección de la salud previsto en el citado precepto constitucional tiene, entre otras finalidades, la de garantizar el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan las necesidades de la población, y que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad. Así, lo anterior es compatible con varios instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que destacan el apartado 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala 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; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que 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; y el artículo 10 del 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. En ese sentido y en congruencia con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y no sólo como el derecho a estar sano. Así, el derecho a la salud entraña libertades y derechos, entre las primeras, la relativa a controlar la salud y el cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, torturas, tratamientos o experimentos médicos no consensuales; y entre los



derechos, el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. Asimismo, la protección del derecho a la salud incluye, entre otras, 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; vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios; 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; de ahí que el derecho a la salud 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.<sup>427</sup>

De lo anterior, se observa que el derecho a la protección a la salud, abarca mucho más que estar sano, es decir, la ausencia de enfermedad sino que esta garantía resulta fundamental e indispensable para el ejercicio de diversos derechos humanos dada la conexidad de éstos con la salud, ya que es muy complicado estar en posibilidades de materializar de manera efectiva derechos como la vida, la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación y el trabajo por mencionar algunos, sin contar con un bienestar general, el cual se traduce en un adecuado estado físico, mental, emocional y social del individuo, del que deriva un derecho fundamental más, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica tendientes a alcanzar el más alto nivel posible de salud.

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

---

<sup>427</sup> Tesis: 1a. LXV/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXVIII, Julio de 2008, p. 457.

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.<sup>428</sup>

Como acertadamente señala Lara Ponte, la protección de la salud solo es factible "en la medida del aseguramiento de otros derechos asistenciales básicos asociada a ella, como el derecho a la vivienda, la alimentación y la educación"<sup>429</sup>

Por su parte en la Observación general No 14 se aduce 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."<sup>430</sup>

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 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.

---

<sup>428</sup> Cook, Rebecca J., op. cit., nota 268, p. 364

<sup>429</sup> Lara Ponte, Héctor, Óp. cit., nota 388, p. 182

<sup>430</sup> Observación General No 14.

## Conexidad

En lo que cabe a la conexidad de este derecho y de casi todos los derechos, se hace hincapié que en un marco de derechos humanos existe la interdependencia de los derechos humanos y, en consecuencia, proporciona un mecanismo para insistir en que el derecho a la salud no puede lograrse al margen de la consecución de todos los demás derechos humanos fundamentales, es decir, un multifacético y coordinado enfoque es esencial para "disfrute del más alto nivel posible de salud" para convertirse en una realidad global. En este punto de vista, es inaceptable que las políticas y prácticas que se desarrollarán en forma aislada de otros aspectos de la vida de las personas de salud.<sup>431</sup>

Asimismo, llego a observar cómo se da esta progresividad del derecho a la protección de la salud, es decir, en que radica la amplitud y conexidad de este derecho humano con otros derechos.

Fundamentalidad que en diversas tanto en resoluciones nacionales como internacionales se ha manifestado, tal es el caso de la sentencia N° 4423-93 de la Sala Constitucional de Costa Rica, donde se señala:

“...la búsqueda de soluciones efectivas a los complejos problemas de salud debe extenderse más allá del intento de reducir el riesgo de enfermedad y muerte. Las condiciones que es preciso mejorar para que las personas puedan realizarse al máximo, tanto física como intelectualmente, comprenden desde la protección del ambiente, salud ocupacional y vivienda decente hasta la atención materno infantil, protección a los alimentos, buenas prácticas nutricionales y educación sanitaria...

La salud se considera, entonces, como el resultado del desarrollo orientado hacia las necesidades de la población y, como tal, es indispensable para mejorar los indicadores básicos de desarrollo...”<sup>432</sup>

---

<sup>431</sup> Otto, Dianne, Óp. cit., nota 401, p. 273.

<sup>432</sup> La sentencia conducente puede visualizarse en:

<http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Sentencias/1993/93-04423.htm>

Otro antecedente de esta progresividad se encuentra en la Sentencia T-177/99 proveniente de la Corte Constitucional Colombiana, en la que vierte los siguientes argumentos al respecto:

“... el derecho a la salud viene a compartir el carácter fundamental y a integrar el poder indispensable para exigir su cumplimiento al Estado que debe acudir en ayuda del afectado, titular de un derecho subjetivo, por cuya virtud, la infraestructura servicial de que se disponga atenderá prioritariamente tan urgente requerimiento.

La Corte ha precisado que a nivel teórico 'el estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática la cual luego tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en tanto y en cuanto, se creen elementos que concedan eficacia a la posibilidad de exigir la obligación estatal de ejecutar la prestación...

El derecho a la salud es un derecho complejo, que se compone, cuando menos, de dos dimensiones distintas. En primer lugar, todas las personas tienen derecho a que su salud no resulte afectada por actuaciones arbitrarias de terceros. Se trata de una dimensión negativa cuya protección inmediata no exige, normalmente, la intervención del juez en ámbitos propios de otras autoridades públicas. La orden judicial se destina simplemente a exigir el cumplimiento de claros deberes de abstención. Si la actuación de un particular o del propio Estado vulnera el derecho a la salud de alguna persona y, por conexidad, afecta o amenaza otros derechos fundamentales, nada obsta para que la acción de tutela proceda. El derecho a la salud tiene también una dimensión positiva o prestacional. En efecto, las personas no sólo deben tener derecho a que nadie perjudique su integridad personal, sino a ser atendidas en aquellos casos en los cuales sufren de una dolencia que afecta su salud. No obstante, 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.”<sup>433</sup>

Esto muestra por una parte la complejidad de la tutela de este “derecho subjetivo” así como la preocupación por la progresividad y la plena materialización de este derecho a la protección de la salud, dicha justiciabilidad tiene una trascendencia internacional, debido a que 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.

En este entendido, se tiene que este derecho a la protección de la salud, tiene distintos matices, en el entendido de que así como establece obligaciones a cargo del Estado, éste también obliga a los particulares, un ejemplo de ello serían los establecimientos médicos privados en los cuales se establece la obligación de proporcionar un servicio de urgencia a cualquier persona que lo requiera con independencia de que pueda o no pagarlo.

En caso de que el afectado no tenga recursos económicos para permanecer en el hospital o clínica privados, la obligación del establecimiento se limita a estabilizar a la persona, proporcionar los medicamentos que necesite en lo inmediato y procurar su correcto traslado a una institución pública. Si no lo hiciera se podría

---

<sup>433</sup> La sentencia aludida versa sobre un paciente con VIH, a quien en un principio le negaron la atención médica debido a que esto no contaba con los recursos económicos para costear el tratamiento, no obstante ello, el paciente reintentó y finalmente lo aceptaron bajo la condición de que el 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, es por ello que acudió a los tribunales alegando la violación a su dignidad y al derecho a la salud, entre otros. La resolución se encuentra disponible en:[http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=19&ved=0CF0QFjAIOAO&url=http%3A%2F%2Fnetwork.idlo.int%2Fhealth%2Fslam%2FLibrera%2FSENT%2520T-177-99-IH%2520SIDA-sisben-gasto%2520p%25C3%25BAblico-justicia%2520social.doc&ei=KdXOUTbUEYz1oASx\\_oLWAQ&usg=AFQjCNEh86Jz-EBrvXx743Xw6eBox30pbw](http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=19&ved=0CF0QFjAIOAO&url=http%3A%2F%2Fnetwork.idlo.int%2Fhealth%2Fslam%2FLibrera%2FSENT%2520T-177-99-IH%2520SIDA-sisben-gasto%2520p%25C3%25BAblico-justicia%2520social.doc&ei=KdXOUTbUEYz1oASx_oLWAQ&usg=AFQjCNEh86Jz-EBrvXx743Xw6eBox30pbw)

configurar el delito de omisión de auxilio que establecen los distintos códigos penales que rigen en la República.<sup>434</sup>

También obliga al Estado a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de este derecho.

### **Principios adyacentes del derecho a la salud**

Esta parte deviene de concebir al derecho a la salud como un derecho humano, puesto que entre las características que he referido que se encuentran implícitas en los derechos humanos están los principios de No discriminación, de Progresividad, de No regresividad, de Publicidad, de Transparencia y Acceso a la Información, entre otros.

Además del contenido esencial del derecho a la salud, es necesario tomar en cuenta dos de los principios adyacentes de esta protección de la salud, consistentes en la prohibición de discriminación y en la igualdad.

En este sentido, Sofia Gruskin señala que el principio de la no discriminación es la llave del pensamiento y de la práctica de los derechos humanos, señalando que bajo el derecho internacional de los derechos humanos todas las personas deben de ser tratadas por igual y en igualdad de oportunidades, aduciendo que la discriminación es una grave violación a las obligaciones de los estados en materia de derechos humanos. Esta discriminación se da cuando mediante esta distinción a las personas, deriva en un trato injusto o injustificado.

---

<sup>434</sup>Carbonell Sánchez, Miguel, *Ley General de Salud y disposiciones complementarias*, 2ª ed., Porrúa, México, 2007, p. VIII.

En consecuencia, las responsabilidades de los gobiernos en lo que respecta al derecho a la salud deben realizarse sin distingo alguno, asegurando una protección similar a todos los individuos, lo cual no significa que se puedan establecer diferencias, pero éstas últimas deberán ir siempre acompañadas de criterios razonables y objetivos.

Estas implicaciones del derecho a la salud, como lo son las pretensiones intrínsecas de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, calidad y sobre todo esta visión de no discriminación han sido objeto de interpretación del Pleno de la Corte Constitucional mexicana, señalando que esta determinación en cuanto a su plena determinación debe hacerse en igualdad de circunstancias, es decir, sin distinción alguna en cuanto al 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 dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar el derecho a la salud.

Por lo que el párrafo cuarto del artículo cuarto constitucional es muy claro en este tenor al señalar la conjunción “toda persona” tiene derecho a la protección de la salud, ya que de este modo en el enunciado constitucional se arriba a la conclusión de que este acceso a los servicios de salud debe ser universal y en igualdad de condiciones.

### **No discriminación**

Este principio 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 protección, atención y cuidado de la salud.

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 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”<sup>435</sup>

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.

## **Progresividad**

Este principio señala que aún en situaciones de escasos recursos, o un mal funcionamiento de las instituciones de salud, el Estado debe hacer esfuerzos, inclusive a través de la cooperación internacional, para avanzar —y no derogar o menguar de ninguna manera y en ningún caso— el disfrute del derecho a la salud como lo es la protección de la salud, la atención médica, incluyendo el arrendamiento de vivienda adecuada y sus elementos constitutivos así como toda

---

<sup>435</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 2106 A del 21 de diciembre de 1965.



aquella disminución de los derechos constitucionales en el marco organizativo del sistema de seguridad social.

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*.

### **No regresividad**

Este principio 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.

Al igual que el principio de progresividad, está la prohibición de no regresividad, los cuales se configuran 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.

## **¿Para qué sirve la titularidad del derecho a la salud?**

La premisa fundamental sobre la titularidad de los derechos se centra en los tres elementos que ya se han considerado previamente como lo son: el sujeto titular, el sujeto obligado y desde luego el bien que se encuentra de por medio en esta relación, que en suma vendría a ser el derecho a algo.

Ahora bien, como ya he dicho, no basta solamente esta relación trídica sino que se necesita también tener un fin, un propósito, es decir, en que se traduzca que yo sea poseedor de un derecho a la salud frente a terceros, llámese Estado, sociedad o un tercero.

Esta revaloración de la utilidad de los derechos lleva a pensar que no son derechos per se sino que tienen un trasfondo ético y en consecuencia objetivos a alcanzar por parte de los individuos.

En este sentido, cabe señalar que si bien los derechos civiles y políticos tienen su máxima amplitud en lograr que los individuos sean libres y autónomos para poder elegir a sí su plan de vida, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre los que se encuentra inmerso el derecho a la salud, se traducen en dos cuestiones, una es el máximo nivel de bienestar en todos los aspectos y dos que los individuos tengan la oportunidad de alcanzar su desarrollo.

En lo que refiere al primer propósito del derecho a la salud, el mismo se encuentra contemplado en la definición de la OMS, lo cual vendría a generar serias dudas porque o es un elemento o es un fin en sí mismo, ya que no se puede señalar que el bienestar físico, mental y social es un elemento sino más bien un fin, ya que los elementos son los servicios de salud, los determinantes básicos para que las personas puedan llevar una vida sana, lo cual traerá consigo un bienestar en todos los aspectos del ser humano.

En lo que toca al otro fin a perseguir, está el hecho de que el derecho a la salud se encuentra sumamente vinculado y redireccionado al desarrollo humano, esto en atención a que al contar con toda esta gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios que le proporcionan a los sujetos un estado de bienestar, es más fácil poder desarrollarse en todos los ámbitos que al verse privado de las mismas.

Una muestra de ello es el artículo 8 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo donde se señala que “los Estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos.”

El logro consistente en alcanzar altos niveles de salud y contemplar la prestación de servicios de protección sanitaria para toda la población, de ser posible en forma gratuita se configura como uno de los objetivos del progreso y el desarrollo en lo social, debiendo encaminarse a la continua elevación del nivel de vida tanto material como espiritual de todos los miembros de la sociedad, dentro del respeto y del cumplimiento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, meta plasmada en el artículo 10 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social.

El derecho a la salud se torna así indispensable para poder ejercer otros derechos. No es posible, por ejemplo, ejercer el derecho a la educación universal si no se tiene una buena salud, o el derecho al trabajo si uno se encuentra enfermo puesto que las labores podrían ser aún más perjudiciales para los trabajadores o que decir de la vivienda, si uno no la puede disfrutar si se encuentra en cama por una aflicción a su salud.

La plenitud del derecho a la salud establece las condiciones que habilitan el cuidado de este bien fundamental para la conservación de la existencia y para la obtención de cierta calidad de vida.

Otro de los objetivos de la salud, consiste en alcanzar la justicia social y el desarrollo integral de la sociedad es tarea y meta del Estado y se logra cuando se cumplen las condiciones para garantizar los derechos de los individuos y de las comunidades.

De igual manera este acceso a bienes, servicios y oportunidades, sirve para satisfacer necesidades de salud, es un derecho humano fundamental, clave para el disfrute de otros derechos. Desde el punto de vista social, es condición para el desarrollo humano y la cohesión social; desde el punto de vista económico, es esencial para la productividad.

Otros objetivos podrían beneficiarse también de ser enmarcado el derecho a la salud como derecho humano es que su satisfacción posibilitaría la gobernabilidad y una construcción más democrática y justa de la sociedad.

Finalmente, todos los derechos humanos y en especial el derecho a la salud se constituyen como herramientas para salvaguardar la seguridad nacional.

Por lo que en una realidad pragmática los derechos son vistos como instrumentos jurídicos de defensa, bienestar y desarrollo de las libertades positivas y negativas de la persona, de los bienes humanos básicos garantizados a través de los diversos mecanismos institucionales para su implementación y desenlace efectivo, entre cuyos bienes destaca la salud.

La salud también influye en los sectores económicos, sociales y culturales, esto en razón, de la escasa productividad que una persona enferma da, o los pocos ingresos que puede tener una persona enferma y ni qué decir de los gastos que se

tienen que realizar para procurar un mejor estado de salud; en cuestión social se pueden causar contagios masivos que conlleven a pandemias y epidemias, tal y como la historia de la peste y en la actualidad el ébola lo ha demostrado, poniendo a temblar a sociedades completas y ni qué decir de los aspectos culturales que pueden quedar en el olvido al desaparecer enfermedades a pueblos enteros. Es por ello, que se necesita voltear a ver al derecho a la salud, a comprender cuáles son sus alcances e implicaciones, a que conlleva un buen estado físico, mental y social y sobre todo, cómo es que se consigue.

### **Reportes en salud e Indicadores sobre el estado que guarda la misma**

Como cierre del presente capítulo, no hay que dejar desapercibido el estado en el que se encuentra la salud en el país, para lo cual es importante la medición realizada en cuanto al cumplimiento de este caro y preciado derecho, ya que para estar en posibilidades de hablar de una óptima eficacia y efectividad de todas aquellas acciones legislativas, administrativas y judiciales realizadas esto debe de traducirse en estadísticas que permitan evaluar los mecanismos de protección, promoción y salvaguarda de este derecho humano fundamental.

### **Reportes**

En abril de 2002, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ONU) estableció un nuevo "procedimiento especial" acerca de la relatoría especial de la ONU sobre el derecho a la salud, a cargo de Paul Hunt, en el cual dicho autor expone su visión para los objetivos, temas e intervenciones clave a procurar en el transcurso de su mandato como Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible.

En este estudio se incluyeron tres objetivos primarios: impulsar y alentar a otros a promover el derecho a la salud como humano fundamental; aclarar los contornos y el contenido del derecho a la salud e identificar practicas positivas para poner en

operación el derecho a la salud a niveles comunitario, nacional e internacional, asimismo se contemplaban en esta relatoría las formas en que se debían abordar dichos temas.

Para poder desempeñar esta valoración se debe contar con una metodología en materia del derecho humano a la protección de la salud, la cual ha sido proporcionada por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Algunas de estas estadísticas vitales, son presentadas a través de distintos indicadores sobre el derecho a la salud en México, tales como: la tasa de quejas presentadas por deficiencias en la atención médica, el gasto público en salud como proporción del Producto Interno Bruto, la relación de mortalidad fetal, la razón de mortalidad materna por 100 mil niñas y niños nacidos vivos en lo que refiere a la salud sexual y reproductiva; Cobertura de vacunación en menores de cinco años, Esquema completo de vacunación en niñas y niños menores de 1 año, Tasa de mortalidad infantil por cada 1 000 nacimientos en cuanto a la mortalidad infantil y atención de la salud; Porcentaje de ocupantes en viviendas particulares con disponibilidad de drenaje, Emisiones de CO<sub>2</sub> per cápita, Riesgos de trabajo por cada 100 trabajadores en lo referente al entorno natural y del trabajo; Porcentaje de población cubierta por programas de concientización sobre la transmisión de enfermedades, Porcentaje de población mayor a 1 año cubierta contra enfermedades prevenibles por vacunación, Porcentaje de casos de enfermedades detectadas y curadas en el caso de la prevención, tratamiento, y control de enfermedades; Gasto público en salud por año por habitante (pesos constantes), Médicos/as por cada 1 000 habitantes, Camas censables por cada 1 000 habitantes, Porcentaje de la población derechohabiente, Porcentaje de personas cubiertas por un seguro de gastos médicos y la esperanza de vida tratándose de la accesibilidad a centros de salud y medicamentos esenciales, mismos indicadores ilustrativos que fueron propuestos por la ONU sobre el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental.

En el caso de México, se presentan 64 indicadores de proceso y de resultado en materia de salud, entre los que se encuentran la proporción de asuntos recibidos en la CONAMED por inconformidades médicas, las quejas sobre el derecho a la protección de la salud, recibidas en los organismos públicos de derechos humanos, el gasto público en salud como porcentaje del Producto Interno Bruto, el gasto público total en salud como porcentaje del gasto total en salud el porcentaje del gasto corriente monetario trimestral de los hogares en cuidados de la salud respecto al gasto corriente total por deciles de hogares; el porcentaje de nacimientos atendidos por personal especializado, el promedio de consultas prenatales por embarazada, la relación de mortalidad fetal, el porcentaje de niñas y niños nacidos vivos con bajo peso al nacer, la relación de mortalidad perinatal, la razón de mortalidad materna por 100 mil nacidos vivos, el porcentaje de muertes maternas atendidas por personal especializado para el caso de salud sexual y reproductiva; el porcentaje de cobertura completa con esquema básico de vacunación en menores de 5 años de edad, el porcentaje de cobertura completa con esquema básico de vacunación en menores de 1 año de edad, la tasa de mortalidad infantil por cada 1 000 nacimientos, la tasa de mortalidad de menores de 5 años, por cada 1 000 nacidos vivos en lo que conlleva a la mortalidad infantil y atención de la salud; el porcentaje de ocupantes en viviendas particulares con disponibilidad de agua entubada dentro de la vivienda o el predio, el porcentaje de ocupantes en viviendas particulares con disponibilidad de drenaje conectado a la red pública o fosa séptica, las emisiones de CO<sub>2</sub> per cápita, la generación de residuos sólidos urbanos, el número de casos relativos a afectaciones al entorno natural consignados ante un juez, las defunciones por riesgos de trabajo por cada 10 mil trabajadores bajo seguro de riesgo de trabajo cuando se refieran al entorno natural y del trabajo; el número de defunciones de VIH/SIDA por cada 100 mil habitantes, la tasa de mortalidad por tuberculosis por cada 100 mil habitantes, el porcentaje de población de 12 a 65 años de edad que usa drogas ilegales, la tasa de mortalidad por diabetes mellitus, la tasa de mortalidad por infecciones respiratorias agudas en menores de 5 años en lo concerniente a la prevención,

tratamiento y control de enfermedades y finalmente se contemplan los indicadores para la accesibilidad a centros de salud y medicamentos esenciales, entre los que destacan el gasto público en salud per cápita, los Médicos/as en contacto con el/la paciente por cada 1 000 habitantes, las Unidades médicas por cada 1 000 habitantes, las camas censables por cada 1 000 habitantes, el porcentaje de la población con alguna forma de aseguramiento médico y la esperanza de vida.

Los indicadores anteriores se han configurado en tres tipos: estructurales, de proceso y de resultados.

**Indicadores estructurales:** Los indicadores estructurales reflejan la ratificación y adopción de instrumentos jurídicos y la existencia de mecanismos institucionales básicos que se consideran necesarios para facilitar la realización de un derecho humano. Reflejan el compromiso o la intención del Estado de adoptar medidas para hacer efectivo ese derecho. Los indicadores estructurales deben, ante todo, centrarse en la naturaleza de las leyes nacionales aplicables al derecho de que se trate –es decir, indicar si han incorporado las normas internacionales– y en los mecanismos institucionales que promueven y protegen las normas. Los indicadores estructurales deben también reflejar las políticas y las estrategias del Estado pertinentes a ese derecho.

**Indicadores de proceso:** Reflejan todas las medidas (programas públicos e intervenciones concretas) que un Estado está adoptando para materializar su intención o su compromiso de alcanzar los resultados que corresponden a la realización de un determinado derecho humano. Ellos permiten evaluar la forma en que un Estado cumple con sus obligaciones y, al mismo tiempo, ayudan a vigilar directamente el ejercicio progresivo del derecho o el proceso de protección del derecho, según el caso, para la realización del derecho en cuestión.”

**Indicadores de resultados:** Este grupo de indicadores muestran el grado de realización de un derecho humano en un determinado contexto. “Puesto que



refleja los efectos acumulados de diversos procesos subyacentes (que pueden ser descritos por uno o más indicadores de proceso), un indicador de resultados suele ser un indicador lento, menos sensible a las variaciones transitorias que un indicador de proceso.”

La utilidad de los indicadores en materia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales radica en que:

- son una herramienta que permite a la sociedad civil evaluar el cumplimiento de los planes y programas del gobierno;
- son una de las formas para vigilar el cumplimiento del PIDESC;
- miden el progreso de los DESC en un espacio de tiempo;
- ayuda a los gobiernos a fijar metas y medir el nivel de realización;
- son un sistema de alerta temprana para prevenir situaciones que conducirán a violaciones.

Son alarmantes muchos de estos indicadores, no obstante si tanto el Estado, como la sociedad y el propio individuo quieren modificar y avanzar realmente de manera integral en el uso, goce y disfrute del derecho a la protección de la salud, deben en primer término conocer en que se traduce su derecho, en que radican las obligaciones de cada parte y sobre todo en cambiar la percepción acerca de su difícil cumplimiento; derecho requiere tanto de medidas legislativas, administrativas y judiciales para poder ser plenamente efectivo. Se tienen valiosos instrumentos normativos, se cuenta con la estructura suficiente y encomiables políticas públicas en materia de salud empero insuficientes, el rol que le toca a los jueces es reorganizar estas políticas públicas sin afectar la soberanía de los otros poderes en cuanto a la asignación y programación y ejecución del presupuesto, todo ello para que cumplan a cabalidad las disposiciones relativas al accesos universal a los servicios de salud.

Buscar por todos los medios posibles el máximo nivel posible de bienestar físico, mental y social que le permita al individuo desarrollar su pan de vida de manera digna.

No quisiera finalizar el tema sin antes señalar algunos de los riesgos a la salud a nivel mundial considerados por la OMS en una de sus publicaciones , los cuales pueden ser controlados con las acciones pertinentes tomadas por los Estados así como con la corresponsabilidad de los individuos en el cuidado de su salud, entre los que destacan la desnutrición infantil, el sobrepeso y la obesidad, el bajo consumo de frutas y vegetales, inactividad física, el sexo inseguro, el consumo de alcohol, tabaco y drogas ilícitas, las emisiones de carbono por combustibles, agua insalubre, el saneamiento básico, la higiene, el aire contaminado, los efectos del cambio climático, los riesgos ocupacionales, entre otros.

Lo anterior muestra que las estadísticas son alarmantes en los países de bajos y medianos ingresos, entre los que se encuentra el Estado mexicano; muestra de ello es el sobrepeso y la nula alimentación de frutas y verduras en el que México se encuentra entre los más altos a nivel mundial, lo cual eleva el índice de muertes de manera dramática en el país.

No obstante, estos factores si bien es cierto no pueden ser abatidos en su totalidad, sí lo es que los sectores público y privado pueden colaborar de manera directa en la reducción de los mismos, esto a través de las políticas públicas focalizadas, a la mejora continua de la normatividad y al acceso efectivo de la justicia jurisdiccional en el caso de violaciones a su derecho a la protección de la salud, sin soslayar el aporte de los individuos en la realización plena de su derecho a la protección de la salud.

Quisiera finalizar el presente capítulo con el dato señalado en el reporte de desarrollo humano del 2013 en lo que refiere a confianza en el sistema de la salud, en donde México ocupa el lugar número 61 muy por debajo de naciones

como Noruega, Australia, Estados Unidos de Norteamérica, Holanda y Alemania, por solo mencionar los cinco primeros, con una alta tasa de mortalidad infantil y femenil. Lo cual lleva a finiquitar que si se quiere avanzar como país se tiene que trabajar duro en un sistema de salud integral y eficaz que además de servir a reducir las brechas sociales coadyuve de manera directa con el desarrollo humano, traducido en el aludido máximo nivel posible de bienestar físico, mental y social, que permita a los individuos vivir de manera digna.

Porque es de suma importancia también conocer la información en salud, para tomar acciones que permitan reducir los riesgos asociados a la salud humana y aquellos factores externos que incidan sobre la misma.



El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* sino el de *protegerlos*.

\_ Norberto Bobbio<sup>436</sup>-

## **CAPÍTULO OCHO: LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD. EXIGIBILIDAD Y JUSTICIABILIDAD. (HACIA UNA PLENA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO HUMANO A LA SALUD)**

### **Preámbulo**

La última entrega de esta investigación se centra en el tercer elemento de la explicación de los derechos de los sujetos, esto es, en las obligaciones concernientes a los sujetos obligados respecto al derecho a la salud, responsabilidades hacia esta prerrogativa constitucional que necesariamente al cumplimentarse permiten alcanzar un cumplimiento pleno de este derecho humano.

Esto es, dentro del tema de los derechos de los sujetos, el tercer elemento dentro de la aludida tríada que consiste en el sujeto obligado frente al derecho o aquel que tiene el deber de protegerlo, respetarlo, promoverlo y garantizarlo, no ha sido ampliamente estudiado, esto en razón, de que se le presta más atención a que los sujetos tengan derechos y sobre qué bienes se concentran esos derechos, olvidándose por completo de los deberes y de las responsabilidades.

Si bien es cierto, que los derechos de los sujetos no se pueden concebir sin este elemento, también lo es que ello obedece más a la vida contemplativa de los derechos que a la vida activa de los mismos, en donde esta vida activa se encuentra en el respeto, la protección, promoción y salvaguarda de los derechos de los demás.

---

<sup>436</sup> Bobbio, Norberto, Óp. cit., nota 8, p. 61.

En este orden de ideas, es importante y por demás esclarecedor identificar quienes son los sujetos constreñidos a estas obligaciones derivadas de la titularidad de los derechos sobre determinados bienes vitales para el hombre.

Una primera aproximación para señalar al sujeto frente a quien se tiene el derecho podría decirse que es el Estado, esto derivado de la concepción liberalista, la cual sostiene que los individuos gozan de un derecho a la libertad frente al Estado y que la única justificación en la existencia del aparato gubernamental es la protección de dichos derechos relacionados con la posición liberalista-económica.

En este orden de ideas, la concepción del Estado social introdujo la idea de que los Estados son los responsables de facilitar las condiciones de vida de los individuos, en especial lo que refiere a los aspectos socio-económicos y culturales, lo que a su vez implica que el sujeto obligado en la realización de este tipo de derechos sea el Estado.

Estos deberes y obligaciones por parte del Estado, han sido insertados en el texto constitucional, al señalar en su artículo 1º 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. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”

Lo anterior obedece, a este aspecto paternalista y proteccionista de los Estados, asumiendo la estabilidad del contrato social a través del respeto, protección, promoción, garantía y en su caso sanción a las violaciones a los derechos de los sujetos.

Sin embargo, creo que esta visión de la supra subordinación de los derechos de los sujetos entre el Estado y los individuos se queda corta, puesto que si se

entiende que los derechos fundamentales son límites al poder, y hoy en día el poder (económico o social) se ostenta no sólo por el Estado sino también por los particulares, resulta razonable expandir la eficacia de estos derechos a las relaciones privadas, según predica la teoría de la *Drittwirkung*.<sup>437</sup>

Esta amplitud de los obligados frente a los derechos es lo que más me interesa aquí, este aspecto de la horizontalidad de los derechos, en donde el respeto a la otredad<sup>438</sup> es primordial en la realización de los derechos.

No solo se está ante las injerencias de los Estados como prevalecían en los Estados totalitaristas sino que hoy en día la sociedad que tanto denunciaba Mill<sup>439</sup> es la que vulnera de manera flagrante los derechos de los individuos al igual que a grupos sociales.

Por tales motivos, es que resulta de enorme valía concebir a los derechos como instrumentos ético-legales vinculantes en las relaciones entre particulares, en el entendido de que los mismos tienden a regular la vida de los hombres en sociedad, permitiéndoles desarrollar un plan de vida de manera libre y autónoma sin sufrir las injerencias de nadie, llámese Estado o sociedad.

El último aspecto y el cual será tratado a mayor detalle en el último capítulo de la presente investigación, es la llamada corresponsabilidad del individuo en la realización de sus derechos, ya que de nada sirve que por más que se desarrollen

---

<sup>437</sup> Esta teoría de la eficacia mediata e inmediata ha sido desarrollada por el Tribunal Alemán, la cual consiste en que la forma en que los derechos fundamentales despliegan sus efectos en las relaciones privadas será mediante la intervención de un órgano del Estado, concibiendo a los derechos como valores objetivos, esto tratándose de la mediatez de los derechos; en lo que cabe a la inmediatez de la eficacia de los derechos, se entiende que los derechos fundamentales son verdaderos derechos subjetivos y por ello no hace falta la intervención de ningún órgano estatal, consistiendo únicamente en el problema es procesal, el cual radica en hallar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, ante su posible vulneración, en las relaciones particulares, ya que como aducía el único deber del Estado es protegerlos.

<sup>438</sup> Como señala Levinas la filosofía tradicional se centra en el concepto del Yo, una complacencia de uno mismo y un desconocimiento del Otro, lo que contrapone a las ideas de este autor. El cual pugna por un nuevo humanismo: el humanismo del otro hombre. Véase Levinas, Emmanuel, *El humanismo del otro hombre*, siglo XXI editores, México, 1974.

<sup>439</sup> Stuart Mill, John, *Óp. cit.*, nota 13.

mecanismos de protección de los derechos frente a las arbitrariedades e injusticias de terceros, sino los propios individuos detentores de los derechos, despilfarran, descuidan o destruyen los bienes inmersos como contenido de los derechos.

Por lo que esta corresponsabilidad de los individuos en el cuidado, protección y sobre todo en el ejercicio consiente de los derechos, contribuye a la paz, a la igualdad y sobre todo al desarrollo de la humanidad.

En consecuencia, cabe decir que todos somos responsables frente a los derechos, el Estado quien debe proveer la infraestructura necesaria para el uso, goce y disfrute de los derechos, la sociedad a través del respeto y la promoción de los derechos de los sujetos, así como en el individuo en la protección y consideración del contenido de sus derechos.

Estos mecanismos de protección del derecho a la salud, consistentes en la formulación de medidas normativas, políticas públicas y exigimientos judiciales en México por parte de los sujetos obligados y es más 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.

Empero, la empresa no ha de ser nada fácil, puesto que como se mencionó en el capítulo anterior en relación a las consideraciones teóricas que presentan a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre los que se ve inmerso el derecho a la salud, estos derechos son considerados como derechos prestacionales y cuya realización se dificulta en atención a diversos factores, tal y como se expresará al inicio de este capítulo.



Ahora bien, este hecho de etiquetar de esta forma al derecho a la salud, es decir, como un derecho puramente prestacional, equivale a decir que el mismo se concibe como un derecho en el que se ve implicada solamente una acción positiva concreta por parte de la autoridad hacia los particulares, en su mayoría de carácter asistencial, tendiente a la satisfacción de determinados bienes primarios y los cuales sobra decir que ha tomado el Estado bajo su protección, garantizando con ello su cumplimiento a través de esta diversidad de acciones, entre las que destacan las de programación, organización y presupuesto, medidas que se enuncian en este capítulo.

Al igual que esta falta de eficacia y efectividad de las acciones tendientes a satisfacer el derecho a la salud en el ámbito práctico, la doctrina de los derechos humanos ha formulado un sinfín de críticas respecto a su consideración como auténticos derechos, catalogándolos como derechos de imposible realización o es más de meras aspiraciones políticas.

Enfocaré mis esfuerzos en combatir en la primera parte de este capítulo estos reparos a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y consecuentemente las objeciones en las que se ve inmerso el derecho a la salud.

Bajo este contexto, se hace necesario señalar que una de las críticas más conspicuas estriba en que estos derechos adolecen de la característica de la fundamentalidad; argumentando sus detractores, entre otras cuestiones la falta de eficacia directa así como el hecho de que dichos derechos no cuentan con los mecanismos constitucionales suficientes que los hagan justiciables.

Añadiendo, la falta de especificidad del núcleo esencial de este derecho, en razón que el mismo no se encuentra predeterminado dentro de los enunciados constitucionales y por lo tanto su formulación queda supeditada al legislador ordinario, señalándose así la inminente necesidad de que estas “normas

programáticas” se desdoblén y desarrollen en leyes secundarias para estar en condiciones de realizarse y ejecutarse bajo distintos canales administrativos<sup>440</sup>.

Y no está de más decir que su implementación resulta bastante onerosa y que por tal motivo dependen de manera absoluta del gasto público destinado por el Estado en su Presupuesto de Egresos y que por lo mismo son difíciles de realizar<sup>441</sup>; que se configuran solamente como principios rectores de la política social y económica de los poderes públicos, entre otras objeciones.

Críticas que intentan tundir a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre ellos al derecho a la salud, puesto que “cuando de derechos sociales se trata, todas las críticas, habitualmente soslayadas, reverdecen y son presentadas como obstáculos infranqueables.”<sup>442</sup>

El debate sobre la inexigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y consecuentemente acerca del derecho a la salud, se centra principalmente en su falta de justiciabilidad, debido a la consideración que tienen como simples normas programáticas.

Incluso se dice que estos derechos difícilmente pueden ser exigibles de manera inmediata una vez que han sido consagrados en las normas constitucionales, dada su falta de actuación oportuna, es decir, es por su falta de eficacia directa, de recursos suficientes, de contenido esencial específico y/o de normas reglamentarias, por lo que los mismos no resultan plenamente exigibles.

---

<sup>440</sup> Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional, México, UNAM, 1984, p. 616-617.

<sup>441</sup> No abundaré en el tema por no ser materia de la presente investigación, pero si se quiere indagar al respecto véase *Cost of rights. Why liberty depends on taxes*, de Holmes y Sunstein en el que se alega que todos los derechos cuestan y que no hay razón para pensar que los derechos sociales cuesten más que los demás, si el cálculo de los costes se hace de manera correcta. Holmes, S. y Sunstein, C., *The Cost of rights. Why liberty depends on taxes*, Nueva York, Norton & Co., 1999.

<sup>442</sup> Acuña, Juan Manuel, “La jurisdicción constitucional y los derechos imposibles” en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. IV, Derechos fundamentales y tutela constitucional*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coord.), UNAM, IMDPC, Marcial Pons, México, 2008, p. 616.

Al punto que algunos autores<sup>443</sup>, han llegado a decir que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales únicamente quedan en un catálogo de buenas intenciones sin obligatoriedad jurídica para los poderes de gobierno, esto en atención a que no pueden ser satisfechos totalmente, perdiendo en consecuencia su sentido normativo, lo que conlleva a una enorme desazón y falta de entusiasmo, asignándoles un mero valor simbólico o político, pero poca virtualidad jurídica.<sup>444</sup>

Concluyendo estos detractores que todo se reduce a esta falta de medios adecuados de justiciabilidad, lo que convierte a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incluido el derecho a la salud, en simples medidas asistencialistas.<sup>445</sup>

Ahora bien, establecida la problemática sobre la exigibilidad y justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre los que se circunscribe el derecho a la salud, lo primero que se debe reconocer es el trato que la doctrina y los sistemas jurídicos les han dado a lo largo de estos últimos años; partiendo de su connotación como meras normas programáticas, esto es, como simples guías de gobierno y estímulos políticos a realizar por los poderes del Estado, ausentes de carácter vinculatorio para los poderes públicos en razón de que el individuo no cuenta en su haber jurídico con un catálogo de derechos de defensa sociales.

En este entendido, al faltarle al individuo los medios necesarios para exigir del Estado una conducta de este tipo (protección-asistencial), queda al arbitrio de la autoridad satisfacer o no los derechos sociales.

---

<sup>443</sup> Al respecto véase Courtis, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, disponible en: [http://www.campanaderechoeducacion.org/justiciabilidad/downloads/documentosCLAVE/documentosanaliticos/derechos\\_sociales\\_como\\_derechos\\_christian\\_courtis.pdf](http://www.campanaderechoeducacion.org/justiciabilidad/downloads/documentosCLAVE/documentosanaliticos/derechos_sociales_como_derechos_christian_courtis.pdf)

<sup>444</sup> Víctor Abramovich y Christian Courtis, Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales, p. 1. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/apuntes-sobre-la-exigibilidad-judicial-de-los-derechos-sociales-2.pdf>

<sup>445</sup> Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Conclusiones de las 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, p. 537.

Por tales motivos, la doctrina jurídica mexicana solamente les ha dado un tratamiento ideológico que en realidad se ve pocas veces traducido en hechos concretos<sup>446</sup>, puesto que el gran secreto de los Derechos Sociales, a decir del ministro Cossío, es que estos derechos no son exigibles y tienen modalidades de realización en términos presupuestales.<sup>447</sup>

En una opinión personal, estas consideraciones resultan erróneas e infundadas y lo único que han logrado es llenar de penumbra la concepción de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, entre ellos al derecho a la salud, concibiéndolos como derechos “no auténticos”, como derechos de “segunda generación”.

Lo cual ha conllevado al menosprecio de los mismos, al otorgarles un ínfimo valor respecto a los ya clásicos derechos liberales - los Derechos Civiles y Políticos -, catalogados éstos como derechos verdaderos a comparación de sus predecesores los Derechos Sociales.

Sin embargo, coincido con lo que acertadamente señala 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”.<sup>448</sup>

El presente capítulo parte de la premisa de atender de manera sistemática cada una de estas objeciones concernientes a la exigibilidad, justiciabilidad y fundamentalidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en específico las que niegan ese carácter al Derecho a la salud, para lo cual se han de señalar los pasos necesarios a seguir para la correcta implementación de este derecho humano fundamental, ya que no me canso de repetir que este preciado

---

<sup>446</sup> Cossío Díaz, José Ramón, citado en Sánchez Cordero De García Villegas, Olga, Óp. cit., nota 365, p. 3.

<sup>447</sup> Cossío Díaz, José Ramón, “Problemas para la exigibilidad de los derechos sociales en México” en *Formación y perspectivas del Estado en México*, Fix Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie de Estudios Jurídicos número 164, México, UNAM 2010, p. 132.

<sup>448</sup> García Manrique, Ricardo, Presentación al libro de Robert Alexy, Óp. cit., nota 220, p. 41, en referencia a lo aducido por Alexy en la Teoría de los Derechos Fundamentales.

bien se traduce en una necesidad esencial de la supervivencia y del desarrollo humano, consustanciales para la dignidad y el humano.

Basta decir que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales no constituyen acciones compasivas ni medidas de caridad por parte del Estado hacia los menos favorecidos o vulnerables, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales 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 tal motivo como ya se mencionó, se parte el estudio de la justiciabilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales con un análisis acerca de su imposibilidad jurídica y material, poniendo énfasis en la supuesta inexigibilidad del derecho a la salud, en virtud del supuesto carácter programático que presuntivamente reviste, para dar paso a las réplicas a dichas críticas, con el objetivo de una defensa de la fundamentalidad de los mismos, tendientes a la reivindicación de su consideración como auténticos derechos.

Habida cuenta de lo anterior y, una vez que ya se ha establecido el ¿Qué?, es momento de plantear el ¿Cómo?, es decir, se ha puesto de manifiesto en el capítulo que precede, el contenido esencial del derecho humano a la salud, y previo a ello la noción del significado de los derechos, precisando por una parte en qué consisten sus implicaciones y en qué radica su conexidad con otros derechos humanos, al igual que la idea de que sea considerado un derecho inclusivo. Y por otra la premisa de que los individuos sean poseedores de éstos.

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.

En palabras del 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.<sup>449</sup> 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.

Lo anterior resulta de suma importancia, ya que se considera a “la salud como la esencia de todo ser vivo, un valor fundamental que antecede todo planteamiento del hombre, cuyo significado hace posible la vida humana, permitiendo a los individuos desarrollar todo su potencial y tener la posibilidad de gozar de armonía psicofísica, en equilibrio dinámico con el entorno natural y social en donde se encuentra inmerso.”<sup>450</sup>

Si bien ya se habló de la atribución de los derechos a los sujetos así como el contenido mismo de esas pretensiones justificadas de las que forma parte el derecho a la salud, lo cierto también es que ello no implica el hecho de que los derechos se cumplan, por lo cual se hace necesario que deban de garantizarse en determinadas formas, mecanismos de protección que los hacen susceptibles de realización.

---

<sup>449</sup> Cossío Díaz, José Ramón, Óp. cit., nota 385, p. 136.

<sup>450</sup> Ruíz de Chávez, Manuel, “Respuesta gubernamental para alcanzar la cobertura universal” Óp. cit., nota 263, p. 69.

## ¿Derechos imposibles?

Adentrado en el objeto de estudio, la exigibilidad del derecho a la salud, me retrotraigo un poco a lo expuesto en el capítulo precedente en el que se mencionaron las implicaciones de esta inserción constitucional, relativas a las declarativas de que este derecho solo constituye simples directivas de acción gubernamental, carentes, en consecuencia, de eficacia directa y de carácter vinculante para los poderes públicos.

Bajo este argumento, en la exposición de motivos de la creación de la Ley General de Salud, Miguel de la Madrid, disponía 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.<sup>451</sup>

En el mismo entendido, tanto Soberón como Ruiz Massieu<sup>452</sup> 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, requiriendo de manera forzosa del esfuerzo del Estado, en la medida en que ponga las condiciones suficientes y necesarias para su progresividad.<sup>453</sup>

---

<sup>451</sup>Exposición de motivos de la Ley General de Salud, 1983.

<sup>452</sup>Al respecto véase la comparecencia de Guillermo Soberón en el Senado de la República en diciembre de 1983 y Ruiz Massieu, José Francisco, Óp. cit., nota 383, p. 418, 419.

<sup>453</sup>Véase nota 351.

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales 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,<sup>454</sup> 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.<sup>455</sup>

Estos reparos concernientes a la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y culturales 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.<sup>456</sup>

Estas objeciones acerca de la imposibilidad jurídica y material de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se centran 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.

Así, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se perciben como derechos no justiciables, puesto que gran parte de la teoría jurídica les ha negado esta categoría, en atención a la imposibilidad de éstos para que puedan desarrollar mecanismos jurídicos que garanticen su cumplimiento, ya que de lo contrario los mismos carecerán de juridicidad<sup>457</sup>.

---

<sup>454</sup> Alexy, Robert, Óp. cit., nota 220, p. 35.

<sup>455</sup> Ruiz Massieu, José Francisco, Cuestiones de Derecho Político (México y España), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, estudios doctrinales, número 144, UNAM, México, 1993, p. 57.

<sup>456</sup> Ídem

<sup>457</sup> 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.



Es decir, se concibe a la fijación explícita de los contenidos esenciales que identifica a estos derechos como un requisito indispensable para su juridicidad, toda vez 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.

Liborio Hierro, en un análisis de estos derechos sociales, señala que se les ha calificado como derechos particulares, relativos, prima facie, costosos y programáticos; distinguiendo entre los derechos liberales y sociales en función de que los primeros se configuran como derechos definitivos en cuanto al hecho de que su simple enunciado define su contenido, frente a los derechos sociales cuyo contenido no quedaría establecido por su mero enunciado sino que requeriría una cierta forma institucional.

En suma, los derechos liberales son concebidos como derechos inmediatamente eficaces contra el Estado, en comparación a los derechos sociales cuya eficacia dependería de la instrumentación de medios costosos por el propio Estado y consecuentemente señalando a los primeros como derechos justiciables, contrala falta de justiciabilidad característica de los derechos sociales, la cual solo alcanzarían en la medida en que el legislador hubiera establecido acciones concretas en su protección.<sup>458</sup>

Por su parte Alexy señala que los llamados derechos a protección, entre los que se encuentra el derecho a la salud, suscitan mucha problemática en su estudio, dependiendo su definición de la fundamentación, contenido y estructura, aduciendo de los dos primeros que: el problema de la fundamentación radica en determinar si los derechos a protección deberían incluirse o no en la lista de derechos constitucionales, ya sea por aquellos que la redactan o enmiendan, ya sea por los que la interpretan.

---

<sup>458</sup> Hierro, Liborio en *Derechos Sociales y ponderación*, Alexy, Robert, Óp. cit., nota 220, p. 166-173.

El problema del contenido se refiere, por una parte, al conflicto clásico entre seguridad y libertad y, por otra, al gasto financiero relacionado con los derechos de protección, al igual que sucede con otros derechos a la acción positiva del Estado, especialmente los sociales. El coste de la protección se mide en términos de libertad, dinero o ambos.<sup>459</sup>

Señalamientos que niegan la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se centran principalmente en la falta de eficacia directa, en la dependencia de los recursos financieros que destina el Estado para su cumplimiento, en la ausencia de un contenido esencial expreso en el que se fijen acciones concretas de realización de estos derechos, en la falta de mecanismos jurisdiccionales en el supuesto de violaciones de los mismos, en la limitante a acciones positivas por parte del Estado. Reparos que en su conjunto tienden a señalar que esta clase de derechos no pueden considerarse como “derechos fundamentales”.

Lo anterior, a consideración propia, no es óbice para clasificar a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como meras aspiraciones políticas o en el mejor de los casos derechos disminuidos o en formación<sup>460</sup>.

Lo anterior, en razón a que los derechos sociales, creo deben ser considerados auténticos derechos fundamentales en razón de su correlación directa con el bienestar, el desarrollo y la dignidad humana, por lo cual a continuación procedo a hacer un análisis breve y conciso a cada uno de estos reparos, para que de manera inmediata se dé contestación a los mismos y se repare en el hecho de que todas estas críticas ya han sido ampliamente superadas, reconociéndose así, tanto en la doctrina como en la legislación, el carácter fundamental de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por supuesto del Derecho a la salud.

---

<sup>459</sup> Alexy, Robert, *Ibíd*em, p. 51.

<sup>460</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 97.

## a) Falta de Eficacia directa

La primera de las críticas a la que he de referirme es la relativa a que los Derechos Sociales, Económicos y Culturales no son eficaces de manera directa, consiste en el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa<sup>461</sup>; argumentando sus detractores que estos derechos necesariamente deben contener obligaciones precisas de los deberes positivos o negativos, a partir del sólo texto constitucional.

Por lo que debe atenderse a lo expresado por Roldán Xopa, en el entendido que la eficacia consiste que en la realidad se cumplan los propósitos establecidos en la norma ya que tiene que ver con la exigencia social de que la administración no solo actúe, si no que resuelva los problemas sociales; así el significado jurídico atribuido a cierto tipo de funciones de los órganos administrativos a manera de cometidos, son funciones orientadas para conseguir fines sociales idóneas para conseguir la eficiencia como objetivo.<sup>462</sup>

Críticas que se dan en el entendido de que 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, por lo que se hace evidente que no se conciben como auténticos derechos dado que su eficacia depende de decisiones políticas eventuales.<sup>463</sup>

Asimismo, cuando la doctrina habla de eficacia directa o de la *drittwirkung* inmediata lo hace en referencia a que los enunciados constitucionales crean de

---

<sup>461</sup>Véanse los ensayos de Francisco Bastida, de Gregorio Peces Barba y de Liborio Hierro en el libro *Derechos Sociales y ponderación*, Alexy, Robert, Óp. cit., nota 220, pp. 85-222.

<sup>462</sup>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-III, México, 2010, p. 62.

<sup>463</sup> *Ibidem*, p. 98.

manera directa las relaciones jurídicas respecto a los derechos humanos, esto es, cuando esta inmediatez de los derechos acontece a partir de la formulación de estos enunciados declarativos, conllevando una aplicabilidad directa sin más ni menos estructura o desarrollo que la contenida en el texto fundamental.

No obstante, esta eficacia directa ha sido solamente atribuida de manera caprichosa a los derechos liberales (civiles y políticos) dejando de lado a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, recalcando que dicha eficacia inmediata es imposible en éstos, puesto que los mismos necesariamente fundan su aplicación en la configuración legislativa, lo que ha llevado a nombrarlos despectivamente como derechos de “segunda”.

Otro punto de vista de la eficacia directa consiste en la potencial disponibilidad inmediata por sus titulares, debido a que esta simple declaración constitucional presupone una configuración definitiva del derecho cuya realidad no se ve afectada por un ulterior desarrollo institucional y que precisamente resulta más intenso y más “real” en cuanto menos depende de esta configuración legislativa posterior.

Si se partiera de estas premisas, 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 declaración meramente formal.<sup>464</sup> Esto es, en los denominados “derechos de papel”.<sup>465</sup>

Ahora bien, como parte de estas replicas a las críticas sobre la inexigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es una consideración errónea que

---

<sup>464</sup> Moctezuma Barragán, Gonzalo, Óp. cit., nota 382, p. 22.

<sup>465</sup> 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 225, p. 220.

éstos 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.

De esta forma, al insertar todas estas obligaciones en el texto constitucional, se estaría deformando la idea de que la misma solo 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.

Esta circunstancia de la eficacia directa de los preceptos mínimos esenciales constitucionales, se robustece con lo mencionado por Prieto Sanchís al considerar que la prestación de las normas sociales que le imponen al Estado ciertas obligaciones, es considerada fundamental y en el momento en que éstas se incorporan a la Constitución, dichas normas se convierten en normas objetivas de eficiencia directa e inmediata que sirven para justificar leyes ya dictadas y también para escoger significados posibles de esas leyes.<sup>466</sup>

Finalmente como menciona el máximo Tribunal mexicano, el derecho a la salud, puede comprender obligaciones inmediatas como de carácter progresivo.

SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO. El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé obligaciones de contenido y de resultado; aquéllas, de carácter inmediato, se refieren

---

<sup>466</sup> Al respecto de la obligación que imponen los enunciados constitucionales al Estado en lo que toca a los derechos sociales y la justiciabilidad de estos, Véase Prieto Sanchís, Luis, Óp. cit., nota 460, p. 15-65.

a que los derechos se ejerciten sin discriminación y a que el Estado adopte dentro de un plazo breve medidas deliberadas, concretas y orientadas a satisfacer las obligaciones convencionales, mientras que las de resultado o mediatas, se relacionan con el principio de progresividad, el cual debe analizarse a la luz de un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En esa lógica, teniendo como referente el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental contenido en el artículo 12 del citado Pacto, se impone al Estado Mexicano, por una parte, la obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho a la salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el máximo de los recursos de que disponga. De ahí que se configurará una violación directa a las obligaciones del Pacto cuando, entre otras cuestiones, el Estado Mexicano no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado.

Con lo que se demuestra que el derecho a la salud es un derecho susceptible de hacer eficaz de manera inmediata.

#### **b) Dependencia económica**

Otro de los inconvenientes en la concepción de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como derechos fundamentales, es la idea relativa a su supeditación económica.

En este sentido, algunos autores han trazado la idea de que la fuerza vinculante, la exigibilidad o bien la propia "juridicidad" de dichos derechos resulta dudosa ya que la satisfacción de éstos depende de la disponibilidad de recursos por parte del Estado. Así, elucido que es esta subordinación, denominada "condicionante económico", la que relativiza la universalidad de los derechos de marras, condenándolos a ser considerados "derechos de segunda categoría"<sup>467</sup>.

En opinión de estos autores, detractores de la fundamentalidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resulta difícil considerar a estos derechos como derechos plenos, debido a que suponen un esfuerzo económico cuantioso que choca con la escasez en la que se encuentran todas las sociedades.<sup>468</sup>

Contextualizando esta crítica a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, está en que el planteamiento de esta imposibilidad de su cumplimiento, radica en la obligación del Estado a asignar prestaciones positivas a la satisfacción de los mismos, decretando para su realización una considerable cantidad del gasto público, esto en atención a que la satisfacción de éstos, consiste únicamente en el diseño de políticas públicas onerosas, partiendo de la autorización del Presupuesto de Egresos la que sirve de pauta para la creación y el funcionamiento de la "procura asistencial", asignando los medios económicos en razón de las limitantes presupuestarias; esta acción, cabe resaltar, es exclusiva de los poderes Legislativo en concurrencia de la organización y programación realizada por el Ejecutivo, en aras de destinar el gasto público para cubrir el entramado estructural y organizacional que representan estos derechos, todo ellos en atención a un programa de prioridades.

---

<sup>467</sup> Barbalet, J. M., *Citizenship*, Milton Keynes, 1988, p. 82 en Sampford, C. y Galligan, D. J. (eds.), *Law, Rights and the Welfare State*, Beckenham, 1986, p. 31, citado en Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Hacia la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, p. 7-8. Disponible en: [http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Exigibilidad\\_de\\_los\\_DESC\\_-\\_Abramovich.pdf](http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Exigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf)

<sup>468</sup> Alexy, Robert en *Derechos Sociales y ponderación*, Alexy, Robert, Óp. cit., nota 220, p. 92.

La importancia de la incidencia del factor económico en la realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha llegado al grado de que la UNESCO en una de sus publicaciones la señaló como uno de los principales efectos negativos de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, derivado de la idea de su supuesto carácter progresivo, lo cual a la larga les impide su justiciabilidad, ya que su vigencia dependería de factores tales como la disponibilidad de recursos.<sup>469</sup>

Contrariamente a estas ideas, se niega el hecho de que la supeditación económica pueda constituirse como un obstáculo en la realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; basta señalar que en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, uno de los compromisos adquiridos por parte de los Estados, consiste en tomar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo de estos derechos, haciendo énfasis en las cuestiones económicas, precisando que se deberá disponer del máximo de los recursos para la satisfacción de estas condiciones mínimas.<sup>470</sup>

Ahora bien, se ha criticado a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales con el mote de que son demasiado onerosos. No obstante, como lo señala Sunstein y Holmes, todos los derechos son costosos<sup>471</sup>, ya sea a través de abstenciones o acciones, en su modalidad de Derechos Civiles y Políticos o Económicos, Sociales y Culturales, un ejemplo de ello es el clásico voto político en el cual todos los gobiernos han invertido inmensas cantidades de dinero en la satisfacción de dicho bien al dotarlos de una estructura burocrática exorbitante y descomunal que por mucho rebasa los costos de algunos derechos como la salud, vivienda, la educación, entre otros.

---

<sup>469</sup> Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en América Latina: obstáculos para su eficacia, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, 2003, p. 63.

<sup>470</sup> Observación General No 14.

<sup>471</sup> Holmes, S. y Sunstein, Óp. cit., nota 441.



En consecuencia, esta objeción “de los dineros” no puede ser considerada un obstáculo para la realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en razón de que el Estado no puede poner de excusa la falta de recursos monetarios sin antes haber demostrado su maximización en la estructura de satisfacción de los mismos y en su caso deberá implementar cargas fiscales proporcionales y equitativas que conlleven a la contribución en el gasto en salud.<sup>472</sup>

### **c) Falta de contenido esencial**

En lo que toca a la insuficiencia de contenido esencial en los enunciados constitucionales, desafortunadamente, en la mayoría de los casos, las normas constitucionales que consagran estos Derechos Económicos, Sociales y Culturales, quedan en normas simplemente declarativas sin dar pleno contenido a los mismos, esto en atención a que la legislación secundaria que debiera desarrollarlos, o no se dicta o cuando se dicta se limita a organizar o distribuir competencias entre los órganos de gobierno de los distintos niveles, sin desarrollar ni 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.<sup>473</sup>

Esta crítica repara en que los Derechos Sociales, Económicos y Culturales solamente aparecen como valores y principios, los cuales únicamente pueden ser alegados de acuerdo con la ley que los desarrolle, constituyéndose así como

---

<sup>472</sup> Es verdad que la carga financiera en materia de salud puede resultar muy onerosa, sin embargo, el individuo ayuda a aligerar esta carga a través de las contribuciones en materia de seguridad social, por lo cual una vez más se aduce que la protección de la salud requiere del esfuerzo de todos, tal y como se previó en la exposición de motivos de la Ley General de salud, mencionado en el capítulo que antecede. Un aspecto importante en la operatividad financiera del derecho a la salud es la corresponsabilidad financiera del mismo, tal y como menciona Ruíz Massieu este derecho no contiene la característica de la gratuidad, estando obligados los particulares a asumir los costos en atención a la solidaridad social basándose para ello en su capacidad socioeconómica, es decir, tomando en consideración su capacidad contributiva, ya que de lo contrario asumir el costo total de los servicios básicos de salud representaría un enorme esfuerzo financiero por parte de los Estados que podría culminar en un colapso financiero.

<sup>473</sup> 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, p. 343.

normas de segundo grado que mandan mandar 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.<sup>474</sup>

De igual manera, se ha visualizado a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales 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 esta tipología de derechos, dada la amplitud que representan, por lo que necesitan ante todo de este desdoblamiento en normas secundarias.

Asimismo, se les ha considerado como derechos no definitivos en atención a que su contenido depende de un ulterior desarrollo por parte del legislador, precisándose que requieren de compromisos institucionales para poder ser asequibles, sin embargo, los mecanismos resultan demasiado onerosos.

En este sentido, lo formulado por la doctrina italiana, en donde se realiza una clasificación de las normas constitucionales, en cuanto a su eficacia y aplicabilidad, ya sea en normas directivas, o programáticas, dirigidas esencialmente al legislador; normas preceptivas, obligatorias, de aplicabilidad inmediata y normas preceptivas, obligatorias, pero no de aplicabilidad inmediata.<sup>475</sup>

Las normas directivas son aquellas que no contienen un precepto concreto, sino solamente establecen directivas al legislador futuro, no excluyendo de modo absoluto, la posibilidad de que sean emanadas leyes no conformes con ellas. Las normas preceptivas de aplicabilidad inmediata contienen mandatos jurídicos de

---

<sup>474</sup> Peces Barba, Óp. cit., nota 220, p. 94 y 95.

<sup>475</sup> Da Silva, José Alfonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, trad. de Nuria González Martín, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie doctrina jurídica, número 149, UNAM, México, 2003, p. 66.

aplicación directa e inmediata. Las normas preceptivas de aplicabilidad directa, pero no inmediata, porque requieren otras normas jurídicas integrativas.<sup>476</sup>

Esta ausencia conceptual ha sido otra de las excusas que ha servido para postergar la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En términos más precisos, se puede decir que estos derechos 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.<sup>477</sup>

Una vez más, difiero de la anterior crítica a esta fundamentalidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el entendido de que 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.

Este reparo a la ausencia de especificidad respecto del contenido esencial de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales 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.

En el caso en estudio, el derecho a la salud, su contenido si bien no es enunciativo en la carta fundamental, lo cierto es el mismo descansa tanto en tratados internacionales<sup>478</sup> suscritos por el Estado mexicano como en la Ley General de

---

<sup>476</sup> Ídem.

<sup>477</sup> Carbonell, Miguel, Los derechos fundamentales en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie doctrina jurídica, número 185, UNAM-CNDH, México, 2003, p. 785, haciendo referencia a lo expuesto en la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy.

<sup>478</sup> 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

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.

Considero que estas formulaciones a la imposibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales 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.

Como lo señala Abramovich y Courtis “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”.<sup>479</sup>

Por lo que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al estar articulados en un lenguaje abierto que permite diversas formas de interpretación y consecuente

---

señala el artículo 133 de la Carta magna de México “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.

<sup>479</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud en la Argentina”, 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, p. 282.

desarrollo, ello no es óbice para declarar su inexigibilidad, 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.

#### **d) Ausencia de mecanismos jurisdiccionales en el supuesto de violaciones**

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.

No obstante, a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se les ha considerado 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.

La doctrina por su parte ha llegado a establecer que ningún derecho ya sea civil, político, económico, social o cultural resulta materialmente justiciable, sino se cuenta con mecanismos y normas que permitan evitar su violación y que aseguren, en caso de que ésta se produzca, la restitución y/o reparación del derecho en juego del afectado.

Este marginal reconocimiento a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales parte de su poca consideración en los ordenamientos jurídicos nacionales, lo cual ha devenido en una supuesta incapacidad natural de ser reclamados judicialmente, conduciendo a su menosprecio al etiquetárseles como derechos de segunda.

En este sentido, 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 invasión al derecho que se denuncia represente un tipo de vulneración remediable por dicha vía.

### **DERECHO A LA SALUD. SU TUTELA A TRAVÉS DEL JUICIO DE**

**AMPARO.** La justiciabilidad del derecho a la salud no tiene manifestaciones idénticas cuando su violación se denuncia por los ciudadanos en vía de amparo y cuando se reclama por otras vías como por ejemplo, la acción de inconstitucionalidad. 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, como lo establecen los artículos 103, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 76 de la Ley de Amparo; 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. Ello es así, porque la Constitución General de la República reserva la posibilidad de impugnar las normas de manera que puedan ser declaradas

inválidas con efectos erga omnes a una serie acotada de órganos legitimados, por la vía de las controversias constitucionales o las acciones de inconstitucionalidad.<sup>480</sup>

Esta tesis busca mostrar el hecho de la necesidad de que los derechos puedan ser resarcidos o en su caso indemnizados, a través del reclamo judicial, lo cual aporta en la efectividad en el cumplimiento de un derecho.

Como más adelante señalo, 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.

A mi parecer está en que efectivamente si se suscitan controversias en cuanto a la aplicación de actos u omisiones de la autoridad que violan este tipo de derechos humanos<sup>481</sup>, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resultando así esta apreciación infundada en lo que toca a la objeción de exigibilidad judicial de los Derechos económicos, Sociales y Culturales, ya que con la reforma de 2011 a la Constitución y la aplicable a la Ley de Amparo se incorporan pretensiones jurídicas subjetivas y colectivas.

Posteriormente, se establecen con más detalle los argumentos básicos que ayudarán a acabar con la señalización de la no justiciabilidad de estos derechos, puesto que al atender los mecanismos de protección de este derecho, en específico la justiciabilidad de los mismos, se busca revertir estas crítica a la imposibilidad judicial de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en razón a que como he de argumentarla misma ha sido ampliamente superada y en definitiva los Derechos Económicos, Sociales y Culturales gozan indubitablemente de esta característica tan trascendental como lo es la justiciabilidad,

---

<sup>480</sup>Tesis P. XVIII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 32.

<sup>481</sup> 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.

considerándose a esto derechos en consecuencia y de una vez por todas como derechos humanos fundamentales.

### **e) Reduccionismo a acciones positivas**

Otra objeción muy discutida, y la cual ya ha sido ampliamente rebatida, es la idea que se deriva de la naturaleza de estas normas en forma de principios programáticos, donde la exigencia del Estado tiene una obligación de hacer, esto es, se entienden como directivas organizativas en donde el Estado asume la rectoría de estos derechos, desempeñando principalmente un rol activo en la creación de la infraestructura institucional tendiente a la satisfacción de los mismos, actitud que dista mucho de la actitud abstencionista del Estado para con los derechos liberales, en los que se aplica el *laissez faire- laissez passer*.

La génesis de la intervención estatal en el ámbito de los derechos y libertades acontece en un inicio con motivo de la corrección de las desigualdades imperantes por el mercado económico y para impulsar su desarrollo. Esto explica que se concibiera a los derechos sociales como “derechos de los necesitados”, derivado de un liberalismo económico voraz que incremento las brechas sociales, presentándose con este hecho derechos onerosos dentro del mercado que no podían satisfacer los individuos menos favorecidos por sí mismos, por lo que se presentan como derechos asistenciales.

Más tarde, a decir de Peces Barba, estos derechos iban a generalizarse, para pasar a ser de “derechos de los pobres a derechos de todos”. Sin embargo, esta cobertura universal tiene implícito el peligro de la escasez de recursos y en caso de una malversación o una mala administración, el sistema financiero de estos derechos colapsaría derivándose en una crisis económica.<sup>482</sup>

---

<sup>482</sup> Respecto a la generalización de los derechos sociales véase lo señalado por Peces Barba en Derechos Sociales y ponderación, Óp. cit., nota 220, p. 90 y 91.



De esta suerte, Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales* los reconoce y los sitúa en el marco de los derechos a acciones positivas del estado (prestaciones en sentido amplio) junto con los derechos a protección y los derechos a organización y procedimiento, denominándoles derechos a prestaciones en sentido estricto.<sup>483</sup>

Empero, estas formulaciones teóricas no son totalmente acertadas, porque si bien es cierto que estos derechos se inclinan a la acción, también lo es que su cumplimiento no se agota en obligaciones positivas, ya que al igual que con los Derechos Civiles y Políticos, el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten.

Un ejemplo de ello, en lo que toca a la afectación del derecho a la salud por parte del Estado, acontece cuando se le priva de manera injustificada a los gobernados el goce y disfrute del bien del que ya disponían, ya sea a través de infringirles un daño directo a su salud, absteniéndose de restituírsela o excluyéndolos en definitiva de los beneficios de la seguridad social, lo cual se puede presentar cuando el aparato gubernamental interfiere ilegítimamente en el disfrute de estos bienes. Lo que comprueba lo dicho en la Observación General No. 14 al disponer que “el derecho a la salud entraña libertades y derechos”.

Es innegable que algunos derechos sociales se caracterizan principalmente por exigir del Estado acciones positivas, los llamados derechos-prestación, donde se requiere de la distribución de algún tipo de prestación a sus titulares, lo cual no está exento, de arribar a la conclusión de que todo derecho, llámese civil, político, económico, social o cultural, requiere para su efectividad obligaciones positivas y negativas.

Ahora bien, esta idea paternalista debe ser reformulada, en razón de que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales para su realización no dependen

---

<sup>483</sup> Alexy, Robert, Óp. cit., nota 82, p. 430.

únicamente de acciones positivas, tal y como señala Liborio Hierro “estos derechos, al igual que los derechos clásicos civiles y políticos, también cuentan con algunas libertades, inmunidades y potestades cuya satisfacción no implica ninguna acción por parte del Estado”<sup>484</sup> y no así como lo expresa Alexy en el sentido de que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales son derechos a prestaciones en sentido estricto, es decir, derechos que necesariamente cuentan con una protección activa por parte del Estado.<sup>485</sup>

En consecuencia, esta distinción tradicional entre derechos liberales y derechos sociales no puede ser óbice para la plenitud de unos u otros, ya que al tratar de buscar las diferencias entre ambos, uno se da cuenta que de facto no existen, puesto que ambos necesitan tanto de abstenciones como de protecciones.

Señalándose para ello tres categorías de los derechos sociales, económicos y culturales: derechos equiparables a los derechos de libertad y participación política, ya que están desarrollados con financiación total y son plenamente justiciables, derechos sociales que tienen una estructura y organización similar a los derechos clásicos de libertad y por ende no tienen problemas de financiación, ni suponen dificultad para ser justiciables, también en amparo y derechos sociales incompletos, donde no se ha desarrollado la dimensión subjetiva, sino que se deja a criterio del legislador su formulación, miasma que puede desarrollarla por la ley.<sup>486</sup>

---

<sup>484</sup> Hierro, Liborio, *Óp. cit.*, nota 220, p. 170.

<sup>485</sup> Alexy, Robert, *Ibíd.*, p. 35.

<sup>486</sup> Hierro, Liborio, *Ibíd.*, p. 93.

## **Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el Derecho a la salud) ¿Son derechos humanos fundamentales?**

Es necesario precisar el término de la fundamentalidad de los derechos, para poder llegar a la conclusión de que si los Derechos Económicos, Sociales y Culturales revisten esta característica o no, y por ende si el derecho a la salud es considerado un derecho humano fundamental.

Cuando se habla de que un derecho es fundamental, en este caso si el derecho a la salud tiene esta característica o no, principalmente se hace desde dos perspectivas, que fueron las que traté en el primer capítulo, esto es, son fundamentales ya sea para la condición humana o son fundamentales en cuanto a las características que los ordenamientos jurídicos les exigen, como un contenido mínimo esencial expreso, sus condiciones para ser eficaz de manera directa, que sean justiciables y sobre todo que existan las posibilidades materiales reales para su satisfacción.

En el presente apartado y en atención a que en el capítulo precedente se abordó la fundamentalidad del derecho a la salud en cuanto sus implicaciones para la condición humana, en esta parte me enfoco en la segunda percepción de la fundamentalidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, esto es, en analizar la cuestión de que sean derechos fundamentales para el ordenamiento jurídico nacional.

En una aproximación inicial, Francisco Bastida precisa que los derechos fundamentales son *derechos* porque articulan jurídicamente en su objeto y contenido esas expectativas de autonomía individual y colectiva, y son fundamentales porque, dado el carácter esencial que tienen tales expectativas para una organización democrática de la sociedad, los derechos en que se traducen los sitúa la Constitución en una posición de supremacía.<sup>487</sup>

---

<sup>487</sup>Bastida, Francisco, *Ibíd*em, p. 129.

Por su parte Alexy considera que la mayoría de las normas de derecho fundamental, incluyendo en ella a las más importantes, son principios o mandatos de optimización, concediendo solamente derechos *primaefacie*.<sup>488</sup>

Por lo que hace a otros autores, los mismos han dado razones técnicas que imposibilitan la construcción de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales como derechos fundamentales en virtud de su imposibilidad de exigir su cumplimiento a través de un derecho subjetivo.<sup>489</sup> Sin embargo, en la parte inicial se hizo alusión a estas supuestas razones técnicas que obstaculizan la fundamentalidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ahora bien, todas estas réplicas reivindicatorias de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al igual que del derecho a la salud, proporcionan los motivos suficientes para llegar a colegir de manera categórica que estos derechos sí revisten la característica de la fundamentalidad en toda la extensión de la palabra, ya que en el transcurso del presente capítulo ha quedado demostrado que efectivamente encuentran su núcleo y/o contenido esencial en la Constitución, que son susceptibles de ser justiciables, que tienen eficacia directa y que por ningún otro motivo extra-jurídico son imposibles de realizar.

Así los Derechos Económicos, Sociales y Culturales al hallarse inmersos en la Constitución – en su capítulo de derechos humanos, entre los que figura en su artículo 4º el derecho a la salud- cuentan con un carácter definitivo, constituyéndose en este sentido como derechos vinculantes para el legislador y los demás poderes públicos, por lo cual todas las autoridades deben avocarse a promoverlos, respetarlos, protegerlos y satisfacerlos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

---

<sup>488</sup> Liborio Hierro en su ensayo *El concepto de Justicia y la teoría de los derechos* señala que los derechos *primaefacie* se configuran como disposiciones definitivas que no requieren de una ulterior configuración legislativa. Hierro, “El concepto de justicia y la teoría de los derechos”, en E. Díaz y J. L. Colomer, eds., Estado, justicia, derechos, Madrid, Alianza, 2002, págs. 11-73, nota 84 en pág. 67.

<sup>489</sup> Peces Barba, Óp. cit., nota 220, p. 97.

Así, la constitución al reconocer a estos derechos fundamentales como la aceptación de una legalidad iusracional previa, externa e intangible, en razón de que los mismos derechos fundamentales son inherentes a las personas, lo cual es la causa de su *deber ser* como normas iusfundamentales, derivado del hecho de que son esenciales para el ser humano.

Fundamentalidad del derecho a la salud que ha quedado establecida en la Sentencia T- 760-08 de la Corte Constitucional de Colombia, en la cual se precisa que esta prerrogativa constitucional es fundamental, en los términos siguientes:

“La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su *tutelabilidad*; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. Continuando al señalar que solamente será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.<sup>490</sup>”

---

<sup>490</sup> Consúltese la sentencia completa en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>

En suma, un derecho fundamental es ante todo un derecho subjetivo, es decir, un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la constitución, atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas (objeto del derecho). Ese apoderamiento consistirá en la posibilidad de, con la fuerza normativa de la constitución, exigir a un tercero, sea un poder público o un particular, el cumplimiento de un deber (de actuar, en unos casos, o de abstenerse de actuar, en otros).<sup>491</sup> Son un haz de facultades de disposición atribuidas a sus titulares por la constitución para hacer frente desde la supremacía constitucional a cualquier acción u omisión ilegítima contra el disfrute del objeto del derecho, provenga de quien provenga.<sup>492</sup>

Los derechos fundamentales son “los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente ha de informar al conjunto de la organización jurídica y política... se estiman claves para la organización y el funcionamiento de la sociedad”<sup>493</sup>

En cuanto al otro aspecto de la fundamentalidad, compartimos a cabalidad la idea de Peces Barba respecto a que “los derechos fundamentales prolongan y extienden en el ordenamiento jurídico a partir de la constitución los valores superiores de la libertad, la igualdad, la solidaridad, que pasan de la ética pública al derecho para optimizar un sistema de convivencia y de organización social que permita lo más posible el desarrollo de la dignidad humana de la mayor cantidad posible de personas.”<sup>494</sup>

Como señale en el capítulo inicial, soy de la idea que los derechos humanos son principios inmanentes al hombre, valores que todo Estado debe reconocer y

---

<sup>491</sup> Bastida, Francisco, Óp., cit., nota 220, p. 116.

<sup>492</sup> *Ibíd.*, p. 118.

<sup>493</sup> *Ibíd.*, pp. 122-133.

<sup>494</sup> *Ibíd.*, p. 88.

proteger, tal y como lo aduce Schmitt en su Teoría de la constitución “son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al estado, aquellos que el estado, no es que otorgue con arreglo a las leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio y sólo dentro de un procedimiento regulado”.<sup>495</sup>

Puesto que el derecho a la salud es indiscutiblemente uno de los derechos humanos fundamentales básicos para la supervivencia y desarrollo de la condición humana, ya que sin él, difícilmente podría uno acceder a otros derechos más complejos como es el social y el político.

Bajo este orden de ideas, es inconcuso que el derecho a la salud sea un derecho fundamental en sus dos vertientes, tanto para la condición humana como para los ordenamientos jurídicos al satisfacer todas las características que se pregonan de los mismos.

Finalmente, de ésta consideración del derecho a la salud como derecho fundamental deriva que el sistema de prestaciones y acceso a los servicios de salud que se establezca para que sea eficaz debe tener por lo menos las siguientes características de: universalidad, equidad y calidad.<sup>496</sup>

---

<sup>495</sup> Schmitt, Carl, Óp. cit., nota 235, p. 33.

<sup>496</sup> Echániz Salgado, José I., “Política sanitaria: la reforma de la sanidad”, en varios autores, Políticas sociales y Estado de bienestar en España. Memoria de 1999, cit., p. 400.





Desconfío de las reformas constitucionales que no se concretizan en medidas específicas para tutelar un derecho previsto en la esfera constitucional.

-Adrián Rentería Díaz<sup>497</sup>-

## **CAPÍTULO NUEVE. CONCEPTOS RELACIONADOS CON LA EXIGIBILIDAD Y EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD**

Se considera pertinente, antes de ahondar de manera formal en la exigibilidad del derecho a la salud, precisar algunas cuestiones teóricas que inciden de manera fundamental en la implementación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre los que se encuentra el Derecho a la salud.

En este sentido, términos como eficacia y efectividad permiten analizar la perspectiva del impacto de las normas jurídicas en la sociedad, puesto que ambos términos ayudan a medir hasta qué punto las normas generales son aplicadas.<sup>498</sup>

Esto es, si se toma como premisa el hecho de que las normas prefiguran una realidad deseable, de acuerdo al entorno social y a las exigencias de las necesidades de los individuos, es obvio que el derecho a la salud al estar concebido en la carta fundamental mexicana, se convierte en una aspiración de que se haga efectivo, es decir, que se cumplan con las obligaciones previstas en la norma suprema y que salvguarde la salud de la población.

Es momento de retomar las ideas sociológicas del Derecho, porque de nada sirve un formalismo puro de la norma si no tiene una aplicación sustancial de la misma, sino se contemplan los impactos y la función que lleva consigo el tener un derecho

---

<sup>497</sup> Conferencia “Bioética y argumentación jurisdiccional” impartida en el Instituto de la Judicatura Federal en el año 2012, la cual se encuentra disponible en:

<http://www.ijf.cjf.gob.mx/conferencias/2012/Bioetica/bioetica.html>

<sup>498</sup> Magaloni Kerpel, Ana Laura, ¿Por qué estamos equivocados los juristas? En *la ley y los conflictos sociales en México*, Cuéllar, Angélica y Chávez, Arturo (Coord.), Colección facultad de ciencias políticas y sociales, UNAM, 2007, p. 141.

a la salud, como dice Dworkin, es tiempo de tomar a los derechos en serio<sup>499</sup>, y entre éstos al derecho a la salud dados los alcances e implicaciones que el mismo reviste para la condición humana, tal y como se observó en el capítulo precedente.

## **Eficacia**

En este tenor, ha de señalarse que dentro del discurso de legitimidad del derecho se encuentra un uso reiterado del concepto “eficacia”, entendiéndose ésta como la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera, de alcanzar los objetivos previamente fijados como metas, la realidad o la validez de algo<sup>500</sup>, lo que en términos legales equivaldría a determinar cuál es la productividad social inmediata de los derechos o como esta dimensión social del derecho requiere, por lo menos, de la eficacia de las normas jurídicas considerada como una de las condiciones necesarias de existencia de un sistema jurídico<sup>501</sup>.

En el caso de las normas jurídicas, la eficacia tiende a referirse como la capacidad de la consecución de los fines preconcebidos por el legislador.

De hecho es consabido que la actuación de la autoridad se desarrolla con arreglo a este principio de eficacia, tan claro es que La Ley Federal de Procedimiento Administrativo señala en su artículo 13 que la actuación administrativa en el procedimiento se desarrollará con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, legalidad, publicidad y buena fe. Así como sobre la eficiencia y eficacia en la administración de los recursos humanos, materiales y financieros y de los servicios generales de la Administración Pública Federal.

Concepto fundamental en la sociología jurídica, destacando entre diversos autores el concepto formulado por Bobbio quién señala que “la eficacia es determinar si

---

<sup>499</sup>Dworkin, Ronald, Óp. cit., nota 64, p. 37.

<sup>500</sup>Esta definición convencional es extraída del Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>501</sup>Raz, Joseph, *The concept of a legal system*, citado en Pablo Navarro, José Juan Moreso, *Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas*, Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, número 5, octubre, México, 1996, p. 119.

una norma es cumplida o no, por las personas a quienes se dirigen o por los destinatarios de la norma jurídica.”<sup>502</sup>

Mientras que Habermas lo contextualiza en el análisis multifacético e integrador del Derecho al decir que “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 (para que encauce, limite, garantice y eduque), 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 sancionen los incumplimientos de las prohibiciones, o se ofrezcan las garantías para la realización de las prescripciones y de los derechos reconocidos, en síntesis que sean eficaces.”<sup>503</sup>

García Máynez<sup>504</sup> entiende a la eficacia como la conformación real de las conductas humanas a las normas, que se consigue ya por lo que nombra su "cumplimiento", a través de lo que llama su aplicación.

Por su parte Hart refiere que la eficacia de un orden jurídico consiste en el hecho de que generalmente los individuos a quienes se dirigen las normas, se conforman con ellas y en caso de incumplimiento se aplican también generalmente las sanciones previstas para tales supuestos; esta noción de aceptación para Hart es fundamental, lo cual llama regla de reconocimiento.<sup>505</sup>

En tanto que Aarnio la visualiza como aquella regularidad en la observancia por los ciudadanos de una norma, como la aplicación de las normas por las

---

<sup>502</sup> Bobbio Norberto. *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, p 20.

<sup>503</sup> 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 (2), diciembre, 2005, p. 205.

<sup>504</sup> García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 1974, p. 178.

<sup>505</sup> Fuertes-Planas Aleix, Cristina, *Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart*, Anuario de derechos humanos, nueva época, volumen 8, 2007, p. 170.

autoridades competentes y como predicciones de lo que los tribunales harán. En suma, de lo que se trata es de que tanto en los destinatarios secundarios (jueces y tribunales), como en los destinatarios primarios (ciudadanos) exista una obediencia.<sup>506</sup>

Para Hans Kelsen, es el acto de que la norma es efectivamente aplicada y seguida; la circunstancia de que una conducta humana conforme a la norma se verifica en el orden de los hechos.<sup>507</sup>

Por lo que se puede observar, dichos autores, al referirse al término jurídico de la eficacia se centran principalmente en el hecho de que los individuos tienen que ajustar su conducta a las previsiones de la norma, es decir, en la finalidad esperada por el legislador o al menos, en los casos en que esto no ocurre, cuando la norma tiene bastante fuerza para imponer la consecuencia en ella prevista como reacción al incumplimiento.

De ahí que llegue a la conclusión de que el progreso de un ordenamiento constitucional consiste no tanto en la proliferación o la creación de nuevas y más profusas normas constitucionales, sino en el desarrollo de garantías eficaces, contando con los mecanismos suficientes que sean capaces de tutelar los derechos constitucionales y de hacerlos realidad. Ya lo decía Cervantes de Saavedra no se necesitan muchas leyes sino pocas y efectivas.<sup>508</sup>

Como resultado del estudio de esta eficacia jurídica, diversos autores se han dado a la tarea de agrupar este término en una multiplicidad de géneros, estableciéndose la clasificación conceptual de la misma en eficacia directa e indirecta, así como en eficacia normativa, social e ideológica, las cuales abordaré

---

<sup>506</sup> Ibídem, p. 179.

<sup>507</sup> Kelsen, Hans, Óp. cit., nota 129, p. 18 y 19.

<sup>508</sup> 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, pp. 672-673.

de manera breve ya que por el momento, únicamente servirán para aclarar un poco el panorama dogmático de esta investigación.

Ahora bien, como se señala la eficacia se puede referir ya sea al establecimiento de normas, del reconocimiento de sus destinatarios y al discurso de la legitimidad y de la justicia; sin embargo, muchas veces se encuentran obstáculos en el cumplimiento de la norma, toda vez que estos factores son sociales y que se trasladan la realidad social, lo que necesariamente implica que se vea mermada su eficacia.

Un ejemplo de estos impedimentos con especial referencia al objeto de estudio, el derecho a la salud, se encuentra en:

- la insuficiencia de la normatividad, la desobediencia gubernamental a las leyes, constituciones y tratados internacionales.
- las políticas económicas restrictivas del gasto social, que priorizan el pago de la deuda externa y la concentración de la riqueza.
- 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.
- la propia inercia social o la escasa educación y movilización ciudadana por sus derechos.
- el irrespeto a la pluriculturalidad y el escaso fomento de la interculturalidad, la negación de la medicina indígena, del derecho consuetudinario, de la educación bilingüe y de la territorialidad.
- la injerencia de los organismos multilaterales de crédito, cuyas “condicionantes” de préstamos suelen restringir el gasto social.

- la débil y frágil incidencia de organismos internacionales dedicados al combate contra la pobreza, como algunas agencias de la ONU y la OEA.<sup>509</sup>

En contraste a estos impedimentos, entre las acciones a emprender que pueden resultar como un factor importante en el avance de la eficacia de este derecho a la salud, se encuentran:

1. La adecuación normativa a los cambios en materia de salud;
2. La vinculación de la salud con el desarrollo económico, social y cultural;
3. La reducción de los rezagos en la salud que afectan a los pobres;
4. Enfrentar los problemas emergentes mediante la definición explícita de prioridades;
5. Desplegar una acción sustantiva para mejorar la calidad de los servicios de salud, y
6. Brindar protección financiera a toda la población en materia de salud.<sup>510</sup>

No se puede avanzar en salud, sino se contempla en sus mecanismos de protección, 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.

### **Eficacia directa e indirecta**

Esta clase de eficacia se pregona más de los efectos producidos por la norma constitucional en lo que refiere a su aplicabilidad inmediata o progresiva, argumentándose que la *eficacia directa* se da cuando, a partir del enunciado constitucional, las obligaciones quedan definidas en la misma norma fundante; mientras que en lo que cabe a la *eficacia indirecta*, estos enunciados por su

---

<sup>509</sup> Jijón, Víctor Hugo, Óp. cit., nota 469, p. 44.

<sup>510</sup> Cano Valle, Fernando, Ibídem, p. 54.

configuración semántica, requerirán para surtir efectos, de una norma que defina su contenido esencial y las formas en que este va a ser tutelado.

En otros términos, la eficacia directa se presenta como esta pretensión de fuerza irresistible de la norma fundamental del ordenamiento para que se convierte en una pretensión con efectos inmediatos, que la sitúa en una posición tal que su vulneración o su mero desconocimiento son antijurídicos, provengan ya sea de un poder público, incluido el legislador (eficacia vertical), o de sujetos privados (eficacia horizontal).<sup>511</sup>

Coligiendo que la eficacia directa participa de este carácter vinculante de los enunciados constitucionales de derechos fundamentales concerniente a las relaciones jurídicas entre particulares, el cual va a incidir de modo directo en su aplicación, incluso, al margen del desarrollo legislativo que habría dado el legislador. Mientras que la eficacia indirecta se refiere más a la actividad jurisdiccional para hacer que estas normas se cumplan de manera efectiva, lo que al final del día se le ha llamado justiciabilidad.

La concepción de la eficacia indirecta es expuesta por el Tribunal Constitucional alemán en los siguientes términos:

“Este sistema de valores [los derechos fundamentales], que halla en el libre desenvolvimiento de la personalidad y en la dignidad su centro dentro de la comunidad social, debe regir como decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices e impulso. Así también influye, evidentemente, en el derecho civil; no puede haber ninguna prescripción de derecho civil en contradicción con él, todas tienen que interpretarse conforme a su espíritu.

---

<sup>511</sup> Bastida, Francisco, Óp. cit., nota 220, p. 147.

...El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desenvuelve en el derecho privado por medio de las prescripciones que dominan inmediatamente este campo jurídico.

...La influencia de los parámetros valorativos de los derechos fundamentales se realiza sobre todo en aquellas disposiciones del derecho privado que contienen derecho obligatorio y representan, así, una parte del orden público en sentido amplio-, es decir, de los principios que, por razón del bienestar general, también deben ser vinculantes para las relaciones jurídicas de los individuos y, por eso, se hallan sustraídos al dominio de la voluntad privada.”<sup>512</sup>

A lo cual la eficacia indirecta se define como el escalonamiento jurídico ulterior de los enunciados constitucionales que contienen a los derechos fundamentales.

En este caso, del derecho a la salud, como es que el párrafo cuarto del artículo 4º se ha ido desdoblado en la legislación secundaria, es decir en la Ley General de Salud, y como dicho ordenamiento de carácter federal, ha dado pie a diversos reglamentos relacionados con las materias de salubridad general establecidas en la misma disposición normativa.

Entre esta normativa, están 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 Investigaciones para la Salud, el 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, el Reglamento de la Ley General de

---

<sup>512</sup> Mendoza Escalante, Mijaíl, *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, <http://www.consultoriaconstitucional.com/articulos/pdf/iii/efectos.horizontal.der.fund.pdf>, p. 5.



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 y demás instrumentos normativos en salud, tal y como es el caso de la Normas Oficiales Mexicanas.

Lo anterior demuestra como 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.

### **Eficacia normativa, social e ideológica**

La otra clasificación del concepto de eficacia, más sociológica claro está, es la que se divide en eficacia normativa, social e ideológica.

En cuanto a la eficacia normativa se tiene la existencia de instituciones y mecanismos aseguradores del cumplimiento y de la propia realización de la normativa, es decir, la instrumentación de las disposiciones normativas a efecto de propiciar la realización de los derechos y obligaciones resultantes de la regulación.

En lo que cabe a la eficacia social es definida por Kelsen como “la definición de la eficacia social de las normas por referencia al cumplimiento de las mismas o, en caso de incumplimiento, su aplicación por el juez.”<sup>513</sup> Mientras que la eficacia ideológica se centra en los valores inherentes a la norma, como pudieran ser la legitimidad, la justicia e inclusive el progreso.

Inclusive esta última, la eficacia ideológica, se ha llegado a vincular con la legitimidad de la norma.

---

<sup>513</sup> Ibídem

Ahora bien, analizando de manera puntual cada una de estas clasificaciones, la eficacia normativa se enfoca en que el objeto de estudio este regulado de manera positiva a través de una serie de disposiciones normativas.

La eficacia social designa una efectiva conducta acorde con la prevista por la norma; se refiere al hecho de que la norma es realmente obedecida y aplicada; en ese sentido, la eficacia de la norma da respeto, como dice Kelsen, al “hecho real de que ella es efectivamente aplicada y seguida, de una conducta humana conforme se verifica la norma en el orden de los hechos”. Es lo que técnicamente se llama *efectividad* de la norma.<sup>514</sup>

De igual manera Atienza, la conceptualiza como la consecución de determinados estados de cosas, es el fin que el legislador se ha propuesto<sup>515</sup>. Se refiere al hecho de que las normas alcancen sus objetivos y sean efectivamente cumplidas y aplicadas, o al menos que en caso de ser violadas, se imponga una sanción a su infractor. Determinar los fines de las normas que, en caso de ser cumplidas, producirán un estado de cosas socialmente valioso y deseado.

Por último está la eficacia ideológica concebida por Habermas como “la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo” y para Ferrajoli<sup>516</sup> como la suprema dirección de la voluntad general, aduciendo que no es suficiente este acuerdo de voluntades, sino que se deben de observar en todo momento un respeto riguroso a las garantías.

Es lamentable que los juristas hablen sin distingo alguno de conceptos tan fundamentales en la instrumentación del derecho, tal y como señala, Carlos Cossio “los juristas al hablar de la existencia del derecho recurren indistintamente

---

<sup>514</sup>Da Silva, José Alfonso, Óp. Cit., nota 475, p. 51.

<sup>515</sup>Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997.

<sup>516</sup>Véase Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 1995.

a las diversas palabras, como positividad, vigencia, eficacia, observancia, facticidad y efectividad del derecho.”<sup>517</sup>

Lo que lleva indiscutiblemente ha de llevar a estos teóricos a enlazar sin el menor problema la eficacia de las pautas con su efectividad, esto es, a considerar que, siendo efectiva, la aplicación de cada norma *de por sí* garantiza el resultado social buscado por el legislador.

Por lo cual, en salud, es necesario plantearse los objetivos y las líneas de acción, lo que sin lugar a dudas se hace en la normativa vigente, en las políticas públicas así como en la incursión de mecanismos judiciales para exigir su cumplimiento.

## **Efectividad**

Antes que nada, no hay que confundirse con los términos eficacia y efectividad, la efectividad es la cuantificación del cumplimiento de la meta, no importa si ésta se logra en forma eficiente o en forma efectiva, esto es, implica el reconocimiento real de la norma jurídica por sus destinatarios, sean personas privadas o autoridades públicas, solamente que o traduce a datos estadísticos. La efectividad de la norma es condición necesaria pero no suficiente para su eficacia, o sea, una norma que no sea efectiva necesariamente será ineficaz en tanto no alcanza los fines hacia los que debería enderezarse, pero una norma puede ser efectiva porque se cumple realmente al lograr los fines de la autoridad que la diseñó.

Para García Murcia<sup>518</sup>, la eficacia, es el grado de cumplimiento o de observancia real de la norma, mientras que la efectividad, se refiere al éxito o resultado de esa observancia, según sus fines y objetivos, en tanto que para Ramos Pascua la

---

<sup>517</sup> Cossio, Carlos, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Losada, 1954, p. 180.

<sup>518</sup> García Murcia, Joaquín, “Una reflexión sobre la eficacia, la efectividad y la eficiencia en el Derecho del Trabajo”, ponencia introductoria al seminario internacional impartida desarrollado en la Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, los días 13 y 15 de septiembre de 2005. Disponible en: <http://relaciondetrabajo.com/campus/ensayos%20y%20apuntes%20de%20clase/Eficacia,%20efectividad%20y%20eficiencia%20de%20las%20normas%20sobre%20huelga.pdf>

eficacia se contrae a que la norma cumpla los objetivos que se había propuesto el legislador, mientras que la efectividad se refiere al hecho de que las normas sean más frecuentemente obedecidas que desobedecidas.<sup>519</sup>

Por su parte, Falcón y Tella conceptualizan a la efectividad de manera formal, indicando que ésta solamente implica que se cumpla la norma, en cambio, la eficacia tiene un contenido material, siendo este que se logre el fin perseguido por dicha norma.<sup>520</sup>

Para Jeammaud la efectividad consiste en una relación cuantitativa de conformidad con los datos del mundo social a los modelos que constituyen las reglas que componen el sistema de derecho y la eficacia, es la aptitud del instrumento normativo para procurar el resultado en cuya satisfacción ha sido concebido y diseñado.<sup>521</sup>

Esta denominada efectividad se revela fuera del orden jurídico mismo, en consideración un objetivo o de resultados metajurídicos, esto es, del campo socio-económico, político o ético y más o menos distante de la producción de las reglas jurídicas de las que se trate.<sup>522</sup>

Por efectividad jurídica se entiende a la conformación de una situación jurídica concreta, la condición en derecho de un sujeto, al modelo que constituye la norma.

---

<sup>519</sup>Ramos Pascua, J. A.: La regla de Reconocimiento en la Teoría jurídica de H. L. A. Hart, Tecnos, Madrid, 1989, p. 101.

<sup>520</sup>Falcón y Tella, María José, "Concepto y fundamento de la validez del Derecho", Civitas – Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 49.

<sup>521</sup>Jeammaud, Antoine, "Presentación en el Seminaire internacional de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la securité sociale" organizado por la Universidad Montesquieu, Bordeaux IV, Bordeaux, Francia, 4 al 15 de julio de 2005; tema: "La efectividad del Derecho Social: ¿bajo qué condiciones?", citado por Goldin, Adrián, "Sobre las causas de la inefectividad del derecho social; el caso argentino", en Revista Electrónica de Teoría y Práctica de la elaboración de normas jurídicas, año 1, número 2, diciembre del 2005, p. 11.

<sup>522</sup>Ídem.

En este sentido, se colige que la eficacia jurídica de la norma designa la cualidad de producir, en mayor o menor grado, efectos jurídicos, al regular, desde luego, las situaciones, relaciones y comportamientos de que conoce; en este sentido, la eficacia conduce a la aplicabilidad, exigibilidad o ejecutoriedad e la norma, como posibilidad de su aplicación jurídica, mientras que el alcance de los objetivos perseguidos por la norma constituyen su efectividad, quedando esta por tanto establecida como la medida de la extensión en que el objetivo es alcanzado, relacionándose con el producto final.

En otras palabras se entiende como efectividad de una norma a la relación de conformidad con ella de las situaciones o comportamientos que se hallan en su ámbito de competencia, o sea, la aplicación efectiva, real, de las reglas vigentes en los casos concretos que regulan.

Theodor Geiger, uno de los fundadores alemanes de la sociología jurídica, al estudiar el problema de la medida de la efectividad del derecho, señaló que basta un mínimo de reflexión para descuenta de que el concepto de efectividad también carece de claridad y univocidad, aun cuando parezca ubicarse a nivel de lo que se comprueba empíricamente.<sup>523</sup>

Ahora bien, aún y cuando estén presentes estos términos teleológicos de la norma y se manejen a la perfección en la teoría, existe una reflexión compartida por la mayoría de los juristas, que mencionan que en un Estado Constitucional de Derecho siempre habrá un determinado grado de inefectividad de sus normas constitucionales ya que es imposible realizar los fines constitucionales a plenitud y garantizar las normas constitucionales en su integridad dada la realidad a la que se ven enfrentadas.

---

<sup>523</sup>Jeammaud, Antoine, "Legislación y realidad de la negociación. Apuntes para el análisis de sus relaciones", Trotta, Madrid, 1993, p. 9.

Sin embargo, difiero en su totalidad de este planteamiento, puesto que para 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 .

Zagrebelsky aduce que cuando la tradición socialista -no marxista- aborda el tema de derechos humanos, lo hace mediante el reclamo de la realización total de los mismos; es decir, su generalización, mediante la vinculación de los derechos con la igualdad, y su sustantivación, mediante la garantía de las condiciones materiales que hacen efectivo su ejercicio.

Así, la contribución original de la tradición socialista a la afirmación de los derechos del hombre está más relacionada con su alcance y efectividad que con su fundamentación y su significado esencial.<sup>524</sup> Esto quiere decir, que los socialistas encuentran en el discurso jurídico de los derechos humanos la posibilidad real de una igualdad sustantiva, que sirva para reducir las brechas sociales que ha dejado el capitalismo.

Sin temor a equivocarse uno de los principales problemas en un Estado de derecho como el mexicano es la efectividad y la eficacia del derecho a la salud en México.

En aras de lograr esta efectividad en el sector salud que permita alcanzar los objetivos planeados por la Administración Pública en el Programa Nacional de

---

<sup>524</sup>Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, p. 77.

Salud para abatir los problemas de salud, se encuentran algunos principios que regirán estas acciones programáticas como lo son:

- El mejoramiento de las condiciones de salud de la población;
- La reducción de las brechas o desigualdades en salud mediante intervenciones focalizadas en grupos vulnerables y comunidades marginadas;
- La prestación de los servicios de salud con calidad y seguridad;
- Evitar el empobrecimiento de la población por motivos de salud;
- Garantizar que la salud contribuya al combate a la pobreza y al desarrollo social del país;
- Garantizar recursos financieros suficientes para llevar a cabo las acciones de protección contra riesgos sanitarios y promoción de la salud;
- Consolidar la reforma financiera para hacer efectivo el acceso universal a los servicios de salud a la persona;
- Fortalecer la investigación y la enseñanza en salud para el desarrollo del conocimiento y los recursos humanos, y
- Apoyar la prestación de servicios de salud mediante el desarrollo de la infraestructura y el equipamiento necesarios.<sup>525</sup>

En sí, la efectividad se traduce en la finalidad que persigue el derecho a la salud, la cual viene en el objeto de la misma, un estado pleno de bienestar físico, mental y social.

Finalidades que 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.

---

<sup>525</sup> Estrategias previstas en el Programa Nacional de Salud 2007-2012.

## La exigibilidad del derecho a la salud

La piedra de toque cuando se habla de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales son los mecanismos de su exigibilidad, en tanto que su finalidad persigue la realización teleológica de los valores de la norma, en el caso de estudio, la salvaguarda de la salud, al igual que todos los derechos humanos en general, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales 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 o a valores iusnaturalistas.<sup>526</sup>

Adrián Rentería menciona que no se pueden concebir reformas constitucionales en materia de derechos humanos sin antes prever los mecanismos de tutela de los mismos.<sup>527</sup>

Lo cual lleva a dilucidar que un derecho que no cuente con mecanismos que hagan posible su ejercicio y exigible su protección es un derecho incompleto. No basta, entonces, su enunciación constitucional sino que debe desarrollarse en normas que establezcan las responsabilidades del Estado, los mecanismos de reclamación, en suma, las formas de exigibilidad.<sup>528</sup>

El problema que se presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para

---

<sup>526</sup> 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.

<sup>527</sup> Rentería Díaz, Adrián, Conferencia "Bioética y argumentación jurisdiccional" impartida en el Instituto de la Judicatura Federal en el año 2012, la cual se encuentra disponible en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/conferencias/2012/Bioetica/bioetica.html>

<sup>528</sup> de Currea-Lugo, Víctor, Óp. cit., nota 526, p. 232.



garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados.<sup>529</sup>

En este sentido el Artículo 26 de la Convención América tiende a proteger la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales aduciendo que “los estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura... en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.<sup>530</sup>

Igual de importante para esta exigibilidad resultan los compromisos expuestos en la Declaración de Quito Acerca de la Exigibilidad y Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina y el Caribe, en el entendido de que:

- La exigibilidad es un proceso social, político y legal;
- Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales son derechos subjetivos cuya exigibilidad puede ejercerse individual o colectivamente;
- Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales fijan los límites mínimos que debe cubrir el Estado en materia económica y social para garantizar el funcionamiento de sociedades justas y para legitimar su propia existencia;
- Para el logro de este orden económico-social mínimo los Estados deben arbitrar los medios a su alcance para cubrir las necesidades mínimas de la población
- Deberán definir las políticas de mejoramiento progresivo del nivel de vida de los habitantes mediante la ampliación del disfrute de estos derechos;
- Ninguna categoría de derecho es *per se* más o menos exigible, sino que a cada derecho humano le corresponden distintos tipos de obligaciones exigibles;

---

<sup>529</sup> Bobbio, Norberto, Óp. Cit., nota 8, p. 65.

<sup>530</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada "Pacto de San José de Costa Rica", puede consultarse en: <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0259.pdf>

- Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales son exigibles a través de diversas vías: judicial, administrativa, política, legislativa;
- Los instrumentos internacionales y constitucionales de protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales son operativos y establecen derechos exigibles directamente por las personas, incluso ante su omisión en la reglamentación legal, y
- Los jueces están obligados a aplicar directamente la normatividad interna y externa vinculante y a reconocer en los casos concretos sometidos a su jurisdicción los derechos que éstos consagran.<sup>531</sup>

Todos estos argumentos sobre la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llevan a ser más insistentes en plantear la plena exigibilidad del derecho a la salud de forma inclusiva: haciendo uso de los mecanismos jurídicos existentes, fortaleciendo las políticas públicas con un principio de progresividad, impulsando la descentralización de los servicios de salud, asegurando que la población cuente con los determinantes básicos de la salud y, sobre todo, impulsando la cobertura de los servicios de atención médica.

Desafortunadamente, el tema de la exigibilidad y en consecuencia su materialidad es un poco complicado pero no imposible, al grado de que se ha llegado a señalar 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, y por ende, de aumentar en el abanico de su exigibilidad.

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 viabilidad financiera

---

<sup>531</sup>Declaración de Quito acerca de la exigibilidad y realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en América Latina y el Caribe del 24 de julio de 1998, puede ser consultada en: <http://www.derechos.org/nizkor/la/declaraciones/quito.html>

puede dar como resultado final, paradójicamente, una renuncia a servicios, con lo que se vulneraría, precisamente, la protección deseada.<sup>532</sup>

A pesar de que el derecho a la salud ha sido reconocido como derecho humano fundamental, tal y como ha quedado expuesto en el capítulo anterior, en la práctica la atención a la salud se vincula con el nivel socioeconómico de las personas, tan es así que uno de los problemas respecto de la exigibilidad jurídica del derecho a la salud es que no se cuenta con mecanismos eficaces que permitan garantizar que el acceso a los servicios de salud se dé en igualdad de circunstancias.

Por otra parte, es menester señalar que en la actualidad existen procedimientos legales administrativos que proceden en contra de actos y resoluciones de las autoridades sanitarias con motivo de la aplicación de la Ley General de Salud, como lo es el recurso administrativo de inconformidad.

Por mencionar otras disposiciones en las que se contemplan mecanismos jurisdiccionales para satisfacer el derecho a la salud, se tiene que en la Ley del Seguro Social, se establecen como medios de defensa: la inconformidad cuando los patrones y demás sujetos obligados, así como los asegurados o sus beneficiarios consideren impugnables algún acto definitivo del Instituto, y la queja administrativa cuando se busque el conocimiento sobre insatisfacciones de los usuarios por actos u omisiones del personal institucional vinculados con la prestación de los servicios médicos, siempre que los mismos no constituyan un acto definitivo impugnables a través del recurso de inconformidad del IMSS.

Mientras que en lo que refiere a la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, en esta no se contempla ningún recurso derivado de la reforma a dicho ordenamiento en 2011, lo que sí acontece es que tratándose de la imposibilidad, negativa, deficiencia médica o administrativa en la

---

<sup>532</sup>de Currea-Lugo, Víctor, Óp. cit., nota 526, p. 216.

prestación de los servicios de salud del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, el derechohabiente podrá interponer una queja médica o una solicitud de reembolso en los términos previsto en el Reglamento de quejas médicas y solicitudes de reembolso del instituto de seguridad y servicios sociales de los trabajadores del estado y en su caso el recurso de reconsideración derivado inconformidad con la resolución emitida por el Comité o la Comisión de Quejas Médicas derivada de una inconformidad médica o de una solicitud de reembolso.

Otro aspecto se encuentra en los códigos penales locales, al establecerse sanciones y penalidades a quienes ocasionen daños directos a la salud de las personas, tan es así que enmarcan estos hechos en el capítulo de delitos contra la vida, la integridad corporal, la dignidad; en éstos se puede encontrar tipos penales como el de homicidio, lesiones, ayuda o inducción al suicidio, aborto, entre otros más, los cuales indudablemente tienden a proteger y/o sancionar las afectaciones a la salud de las personas y en consecuencia la protección de su vida.

Finalmente en lo que conlleva a los Institutos Nacionales de Salud, establecidos como organismos descentralizados de la Administración Pública Federal, agrupados en el Sector Salud, que tienen como objeto principal la investigación científica en el campo de la salud, la formación y capacitación de recursos humanos calificados y la prestación de servicios de atención médica de alta especialidad, y los cuales al ser considerados como entidades paraestatales deben de contar con un Órgano Interno de Control quien deberá atender las quejas respecto a la responsabilidad administrativa de los servidores públicos que se presenten con motivo de sus actividades.

Si bien es cierto, estos medios de defensa ante los actos u omisiones de la autoridad no tienen la fuerza coercitiva de los reclamos judiciales, si es cierto que estos recursos previstos en la legislación secundaria del derecho a la protección de la salud, son herramientas con las que cuenta el particular de manera

inmediata, aunque sea de manera indirecta, como un primer paso para exigir el cumplimiento de los derechos en el caso de su afectación.

Ahora bien, en la segunda parte de la multicitada Observación General No. 14 se establecen algunas de las obligaciones para hacer exigible este derecho a la salud, entre las que se mencionan en dicha observación general destaca que:

- a) Deben ser ejercidas sin discriminación alguna,
- b) La imposición de adoptar medidas concretas y dirigidas a la plena realización del derecho a la salud,
- c) La realización progresiva de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización de dicha prerrogativa,
- d) La prohibición de medidas regresivas, y
- e) La plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.

Exigibilidad que puede adquirir diversas dimensiones como lo son la tutela legislativa, la tutela administrativa y la judicial, a continuación mencionaré en qué consiste cada una de ellas y cuáles son las obligaciones por parte del Estado en el avance de la materialización del derecho a la salud.

Antes de continuar con este punto, no se puede dejar pasar desapercibido el hecho de que aunque es cierto que la acción gubernamental en materia de salud se despliega a través de los órganos ejecutivo, legislativo y judicial, es necesario también, en aras de ser más específicos, que este derecho requiera de dimensiones espaciales, como lo son la competencia federal, estatal y municipal; de distintas funciones, entre las que se ubica la institucionalización, la legitimación y el consenso, la legalidad, la organización colectiva y las políticas socioeconómicas, la coacción, la cultura y la ideología, las relaciones internacionales, entre otras; de sus estructuras y procesos, siendo todos ellos multifuncionales y adquiriendo una vital importancia en la política pública del que hacer sanitario.<sup>533</sup>

---

<sup>533</sup> Kaplan, Marcos, en Soberón, Díaz Alfaro, Óp. cit., nota 303, p. 59.

Todas estas medidas en conjunto con las que se anuncian a continuación, como es el caso de la tutela legislativa, administrativa y judicial, van a permitir que efectivamente el derecho a la salud sea considerado como un derecho exigible y justiciable, tal y como se muestra al final de este capítulo.

Exigible de distintas maneras, al enunciarse su contenido en la legislación, establecer programas de acción y políticas públicas y cuestiones programáticas para la satisfacción de este derecho así como mecanismos procesales para resarcir su incumplimiento o sancionar su vulneración.

### **Tutela legislativa**

La incorporación de los derechos humanos en el aspecto constitucional, puede implicar diversas acciones programáticas, **incluida la obligación de legislar**, como lo son las políticas públicas o los programas de gobierno en todas las áreas y en todos los niveles. Esta estrategia de satisfacción de los derechos humanos conlleva una dimensión integral en el diseño, implementación, monitoreo y evaluación de política y programas en las esferas político, económico y sociales.<sup>534</sup>

Este imperativo de introducir en la legislación interna a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se vio colmada en dos partes, la primera de ellas fue el reconocimiento constitucional de la salud en el año 1983, mientras que con la reforma ya aludida en materia de derechos humanos de 2011, esta prerrogativa fue reconocida como un derecho humano, con lo que se dio cumplimiento a esta obligación internacional.

Como acertó la Corte Constitucional colombiana “la vigencia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales implica un compromiso de los Gobiernos y de las otras ramas del poder público (Legislativo y Judicial) y de los organismos de

---

<sup>534</sup>Gruskin, Sofia y Tarantola, Daniel, Óp. cit., nota 289, p. 36.

control (Ministerio Público - Fiscales - Ombudsman entre otros) para adoptar todas las medidas que están a su alcance para la realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incluyendo medidas legislativas, judiciales, administrativas, económicas, sociales y educativas con el fin de garantizar los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.<sup>535</sup>

Sin embargo, esta implementación de las medidas legislativas en torno al derecho a la salud en la norma fundamental no es suficiente, ya que no basta únicamente con el reconocimiento constitucional, sino que la implementación de este derecho y de todos los derechos “de segunda generación” requiere de un entramado de reglas de operación y organización mediante las cuales se fijen las bases y modalidades de la prestación de los servicios de salud.<sup>536</sup>

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre los que destaca el derecho a la salud, requieren de manera necesaria para su exigibilidad, de una instrumentación legislativa en el derecho interno, de manera que se construyan y delimiten adecuadamente sus contenidos, y se les configure como derechos subjetivos, de manera que se establezca con claridad una prestación exigible al Estado.

Es más la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado en este sentido al señalar que:

**DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. SON  
JUSTICIABLES ANTE LOS TRIBUNALES, A TRAVÉS DEL JUICIO  
DE AMPARO.**

---

<sup>535</sup> Véase nota 459.

<sup>536</sup> El artículo 23 de la Ley General de Salud define a los servicios de salud 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. Mientras que el artículo 24 dispone que los servicios de salud se componen de la atención médica, la salud pública y la asistencia social.

Acorde con los artículos 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de la interpretación que de este precepto realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) contra Perú, la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos, con los económicos, sociales y culturales, conduce a concluir que 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.<sup>537</sup>

Esta tesis se publicó el viernes 22 de agosto de 2014 a las 09:33 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

El logro de la plena efectividad del derecho a la salud requiere de la adopción de diversas medidas, señalándose en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el párrafo 1 de su artículo 2, en particular la adopción de medidas económicas y técnicas, disponiendo para ello hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados su instrumentación, haciendo énfasis en la adopción de medidas legislativas.<sup>538</sup>

---

<sup>537</sup> Tesis publicada en la Gaceta del Seminario oficial de la Federación bajo el rubro “DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. SON JUSTICIABLES ANTE LOS TRIBUNALES, A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO.” Época: Décima Época, Registro: 2007253, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Libro 9, Agosto de 2014, Tomo III, Materia(s): Constitucional, Común, Tesis: (V Región) 5o.19 K (10a.), Página: 1731.

<sup>538</sup> Véase al respecto el artículo 2º del Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como el párrafo 30 de la Observación General número 14 respecto al derecho a la protección de la salud.



En el ámbito normativo interno, se encuentra 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, destacan 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.

Dicha Ley a su vez, con el objeto de proveer su cumplimiento en el ámbito administrativo, cuenta con diversos reglamentos en materias como: la prestación de servicios de atención médica, investigación para la salud, control sanitario de actividades, establecimientos, productos y servicios, control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, Protección Social en Salud, Publicidad, Sanidad Internacional, así como el Reglamento de Insumos para la Salud, el reglamento de control sanitario de productos y servicios y el reglamento conjunto en materia de registros, autorizaciones de importación y exportación y certificados de exportación de plaguicidas, nutrientes vegetales y sustancias y materiales tóxicos o peligrosos, así como una cantidad considerable de Normas Oficiales Mexicanas, 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.

Finalmente, 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”.<sup>539</sup>

Normatividad que a va a establecer en primer término el contenido esencial del derecho, los objetivos, las finalidades y las bases y modalidades para su consecución, regulando sobre todo diversas actividades relacionadas con el derecho a la salud.

---

<sup>539</sup>Lavielle, 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>

## **Tutela administrativa**

La tutela administrativa, es la dirección gubernamental, es 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, al cual se da se da no en interés del ente tutelado sino en función de los intereses públicos, permitiendo así una adecuada gestión pública.<sup>540</sup>

La tutela administrativa 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.

## **Políticas públicas**

Como se mencionaba al principio estas directrices de acción o comúnmente mal llamados principios programáticos, requieren para su ejecución de recursos disponibles, los cuales la mayoría de las veces son limitados.

Se entiende por políticas públicas al 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 problemática. La política pública hace parte de un ambiente determinado del cual se nutre y al cual pretende modificar o mantener.<sup>541</sup>

---

<sup>540</sup> Jinesta, Ernesto, *Retos de la Organización Administrativa contemporánea*, X foro de Iberoamericano de Derecho Administrativo, El Salvador, 2011, p. 6.

<sup>541</sup> Velásquez, Raúl, *Hacia una nueva definición del concepto "política pública"*, en Revista Desafíos, Bogotá, Colombia, 2009, p. 149.

Por otra parte los Estados en un interés de salvaguardar el derecho a la salud, éstos han adquirido diversas obligaciones y responsabilidades que se traducen en diversas políticas públicas tanto de carácter general, específico así como en cuestiones básicas, obligaciones de efecto inmediato que se traduzcan en la protección de tan importante derecho vital.

Un ejemplo de estas políticas públicas tendientes a satisfacer el derecho a la salud de todos los individuos en México, 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.

Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la de proteger, que requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías a la salud, siendo responsable en el caso de la negación del aseguramiento a los sistemas de salud o el cuidado a de los determinantes básicos de la salud, debiendo contar para ello con los mecanismos de reparación en caso de que acontezca una violación a este derecho; la obligación de respetar, que exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud, un gobierno es responsable de violar esta previsión cuando es el responsable inmediato de proveer la salud a determinada población, como lo son los presos, si de manera arbitraria decide quitarle esa protección; y la de cumplir, la cual comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover, a través de la adopción de medidas apropiadas tanto de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud, un estado incumplirá esta obligación y por tanto se materializará una obligación, si el estado no destina suficientes recursos de forma progresiva para satisfacer las necesidades de la salud pública de las comunidades dentro de su territorio.<sup>542</sup>

---

<sup>542</sup>Gruskin, Sofia y Tarantola, Daniel, Óp. cit., nota 289, p. 14.

Entre las obligaciones de proteger aducidas en la Observación General No. 14 se 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) El control de 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, experiencia y deontología.
- c) La adopción medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género.
- d) Los Estados deben velar asimismo para que terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud.
- e) El reconocimiento suficiente del derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud.
- f) Garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas,
- g) 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.
- h) La infraestructura de la sanidad pública debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales.
- i) Los Estados tienen que velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico, la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud, así como por la promoción y el apoyo a la creación de instituciones que prestan asesoramiento y servicios

de salud mental, teniendo debidamente en cuenta la distribución equitativa a lo largo del país.

- j) Realizar el fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información,
- k) Los Estados también tienen la obligación de 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.<sup>543</sup>

Entre las obligaciones de respetar, que son más bien acciones de no interferencia del Estado, se encuentran:

- a) La abstención de denegar o limitar el acceso a los servicios de salud a todas las personas sin distinción alguna;
- b) La nula imposición de prácticas discriminatorias como política de Estado;
- c) El imperativo de no imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer.
- d) Abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos.
- e) Abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otro medios de mantener la salud sexual y genésica,
- f) La censura, ocultamiento o el desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud
- g) No impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud.
- h) Los Estados deben abstenerse de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra.

---

<sup>543</sup> Observación General No. 14.

- i) La no limitante al acceso de los servicios de salud como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario.<sup>544</sup>

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) Fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro resultados positivos en materia de salud, por ejemplo la realización de investigaciones y el suministro de información;
- b) Velar por que los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural y el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados;
- c) 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 sanas, así como acerca de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios;
- d) Apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud.<sup>545</sup>

Entre las obligaciones básicas contraídas respecto a la salud, están:

- a) Asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de como mínimo, garantizando el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;

---

<sup>544</sup> Ídem.

<sup>545</sup> Ídem.

- b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre;
- c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable;
- d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS;
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;
- f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población;<sup>546</sup>

El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales confirma que entre las obligaciones prioritarias comparables, figuran las siguientes:

- a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil;
- b) Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad;
- c) Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas;
- d) Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades;
- e) Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.<sup>547</sup>

---

<sup>546</sup> Ídem.

<sup>547</sup> Ídem.



En un breve resumen de todas estas obligaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales 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.<sup>548</sup>

Otros autores clasifican estas obligaciones en cuatro "niveles": obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de asegurar y obligaciones de promover el derecho en cuestión. Las obligaciones de respetar se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso el goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de asegurar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.<sup>549</sup>

Finalmente, según esta misma observación existen algunos compromisos vinculantes de carácter internacional respecto al derecho a la salud, enfocándose primordialmente estos en:

- a) La asistencia y la cooperación internacional, especialmente económica y técnicas, para dar plena efectividad al derecho a la salud.

---

<sup>548</sup>Veáse Sepulveda, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Amberes, Intersentia, 2003, p. 355-358.

<sup>549</sup>Al respecto de éstas cuatro obligaciones, véase Eide, A., "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights" en Eide, A., Krause, C. y Rosas, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Kluwer, Dordrecht, Boston, Londres, 1995, pp. 21-49, en especial pp. 36-38. Véase también Eide, A., "Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estrategia del nivel mínimo", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Nro. 43, 1989 y Van Hoof, G. H. J., "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views", en Alston, P. y Tomasevski, K. (eds), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff, Utrecht, 1984, pp. 97-110.

- b) La adopción de medidas conjuntas o individuales para dar plena efectividad al derecho a la salud.
- c) El respeto al disfrute del derecho a la salud en otros países e impedir que terceros conculquen ese derecho en otros países siempre que puedan ejercer influencia sobre esos terceros por medios legales o políticos.
- d) Prestar mayor atención a la protección del derecho a la salud influyendo en las políticas y acuerdos crediticios y las medidas internacionales adoptadas por esas instituciones.
- e) La prestación de ayuda en casos de desastre y de asistencia humanitaria en situaciones de emergencia, incluida la prestación asistencia a los refugiados y los desplazados dentro del país.
- f) Proporcionar ayuda médica internacional y al distribuir y administrar recursos tales como el agua limpia potable, los alimentos, los suministros médicos y la ayuda financiera, hay que otorgar prioridad a los grupos más vulnerables o marginados de la población.<sup>550</sup>

Por otra parte, en el Protocolo San Salvador, con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud, los Estados se comprometieron a reconocer a la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar el ejercicio de este derecho:

- 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 inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d) La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

---

<sup>550</sup> Observación General, No. 14.

- 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.<sup>551</sup>

En este mismo sentido, el Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del primer circuito en una de sus tesis hace el señalamiento de cuáles son las obligaciones necesarias para dar cumplimiento efectivo a esta Observación General No. 14, las cuales se contraen a acciones de protección, de respeto y de cumplimiento progresivo de este derecho fundamental a la salud y de ninguna manera admitir la regresividad en su ejercicio, implicando para ello también medidas abstencionistas como la negación en el acceso a los servicios de salud, sustentando esta práctica efectiva del derecho a la salud en igualdad de condiciones y sin condicionamiento alguno, debiendo reconocer en sus ordenamientos jurídicos, políticas y planes detallados para su ejercicio, tomando, a la vez que inserte medidas que faciliten el acceso de la población a los servicios de salud. En este sentido, se cita para mayor abundamiento la tesis en comentario:

**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.** El Estado Mexicano suscribió convenios internacionales que muestran el consenso internacional en torno a la importancia de garantizar, al más alto nivel, ciertas pretensiones relacionadas con el disfrute del derecho a la salud, y existen documentos que las desarrollan en términos de su contenido y alcance. Uno de los más importantes es la Observación General Número 14 del Comité de los Derechos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones

---

<sup>551</sup> El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales puede ser consultado en:  
[http://132.247.1.49/pronaledh/images/stories/1988\\_ProtocoloSanSalvador\\_convam.pdf](http://132.247.1.49/pronaledh/images/stories/1988_ProtocoloSanSalvador_convam.pdf)

Unidas, organismo encargado de monitorear el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados firmantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del cual México es parte y el que, esencialmente, consagra la obligación de proteger, respetar y cumplir progresivamente el derecho a la salud y no admitir medidas regresivas en su perjuicio, absteniéndose de denegar su acceso, garantizándolo en igualdad de condiciones y sin condicionamiento alguno, debiendo reconocer en sus ordenamientos jurídicos, políticas y planes detallados para su ejercicio, tomando, al mismo tiempo, medidas que faciliten el acceso de la población a los servicios de salud, es decir, este ordenamiento incluye no solamente la obligación estatal de respetar, sino también la de proteger y cumplir o favorecer este derecho. En estas condiciones, ese cumplimiento requiere que los Estados reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, adoptando una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para su ejercicio, cuando menos en un mínimo vital que permita la eficacia y garantía de otros derechos, y emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población, entre las que figuran, fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro de resultados positivos en materia de salud; verbigracia, la realización de investigaciones y el suministro de información, velar porque el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y de alimentación sanas, así como de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios, al igual que apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud.<sup>552</sup>

---

<sup>552</sup>Tesis2004683. I.4o.A.86 A (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y

Esta interpretación del Poder Judicial recalca consagra la obligación de proteger, respetar y cumplir progresivamente el derecho a la salud y no admitir medidas regresivas en su perjuicio, absteniéndose de denegar su acceso, garantizándolo en igualdad de condiciones y sin condicionamiento alguno, debiendo reconocer en sus ordenamientos jurídicos, políticas y planes detallados para su ejercicio, tomando, al mismo tiempo, medidas que faciliten el acceso de la población a los servicios de salud, es decir, este ordenamiento incluye no solamente la obligación estatal de respetar, sino también la de proteger y cumplir o favorecer este derecho, como parte integrante del mínimo vital para la condición humana

Aunado a que en la Declaración de Alma-Ata se hace hincapié en la función decisiva que la atención primaria de salud desempeña en el sistema sanitario de un país. También se destaca que los Estados deben formular políticas, estrategias y planes de acción nacionales para establecer y mantener una atención primaria de salud que forme parte de un sistema nacional de salud integrado.

Otra de las decisiones internacionales relevantes para la exigibilidad del derecho a la salud es la acaecida en 2003 con motivo de la interpretación del párrafo 6 de la Declaración de Doha<sup>553</sup>, la cual se refiere a las excepciones a los países que fabrican productos farmacéuticos genéricos bajo licencias obligatorias para que puedan exportar los productos a países importadores que no pueden fabricar sus propios medicamentos, siempre y cuando se den determinadas circunstancias, a fin de proteger la salud pública.

Otro aspecto importante en materia de propiedad industrial y salud son las concesiones de licencias de utilidad pública para atender de manera urgente

---

su Gaceta. Décima Época. Libro XXV, Octubre de 2013, Pág. 1759.

<sup>553</sup> El aludido párrafo sexto habla sobre el no impedimento a ningún país para que adopte medidas para la protección de la salud y la vida de las personas y los animales o la preservación de los vegetales, o para la protección del medio ambiente, a los niveles que considere apropiados, a reserva de la prescripción de que esas medidas no se apliquen de manera que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalearan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional, y de que en lo demás sean conformes a las disposiciones de los Acuerdos de la OMC.

enfermedades graves de atención prioritaria, así declaradas por el Consejo de Salubridad General, siempre y cuando se trate de un escenario de riesgo nacional suscitado por la presencia de agentes biológicos y/o químicos susceptibles de afectar la salud de los mexicanos.

### **Acciones programáticas**

Como señala Ruíz Massieu, “el nuevo párrafo tercero –hoy cuarto- del artículo 4º constitucional es la médula del programa de salud del Estado mexicano, es el mejor acicate para la acción pública en materia sanitaria y es, en suma, un precepto al que deberán acomodarse las grandes decisiones que tomen los poderes públicos en cuanto a la asignación de recursos”.<sup>554</sup>

En este sentido la Constitución mexicana es clara en cuanto a esta programación de las acciones públicas, puesto que en su artículo 26, establece la planeación del desarrollo nacional como un eje que articula las políticas públicas, traduciéndose en un Plan Nacional de Desarrollo, al que se sujetarán, obligatoriamente los programas sectoriales de la Administración Pública Federal, estas acciones para poder realizarse deberán contar con recursos, los cuales se administrarán con eficiencia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados. A su vez, el artículo 16 de la Ley de Planeación, determina la obligatoriedad de las dependencias de la Administración Pública Federal de elaborar su respectivo programa sectorial en el que se incluyan dicha acciones programáticas.

Así se llega a la obligación de elaborar y adoptar planes de acción, con criterios claros, objetivos medibles y métodos adecuados para la realización efectiva de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en este entendido, el derecho a la salud, para poder ser verdaderamente asequible a todos los individuos en territorio

---

<sup>554</sup>Ruiz Massieu, José Francisco, Óp. cit., nota 359, p. 78 y 79.

nacional, requiere de estrategias integrales de asistencia y protección de la salud que fortalezcan y amplíen el grado de satisfacción de este derecho humano vital.

Dentro de estas maniobras para lograr la plenitud del derecho a la salud, están los Planes Nacionales de Desarrollo, en los que se establecen las directivas a seguir por parte del gobierno en funciones, señalándose los objetivos, las estrategias, las líneas de acción a seguir y los indicadores, que permiten efectuar la medición de su cumplimiento.

Una muestra de estas acciones programáticas son los temas prioritarios de los últimos tres planes nacionales de desarrollo, se observan diversos objetivos referentes a la protección de la salud, entre ellos:

### **ACCIONES PROGRAMÁTICAS DEL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO EN LOS ÚLTIMOS TRES PLANES NACIONALES DE DESARROLLO**

PND 2001-2006	PND 2007-2012	PND 2013-2018
Mejoramiento de las instalaciones, equipamiento y material de los hospitales, las clínicas y las instituciones de salud en general.	Mejorar las condiciones de salud de la población, brindando servicios de salud eficientes, con calidad, calidez y seguridad para el paciente.	Desarrollar los instrumentos necesarios para lograr una integración funcional y efectiva de las distintas instituciones que integran el Sistema Nacional de Salud.
Una mejoría clara en la atención médica	Recursos humanos, equipamiento, infraestructura y tecnologías de la salud suficientes.	Garantizar la oportunidad, calidad, seguridad y eficacia de los insumos y servicios para la salud.
Reducir las desigualdades	Reducir las desigualdades en los servicios de salud mediante intervenciones en grupos vulnerables.	Mejorar la atención de la salud a la población en situación de vulnerabilidad.

Un trato adecuado a los usuarios de los servicios de salud	Promover la participación activa de la sociedad organizada y la industria en el mejoramiento de la salud de los mexicanos.	Asegurar el acceso a los servicios de salud. Brindar capacitación a la población para fomentar el autocuidado de la salud.
Una protección financiera en materia de salud	Calidad de la atención médica con énfasis en el abasto oportuno de medicamentos.	Fomentar el proceso de planeación estratégica interinstitucional.
Fortalecer el sistema de salud.	Fortalecer los programas de protección contra riesgos sanitarios.	Fortalecer la rectoría de la autoridad sanitaria.
El acceso a los servicios de salud debe ser universal, teniendo como prioridades las necesidades de las personas	Aseguramiento médico universal.	Avanzar en la construcción de un Sistema Nacional de Salud Universal.

Fuente: Presidencia de la República.

En lo que respecta a la sectorización de estas acciones programáticas, se encuentran los Programas Nacionales de Salud, hoy Programa Sectorial de Salud, hay algunas actividades prioritarias del sector salud, tendientes a la materialización de este valioso bien, que es la salud, en aras de un mejoramiento en los niveles de bienestar de todas personas constituidas en el territorio nacional, a través de diversos principios como la equidad, las capacidades personales, la confianza en las instituciones, la convivencia armónica con la naturaleza y la cohesión social.

### **ACCIONES PROGRAMÁTICAS DEL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO EN LOS ÚLTIMOS TRES PLANES SECTORIALES DE SALUD**

PRONASA 2001-2006	PRONASA 2007-2012	PROSESA 2013-2018
Mejorar las condiciones de salud de los mexicanos	Fortalecer e integrar las acciones de promoción de la salud, y prevención y control de enfermedades.	Incrementar acciones de protección, promoción de la salud y prevención de enfermedades



2. Abatir las desigualdades en salud	Desarrollar instrumentos de planeación, gestión y evaluación para el Sistema Nacional de Salud	Cerrar las brechas existentes en salud entre diferentes grupos sociales y regiones del país
3. Garantizar un trato adecuado en los servicios públicos y privados de salud	Situar la calidad en la agenda permanente del Sistema Nacional de Salud	Asegurar el acceso efectivo a servicios de salud de calidad
4. Asegurar la justicia en el financiamiento en materia de salud	Organizar e integrar la prestación de servicios del Sistema Nacional de Salud.	Asegurar la generación y el uso efectivo de los recursos en salud
5. Fortalecer el Sistema Nacional de Salud, en particular sus instituciones públicas	Fortalecer y modernizar la protección contra riesgos sanitarios.	Reducir los riesgos sanitarios que afectan a la población. Avanzar en la construcción del Sistema Nacional de Salud Universal.

Fuente: Secretaría de Salud.

De lo anterior, se observa la preocupación constante del gobierno federal para la exigibilidad plena del derecho a la salud, dándole una primacía al tema dentro de la agenda pública, dadas las implicaciones que representa para el desarrollo humano y social. Estos planes puntualizan la problemática actual de la salud, señalando los desafíos de la autoridad en el cumplimiento efectivo de su papel como garante del cuidado de la salud de los mexicanos, estableciendo los procesos a cumplir, los objetivos a lograr y las estrategias a seguir.

Dentro de los objetivos programáticos del derecho a la salud, se toma como referencia lo citado por Hunt en cuanto a que es necesario:

1.- Promover- y animar a otros a promover - el derecho a la salud como un fundamental derecho humano, como se establece en numerosos tratados internacionales de derechos humanos con carácter vinculante, las resoluciones de las Comisiones de derechos humanos locales así como la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

2. Aclarar los contornos y contenido del derecho a la salud en términos jurisprudenciales. ¿Qué significa el derecho a la salud? ¿A qué obligaciones hace dan lugar?, e
3. Identificar buenas prácticas para el ejercicio del derecho a la salud a nivel comunidad, nacional e internacional.<sup>555</sup>

En consecuencia, 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.

---

<sup>555</sup>Hunt, Paul, Óp. cit., nota 415, p. 2.

Si es un deber respetar los derechos de los demás,  
Es también un deber mantener los propios.  
-Herbert Spencer-

## **CAPÍTULO DIEZ. LA CORRESPONSABILIDAD DE LOS TITULARES EN EL EJERCICIO Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD**

El tema de la corresponsabilidad me pareció muy adecuado para cerrar el tema del derecho a la salud, a reserva de proporcionar algunos datos estadísticos para conocer el status de este derecho.

Abordar esta cuestión de la participación de los individuos en el ejercicio de su derecho a la salud, es uno de los temas centrales y a la vez más ríspidos cuando se habla de derechos de los sujetos, dado que se perciben más como expectativas positivas y negativas que ejercicios activos por parte de sus detentores en su materialización.

Es por ello, que esta tesis del ejercicio activo de los derechos aún no ha sido tratada de manera profusa en especial en lo concerniente a los derechos económicos, sociales y culturales, dado que exige de dos temas que chocan con su supuesto carácter asistencialista y paternalista, estos elementos de la vida activa de los derechos son: la autonomía y la corresponsabilidad, refiriéndose la primera de ellas a la creación de oportunidades valiosas y la eliminación de las condiciones repugnantes.<sup>556</sup>

---

<sup>556</sup>Raz concibe a la autonomía como un ideal para la propia creación, para la propia autoría, consiste en abrazar propósitos exitosos deseados, opciones valorables, donde estas actividades no están determinadas por las preocupaciones sobre la supervivencia. La autonomía en sentido primario se debe entender como la vida real de una vida autónoma, la autonomía en sentido secundario debe entenderse como la capacidad de vivir de forma autónoma. Para ser autónomo, los individuos tienen que cumplir tres condiciones: deben poseer ciertas capacidades mentales, deben tener una gama adecuada de opciones valorativas y deben gozar de independencia frente a la coacción y la manipulación. La autonomía debe ser distinguida de la autorrealización, como personas autónomas pueden optar por no darse cuenta de sus capacidades. Raz, Joseph, *The morality of freedom*, Óp. cit., nota 118, p. 370.

Esto con el firme propósito de que los individuos decidan por su cuenta su plan de vida, mientras que el segundo elemento busca coadyuvar con el grado del desempeño de una obligación, esto es, al hablar del derecho a la salud, decimos que esta prerrogativa constitucional debe “trascender en los esquemas jurídicos y administrativos de los servicios de salud.”<sup>557</sup>

En este sentido, la toma de decisiones por parte de la ciudadanía cubre dos aspectos: el rol que desempeña el ciudadano en la formulación de las políticas públicas, coadyuvando en el establecimiento de las nuevas metas de la salud para la humanidad consistentes en el establecimiento de prioridades relacionadas con la salud, la formulación de programas, presupuestos así como el seguimiento y evaluación en todos los niveles. Mientras que el segundo factor se centra más en el papel activo que juega el individuo en el cuidado de su salud así como en la abstención de infringir un daño a la salud de los demás.

La declaración del Milenio ha destacado la importancia de estos “procesos políticos en los que realmente todos los ciudadanos de nuestros países participar en la toma de decisiones” señalando la responsabilidad colectiva de defender los principios de dignidad humana, igualdad y equidad a nivel mundial.<sup>558</sup>

Elucidando que es la participación ciudadana es uno de los principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, por lo que vale la pena tomar decisiones de manera participativa, no como un elemento extra de las políticas de salud, sino como un principio esencial que enmarque la nueva meta de salud para la humanidad, la realización del derecho a la salud para todos.

Como parte de la inclusividad y de los alcances del término del derecho a la salud al que me referí al principio de este capítulo, también se encuentra esta visión compartida de todos los sectores involucrados en la satisfacción de tan valioso

---

<sup>557</sup> Díaz Alfaro, Salomón, Óp. cit., nota 303, p. 25.

<sup>558</sup> Declaración de milenio.

derecho, en razón de que el mismo abarca tanto la protección de la salud por parte del Estado como la responsabilidad de los prestadores de servicios de salud privados como de los individuos, por lo que debe dejarse de lado que la salud sea algo que tiene que protegerle Estado a los individuos, sino que también todos los sujetos deben y tienen que hacerse responsables en el ejercicio y en el cuidado de este bien jurídico tutelado: la salud.

Como tal, la inobservancia por parte de Estado en lo concerniente al derecho a la salud es muy frecuente y pocas veces estas violaciones no resarcidas a través de los mecanismos jurisdiccionales clásicos, como si acontece con los derechos políticos y civiles, aunado al hecho de que la cultura sanitaria es muy deficiente, por mencionar algunos ejemplos, los pacientes somos, en muchas ocasiones, además de exigentes, poco colaboradores, no seguimos las indicaciones médicas, somos irresponsables cuando se trata de seguir un tratamiento médico, no se cumple con la asistencia continúa a las citas médicas para la prevención de enfermedades, no se acude a las campañas de vacunación, no se toma el descanso adecuado que indican los profesionales de la salud o muchas otras acciones que pueden contribuir con este estado de salud.

Comparto a cabalidad la idea de Rodríguez de Arizmendi de que “la primera responsabilidad que genera un derecho es ejercerlo”<sup>559</sup>, puesto que la salud no es un bien que les venga dado de antemano a los individuos o que solo consista en una protección, en actividades curativas, sino que viene *a posteriori*, tras elaborar las reglas y participar de los deberes que este derecho implica.

Así, una de las primeras instancias en la realización de este derecho a la salud, es la responsabilidad individual, la cual parte de la inminente necesidad de preservar un nivel mínimo de bienestar y equilibrio personal a través de la interacción con las condiciones dependientes de sí mismo y con los factores externos, por lo que es de suma importancia que el individuo tome conciencia de su estado de salud, no

---

<sup>559</sup> Rodríguez de Arizmendi, Graciela, Óp. cit., nota 303, p. 145.

solo como un término funcionalista de sentirse bien o mal, sino como toda esta gama de componentes que tiene a bien la protección de la salud, en suma el individuo debe proveer en el cumplimiento progresivo de su propio derecho a la protección de la salud mediante el conocimiento de las acciones permitidas y las prohibidas en el ámbito sanitario personal, social y estatal.

Este primer nivel de responsabilidad se sitúa en la respuesta que los individuos den a la pregunta ¿salud, para qué? De la cual se van a derivar las modalidades y actitudes que los particulares tomen para alcanzar el máximo nivel de salud posible, lo cual de manera inminente conduce al desarrollo humano y al bienestar pleno del individuo.

Esta nueva conciencia normativa de la salud, tiende a destacar lo prioritario que resulta el ámbito de la prevención de la salud, como una acción de corresponsabilidad del individuo en el cuidado de su salud, lo cual orilla a la problemática de educarlo en esta temática, brindándole la información necesaria sobre el cuidado de sí mismo, incidiendo favorablemente en la mejora de sus hábitos y comportamientos de alimentación, higiene, deporte, entre otras acciones más.

Este comportamiento preventivo de la salud se observa como un campo interdisciplinario dedicado a promover una filosofía de salud, que enfatice la responsabilidad individual en la aplicación del conocimiento que proveen las ciencias de la conducta y biomédicas, para el mantenimiento de la salud y la prevención de enfermedades y mal funcionamiento por una variedad de actividades auto-iniciadas o compartidas.<sup>560</sup>

Ahora bien, en lo que refiere a la autonomía como tal en el ámbito de la salud se refiere a tomar estas decisiones respecto a la salud propia que conduzcan a una vida bueno, es decir, no esperar a que el Estado satisfaga este bien básico

---

<sup>560</sup> *Ibíd*em, p. 147.

primario, esto es, avocarse a la idea de la corresponsabilidad no basada en el paternalismo sino basada en la idea que el papel de cada uno de nosotros es imprescindible para avanzar en el cumplimiento efectivo del derecho a la protección de la salud.

Como señalaría tanto Rawls como Mill, el Estado debe de construir por todos los medios posibles los mecanismos que les permitan a los individuos llevar a cabo un plan de vida racional de acuerdo a sus valores e inclinaciones. Sin embargo, esta infraestructura de desarrollo, no serviría de nada sin la participación activa de los individuos en el ejercicio de sus derechos, olvidándose por completo de esta actitud contemplativa del Estado de bienestar y construir ellos mismos su propio desarrollo.<sup>561</sup> Por consiguiente, el derecho a la salud se observa como un valor compartido por todas las sociedades, todos los sistemas ideológicos y todas las organizaciones políticas y, por tanto, es un valor que fortalece el tejido de toda sociedad.

Por lo que, al insertar este derecho social en el texto constitucional mexicano, los legisladores precisaron que “la salud es una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados... resaltando el Ejecutivo Federal que sin la participación inteligente, informada, solidaria y activa de los interesados no es posible que se conserve, recupere, incremente y proteja la salud.”<sup>562</sup>

En lo que refiere a la corresponsabilidad, dentro de la legislación internacional diversas declaratorias y observaciones internacionales en el ámbito de la salud, se ha recalcado la importancia de la responsabilidad de los individuos y de la sociedad civil en el cuidado de la salud, una de ellas es la multicitada Observación General No. 14, en la que se preceptúa que todos los integrantes de la sociedad,

---

<sup>561</sup>Véase la Teoría de la Justicia de Rawls y Sobre la Libertad de Mill, en ambos libros estos autores acentúan estas características que debe revestir el Estado en cuanto al desarrollo de oportunidades que debe de crear para que el individuo tenga un progreso. Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Óp. cit., nota 29 y Stuart Mill, John, Óp. cit., nota 13.

<sup>562</sup> Exposición de motivos de la Ley General de Salud, 1983.

entre los que se encuentran los particulares, como lo son los profesionales de la salud, las familias, las comunidades locales, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, las organizaciones de la sociedad civil y el sector de la empresa privada, tienen responsabilidades en cuanto a la realización del derecho a la protección de la salud, quedando a cargo por parte del Estado el deber de crear un clima que facilite el cumplimiento de esas responsabilidades.<sup>563</sup>

Otra de estas interpretaciones es la Declaración de Alma Ata en la que se estatuye que el pueblo tiene el derecho y el deber de participar individual y colectivamente en la planificación y aplicación de su atención de salud.<sup>564</sup> Asimismo, la Carta de Ottawa ha señalado que el concepto de salud como bienestar trasciende la idea de formas de vida sanas y prevé que la promoción de la salud no concierne exclusivamente al sector sanitario, advirtiendo en este sentido que las gentes no podrán alcanzar su plena salud potencial a menos que sean capaces de asumir el control de todo lo que determina su estado de salud.<sup>565</sup>

Esta responsabilidad en la prevención y promoción de la salud por parte de los servicios sanitarios tiene que ser compartida por los particulares, los grupos comunitarios, los profesionales de la salud, las instituciones de salud pública, de protección social y servicios sanitarios y en general los gobiernos en su totalidad, donde todos ellos trabajen de manera conjunta por la consecución de un sistema eficaz de protección de la salud.

De lo que se desprende que los individuos se constituyen como una unidad esencial en la práctica de este derecho, lo cual no significa que sean los únicos o lo más importante, puesto que su observancia y su materialización también

---

<sup>563</sup> Al respecto véase la Observación General No. 14

<sup>564</sup> La Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, fue celebrada en Alma-Ata, entonces Unión de Repúblicas Sociales Soviéticas (URSS) del 6 al 12 de septiembre de 1978.

<sup>565</sup> La carta de Ottawa fue aprobada el 21 de noviembre de 1986 y se encuentra disponible en: [http://www.promocion.salud.gob.mx/dgps/descargas1/promocion/2\\_carta\\_de\\_ottawa.pdf](http://www.promocion.salud.gob.mx/dgps/descargas1/promocion/2_carta_de_ottawa.pdf)



dependen de otros elementos de igual valía como lo son las organizaciones de derechos humanos, y los organismos creados con tal finalidad por los gobiernos.

Lo que se busca con esta corresponsabilidad en el ejercicio del derecho a la salud, es brindarle a los individuos información certera acerca de los alcances en su salud a través de estos ejercicios educativos, que los lleven a comportamientos saludables, en atención a que todos los sectores están involucrados en el cumplimiento y plena satisfacción del derecho a la salud, por lo cual resultan todos ellos ser valiosísimos en la plenitud material de este derecho humano.

Dentro de esta responsabilidad compartida, por mencionar de manera específica algunas formas de participar en el ejercicio del derecho a la salud se encuentra: el autocuidado y la educación en salud.

En lo que concierne al autocuidado, éste comprende todas las acciones y decisiones que toma una persona para prevenir, diagnosticar y tratar su enfermedad, todas las actividades individuales dirigidas a mantener y mejorar la salud, y las decisiones de utilizar tanto los sistemas de apoyo formales de salud como los informales.<sup>566</sup>

Desde esta perspectiva, entre las actividades de autocuidado, entre otras, se encuentran: el ejercicio, la sana alimentación, los cuidados preventivos como: el control personal de la temperatura, el pulso o la presión arterial, el examen periódico de mamas, la asistencia a las citas de salud, la ingestión de medicamentos de acuerdo con la prescripción médica, no automedicarse, el abandono del hábito de fumar, el control de la glucosa y el cumplimiento de dietas especiales.

---

<sup>566</sup>Coppard, Larry citado en Autocuidado de la salud para el adulto mayor. Manual de información para profesional, Leitón Espinoza, Zoila y Ordóñez Romero, Yiduv, OPS/OMS, Perú, 2003, p. 37.

Coppard ha definido al autocuidado de la salud como "la práctica de actividades que una persona inicia y realiza por su propia voluntad para mantener la vida, la salud y el bienestar, controlando por su cuenta y en la medida de lo posible los factores que afectan su funcionamiento y desarrollo".<sup>567</sup>

Lo que hace evidente que tanto el sector público y privado en materia de salud como el individuo deben enfrentar diversos desafíos en el cuidado de la salud, tales como el consumo de tabaco, alcohol, comida rápida, comida chatarra, el incremento de la contaminación, problemas asociados de salud con las condiciones de pobreza, el hacinamiento, la falta de agua potable segura, barrios inseguros, y el acceso limitado a servicios de salud, lo cual solo puede contrarrestarse través de la promoción de estilos de vida saludables.

El aspecto de la educación y promoción de la salud, se reconocen como factores elementales en la satisfacción los objetivos de salud pública y por ende en la mejora de la salud pública e individual, un ejemplo de ello son las atribuciones con las que cuenta la subsecretaría de prevención y promoción de la Secretaría de Salud Federal, entre las que destacan:

Se puede decir, que la educación para la salud se dirige principalmente a lograr cambios en el comportamiento de los individuos, grupos y poblaciones, que se suponen son perjudiciales para la salud<sup>568</sup>

La Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud ha definido a la promoción de la salud como "el proceso que permite a las personas incrementar el control sobre, y para mejorar su salud. . . un compromiso para hacer frente a los desafíos de la reducción de las desigualdades, la ampliación del ámbito de la prevención, y ayudar a las personas a hacer frente a sus circunstancias. . . crear entornos

---

<sup>567</sup>Ídem.

<sup>568</sup>Simonds, S. K. citado en *Health behavior and health education. Theory, Research, and Practice*, Glanz, Karen, Rimer, Barbara K, y viswanath, K. (edit.), jossey bass, 4a. ed., 2008, United States of América, p. 10.

propicios para la salud, en el que las personas son más capaces de cuidar de sí mismos.”<sup>569</sup>

Todas estas acciones personales tienden de manera específica a elevar los niveles nutricionales, educacionales, racionalizar el consumismo, modificar malos hábitos que propician las condiciones en que habrá de gestarse la enfermedad, un adecuado control sanitario de diversos productos y servicios, etcétera.

El otro aspecto de la corresponsabilidad, descansa en la participación de todos los agentes implicados en el sistema sanitario para garantizar una gestión clínica eficiente, es decir, a todos los profesionales de la salud, en donde las instituciones, médicos y en general para cualquier persona relacionada con la prestación de servicios de salud, tienen la obligación de brindarla atención médica. Llegando a la conclusión que la responsabilidad de estos profesionales de la salud es de suma importancia para el ámbito jurídico.

Se enfatiza el hecho de la participación social a fin de que la comunidad sea autogestora de su propia salud, señalando para tal efecto que es necesario proveer los elementos para que la salud esté bajo protección, estableciendo acciones que en conjunto recaigan sobre la población por medio de las instituciones públicas y privadas, desarrollando para ello las condiciones para que los individuos y la sociedad organicen la demanda y la interacción con los servicios, que al final del día resulta de capital importancia.

El carácter programático de la norma conduce a poner el énfasis en la participación del demandante, lo que va en el sentido de frenar la posibilidad autoritaria y paternalista del Estado. Para ello, el concepto de responsabilidad se inscribe dentro de la capacidad de participar, capacidad que debe desarrollarse y que implica que los individuos dispongan, tanto de los elementos para conocerse a sí y a la realidad social como de los elementos materiales con los que al

---

<sup>569</sup>Epp, L., *Ibíd*em, p. 11.

interactuar le den expresión concreta a ese conocimiento. Entonces se podrá hablar en términos de autocontrol y autocuidado así como de control social, el individuo controlado en la prevención sobre lo que se hace a sí mismo, por la comunidad.

A lo que se sigue que la corresponsabilidad es el complemento de este Estado paternalista en el que se valora contemplativamente a los sujetos como entes que deben ser protegidos, estimulados, ennoblecidos, privilegiados, en donde el individuo tiene también la responsabilidad de un ejercicio activo de sus derechos, es decir, vivir respetando los bienes que protegen estos derechos tanto para sí como para con los demás.

Concluyendo con lo señalado por Marcos Kaplan, “la salud es algo más que la suma de esfuerzos y servicios de salud; es algo a crear, a partir y a través de la modificación de las situaciones, actitudes y comportamientos del enfermo y de su comunidad, y de las condiciones medioambientales patógenas. Se debe contar, esencial y primordialmente, con las propias fuerzas en todos los niveles: de la persona enferma, de la familia, de la comunidad inmediata, de la sociedad nacional. La comunidad es el punto focal de todo el sistema de salud. Se requiere así la participación ampliada de la constelación de actores implicados en los esfuerzos por la salud.”<sup>570</sup>

---

<sup>570</sup> Kaplan, Marcos, Óp. cit., nota 303, p. 63.

## **La Justiciabilidad del Derecho humano a la salud ¿Cuáles son los mecanismos jurisdiccionales de protección del derecho a la salud?**

Antes de adentrarme en este tema tan escabroso para la plena exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, debo establecer lo que se entiende por justiciabilidad, en vísperas de lograr una mayor comprensión sobre este fenómeno negado a los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, entre los que se encuentra el derecho a la salud.

La justiciabilidad, se observa como la posibilidad de reclamar ante un juez o ante un tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho, llámese civil, político, económico, social o cultural.

Como señalé en un principio, existen muchas opiniones que reparan en la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aduciendo principalmente que la falta de justiciabilidad se debe en la mayoría de los casos a la construcción lingüística de estos derechos, los cuales se formulan en forma de principios y no de reglas establecidas a raja tabla en la Carta Magna. De igual manera esta inexigibilidad también se da en clara atención a la falta de efectividad de las leyes emanadas por el Congreso, ya que por lo general, los derechos reconocidos no son materialmente satisfechos y, como vimos, en ocasiones es necesario litigar para lograr la implementación y el cumplimiento de esas normas, obligando al afectado a utilizar todas las vías de reclamo y las acciones disponibles.

Ahora bien, en el supuesto de que un Estado cumpla de manera habitual con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, derivado de las políticas públicas, de ello no se desprende que los beneficiados por estas conductas prestacionales del Estado

gocen de un derecho subjetivo en sentido técnico<sup>571</sup>, hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento.

En cuanto al objeto de estudio de esta investigación, a decir de Ruiz Massieu, el carácter declarativo de las normas programáticas, a las cuales pertenece el derecho a la salud, conduce a que no sean accionables, o sea que no se puedan hacer valer en juicio. Aduciendo que el ciudadano no tiene derecho a la tutela jurisdiccional para que la autoridad judicial obligue coactivamente al Estado a que haga efectiva aquí y ahora una norma programática.<sup>572</sup>

En consecuencia lo que califica la existencia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incluido el derecho a la salud, como derechos plenos no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la posibilidad de reclamo ante el incumplimiento: que -al menos en alguna medida- el titular/acreedor esté en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho.<sup>573</sup>

La doctrina se ha encargado de señalar que no existe una verdadera protección respecto a los imperativos programáticos, ya que el individuo no puede reclamar su cumplimiento de manera directa sino a través de los medios de defensa administrativos, que en la mayoría de los casos confirman la negativa de proporcionar la asistencia, por lo cual se debe tener cierta protección judicial, a fin de hacer estos derechos asequibles, por la importancia que revisten para el desarrollo personal, familiar y social de los gobernados.

---

<sup>571</sup> Kelsen ha manifestado que el derecho subjetivo en sentido técnico es aquella facultad jurídica que le otorga el ordenamiento jurídico a un individuo con motivo del incumplimiento de una obligación por parte de otro u otro, es decir de exigirle el cumplimiento de esa obligación. Kelsen, Hans, Óp. cit., nota 113, p. 90.

<sup>572</sup> Ruiz Massieu, José Francisco, Óp. cit., nota 383, p. 418, 419.

<sup>573</sup> Víctor Abramovich y Christian Courtis, Óp. cit., nota 479, p. 3.

Sin embargo, en las últimas décadas, afortunadamente ha surgido un importante movimiento en defensa de los derechos sociales y colectivos que reivindican su existencia como verdaderos derechos y buscan hacerlos justiciables, es decir, susceptibles de protección judicial.<sup>574</sup>

Como parte de esta justiciabilidad, el Estado mexicano se puede precisar de ser pionero en la defensa jurisdiccional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, esto gracias a la reforma a la Ley de Amparo en la que se contempla su procedencia tratándose de los actos u omisiones de la autoridad que vulnere o menoscabe los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, entre los que se encuentra, el derecho a la salud.

Es esta visión legislativa la que pretende hacer frente a quienes consideran la falta de justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como un obstáculo para catalogarlos como derechos fundamentales de eficacia directa, dado que solo se les atribuía un carácter caprichoso del Estado sin mayores exigencias que el reclamo social, lo que en la actualidad ya no sucede así, bajo el argumento de que el individuo está facultado para interponer el juicio de amparo cuando el Estado sea omiso en el cumplimiento de estas prerrogativas eminentemente prestacionales, es decir, que el individuo puede alegar una violación a su derecho a la salud en el caso de que el Estado no implemente las medidas necesarias de cobertura de este derecho fundamental, un ejemplo de ello sería la falta de abastecimiento de medicamentos huérfanos, entendiéndose por estos a aquellos que estén destinados a la prevención, diagnóstico o tratamiento de enfermedades raras, las cuales tienen una prevalencia de no más de 5 personas por cada 10, 000 habitantes.<sup>575</sup>

---

<sup>574</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio, *Los derechos colectivos en el México del Siglo XIX*, Isonomía, número 36, abril del 2012, México, p.149.

<sup>575</sup> Artículo 224 Bis de la Ley General de Salud.

Otro punto interesante de esta Nueva Ley de Amparo, es la interposición del recurso ya por interés legítimo individual o colectivo, un avance significativo en la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puesto que ello permite a comunidades exigir del Estado las acciones pertinentes para satisfacer determinados bienes, como lo son: la protección de la salud, la educación, la vivienda, solo por mencionar algunos.

Las vías para el amparo de los derechos sociales pueden ser muy distintas de un país a otro, ya que posee un marco normativo generoso y prevé una serie de herramientas eficaces para propiciar el respeto y la vigencia de los derechos humanos, pero lo que resulta de suma importancia es que estos derechos sean accionables y sobre todo garantizados en su cumplimiento efectivo.

Con lo cual, quedan más que resueltas las dudas acerca de la falta de justiciabilidad del Derecho a la salud, puesto que al establecerse un contenido esencial en relación con los mecanismos constitucionales previstos para su protección, tal cual es el caso de los tribunales en primera instancia derivado del conocimiento de algún recurso o en última instancia a través del Amparo. Lo que viene a demostrar la justiciabilidad del derecho a la salud.

Finalmente a manera ilustrativa de la tutela judicial en los que se ve inmerso el derecho a la salud, se señalan algunos casos emblemáticos en muchos de los sentidos respecto a cuales es el contenido esencial de este derecho fundamental, en qué consisten sus alcances, los ejercicios de ponderación y/o delimitación que tuvo que realizar el poder judicial en su determinación y cuáles fueron los argumentos utilizados en la decisión.



## **Precedentes relevantes emitidos por el Poder Judicial de la Federación**

Los siguientes antecedentes judiciales pretenden comprobar que efectivamente el derecho a la salud puede ser exigible de manera judicial, es decir, estas sentencias ponen de manifiesta la justiciabilidad del derecho a la salud.

### **Caso 1. Amparo en revisión 314/2012 Medidas de seguridad sanitaria tratándose de publicidad de productos del tabaco**

**Hechos.** En fecha 6 de mayo del 2009, la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios ordenó a la empresa quejosa, la suspensión de mensajes publicitarios de cigarros, difundido en dos revistas, en virtud de que no eran los medios autorizados, esto es en revistas exclusivas para adultos, infringiendo con ello el artículo 23 de la Ley General para el Control del Tabaco, el cual dispone que la publicidad y promoción de productos de tabaco únicamente será dirigida a mayores de edad a través de revistas para adultos.

Inconforme con esta medida de seguridad impuesta por la autoridad sanitaria, la empresa quejosa promovió amparo, según ella, los artículos antes citados de la Ley General de Salud, son violatorios de la garantía de audiencia, al establecer el procedimiento de suspensión de tales mensajes que deben de seguir las autoridades de manera inmediata, sin oír previamente al gobernado en defensa propia. De igual manera el impetrante de garantías adujo que con dicha medida se le vulneraba su derecho al trabajo.

**Argumentos.** La Suprema Corte al analizar los hechos y vislumbrar que se encontraba ante un posible conflicto de derechos humanos, tales como el derecho a la salud versus el debido proceso y el derecho al trabajo, procedió a esgrimir los siguientes argumentos que le permitieron resolver la problemática planteada.

1. En primer término la SCJN argumentó que dicha medida de seguridad tiene un carácter provisional y accesorio, más no privativo como o adujo la parte quejosa; esto se traduce en que al no implicar una privación de la libertad, de las propiedades, posesiones o derechos de los gobernados, el acto administrativo de suspensión no se agota en sí mismo como si se tratase de un acto privativo, sino que una vez ordenada la suspensión, se iniciará un procedimiento administrativo a efecto de analizar si la publicidad cuya suspensión se ordenó cumple o no con los requisitos establecidos en la ley para que ésta sea considerada legal; razón por la cual es innecesario cumplir con la garantía de audiencia previa.
2. El objetivo de dicha medida de seguridad consiste en tomar decisiones para evitar riesgos que perjudiquen el interés público.
3. De igual forma, la SCJN señaló que al resolver debía proteger el bien jurídico de mayor entidad, que en este caso lo es el derecho a la salud, precisamente por ser una prioridad de orden público y de naturaleza urgente e inaplazable.
4. Argumentando que lo que el legislador ordinario, pretendió al emplear en el artículo 413 impugnado la expresión "...puedan afectar la salud pública..." asegurar de la mejor manera a los gobernados su derecho a la salud, es mediante la adopción de diversas 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.
5. Lo anterior en aras de tener a la mano los instrumentos necesarios que propiciaran efectos inmediatos para salvaguardar el interés público reflejado en la protección del derecho a la salud.
6. Todo ello, en el entendido de que la protección de 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.

7. Por tal motivo, las limitantes y prohibiciones establecidas son constitucionales puesto que las mismas velan por la protección de la salud, principalmente de los niños y jóvenes además de resultar imprescindibles para el establecimiento de sanciones a aquellos que atentan contra la salud de la población, toda vez que la restricción en estudio sí responde a una finalidad legítima y constitucionalmente válida la cual persigue el interés público y social.

### **Resultado y conclusión**

Derivado de los argumentos vertidos en los considerandos de este amparo en revisión la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación procedió a negar el amparo a la empresa quejosa, determinando que si bien es cierto que el promovente cuenta con autorización para publicitar productos derivados del tabaco, también lo es que ésta se encuentra limitada dado el interés que represente la protección de la salud.

De lo cual se derivaron tres tesis intituladas: **MEDIDAS DE SEGURIDAD SANITARIA. LA SUSPENSIÓN DE MENSAJES PUBLICITARIOS EN MATERIA DE SALUD, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 404, FRACCIÓN VIII, DE LA LEY GENERAL RELATIVA, RESTRINGE PROVISIONALMENTE UN DERECHO CON EL FIN DE PROTEGER EL RELATIVO A LA SALUD.**<sup>576</sup> **MEDIDAS DE SEGURIDAD SANITARIA. LA SUSPENSIÓN DE MENSAJES PUBLICITARIOS EN MATERIA DE SALUD, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 404, FRACCIÓN VIII, DE LA LEY GENERAL RELATIVA, CONSTITUYE UN ACTO PRECAUTORIO.**<sup>577</sup> **MEDIDAS DE SEGURIDAD SANITARIA. MOMENTOS EN**

---

<sup>576</sup> Tesis 1a. CCI/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1, p. 515.

<sup>577</sup> Tesis 1a. CCII/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1, p. 514.

## QUE PUEDE ORDENARSE LA SUSPENSIÓN DE LOS MENSAJES PUBLICITARIOS EN MATERIA DE SALUD.<sup>578</sup>

### Caso 2. Amparo en revisión 117/2012 violación a los derechos humanos entre particulares derivado de una mala praxis

**Hechos.** Dos médicos se ampararon ante un laudo arbitral emitido por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en el que se determinó que éstos habían incurrido en una mala práctica médica derivado de una negligencia al realizar un procedimiento quirúrgico sin acreditar la necesidad del mismo y sin contar con el sustento adecuado, de igual manera se condenó en dicho laudo por una atención médica inadecuada a la paciente en la fase post-operatoria. Argumentando los quejosos en sus conceptos de violación que la Comisión Nacional de Arbitraje Médico no fundamentó ni motivo su resolución y que los criterios sustentados por la mencionada Comisión no se apegaron a los de la medicina moderna y que además de todo dicha Comisión realizó una indebida valoración de pruebas.

Los antecedentes que derivaron en esta interposición del juicio de amparo se contraen a que el día 17 de julio del 2007, los médicos –quejosos en el juicio de amparo- realizaron un procedimiento quirúrgico a la paciente afectada a través del cual le quitaron parte de su intestino grueso.

**Argumentos.** Planteados ya los hechos la Primera Sala de la SCJN con respecto al tema de mala praxis médica, al derecho que asiste a los quejosos médicos al debido proceso y a la libertad de trabajo alegados ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, así como el derecho a la fundamentación y motivación de sus resoluciones versus el derecho a la salud de la paciente, como señala el Juez Fernando Silva<sup>579</sup> debe ponderarse en forma equilibrada y adecuada estos

---

<sup>578</sup> Tesis 1a. CCIII/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1, p. 515.

<sup>579</sup> Silva, Fernando, ¿El juicio de amparo frente a particulares? El derecho a la salud contra médicos y hospitales privados, Revista del instituto de la Judicatura Federal, México, número 34, año 2012, p. 244

derechos humanos colisionados a fin de respetar todos y no solamente algunos de los derechos humanos implicados en el juicio de amparo; máxime que en el caso el Estado se encuentra obligado a emitir medidas necesarias y razonables de protección a los sujetos vulnerables, como lo es el caso de la salud de la paciente, quien resulta ser el sujeto más vulnerable en la relación médico-paciente, al depositar en el médico sus bienes más preciados como son: la vida, la salud y la integridad personal.

Al resolver la cuestión, la primera sala de la SCJN justificó su decisión en los siguientes argumentos.

1. El derecho a la salud impone deberes complejos a todos los poderes públicos dentro del Estado, desde el legislador y la administración, hospitales públicos y su personal médico, hasta los tribunales, pero también a los particulares, tales como los médicos, hospitales privados, empleadores y administradores de fondos de pensiones y jubilaciones.
2. En el mismo sentido, señala que el derecho a la salud debe ser respetado por hospitales privados y su personal médico y que a pesar de que el juicio de amparo proceda exclusivamente contra actos de los poderes públicos, ello no implica que los actos de particulares -como una cirugía innecesaria en la que se mutiló parcialmente un órgano en perjuicio de la quejosa- sean ajenos al control del juez constitucional.
3. El juez señala que en aras de proteger y hacer efectivo el derecho a la salud, el Estado mexicano planteó como objetivo brindar servicios de salud eficientes, con calidad, calidez y seguridad para el paciente, mediante la implantación de un sistema de calidad. En cumplimiento de dicho objetivo, se determinó la necesidad de impulsar la utilización de guías de práctica clínica y protocolos de atención médica. La finalidad de dichas guías consistió en evitar que los profesionistas de la salud, en el desempeño de sus labores habituales, frente a un mismo problema de salud, eligieran abordajes diferentes derivados de diversas causas como pudieran ser:

incertidumbre, ignorancia, presiones externas, recursos limitados o preferencias del paciente, propiciando así la estandarización de la atención médica, de modo tal que el criterio médico deja de ser la base central en la toma de decisiones, ya que ahora el criterio médico se complementa con métodos científicos estandarizados, consensuados y evaluados, los cuales ofrecen la mejor evidencia científica y el máximo beneficio con el mínimo riesgo para los usuarios.

4. Por otra parte, 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.
5. El principal fundamento de la sentencia fue la primacía del derecho a la salud de la paciente.
6. Que los actos desplegados por los particulares –como los hospitales y médicos privados- no se encuentran fuera del control constitucional, es la llamada eficacia horizontal de los derechos fundamentales, ya que resulta inconcuso que los derechos fundamentales, como el derecho a la salud, posee eficacia no sólo frente a los órganos del Estado, sino incluso en las relaciones entre particulares, situación que no sólo reafirma la naturaleza jurídica de la Constitución, sino que también justifica la introducción de tales derechos fundamentales en ámbitos aparentemente privados como la atención médica “privada”.
7. Que el objetivo consistente en proteger el derecho a la salud de los pacientes es un fin público, puesto que excede el mero interés de los particulares al ser una meta inherente del Estado mexicano.

### **Resultado y conclusiones**

Tomando en consideración lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió negar el amparo y protección de la justicia a los médicos impetrantes, determinando y sentando el precedente de que el derecho fundamental a la salud

debe respetarse también por hospitales privados y su personal médico, es decir, no solamente en un ámbito de verticalidad por el Estado sino también en una forma horizontal entre los particulares.

Ponderando así el derecho a la salud del paciente, dada la primacía que reviste el mismo sobre otros derechos como el debido proceso y el derecho al trabajo.

De lo anterior se derivó la siguiente tesis:

**DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. IMPONE DEBERES TANTO A LOS PODERES PÚBLICOS COMO A LOS PARTICULARES QUE SE DEDICAN AL ÁMBITO DE LA SALUD.**

El derecho a la salud consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impone deberes complejos a todos los poderes públicos dentro del Estado, desde el legislador y la administración, hospitales públicos y su personal médico, hasta los tribunales; pero también a los particulares, tales como los médicos, hospitales privados, empleadores y administradores de fondos de pensiones y jubilaciones. En consecuencia, del análisis del contenido y estructura del derecho fundamental a la salud, se desprende que éste es vinculante no sólo frente a los órganos del Estado, sino que adicionalmente, posee eficacia jurídica en ciertas relaciones entre particulares. Por ello, en los asuntos de su conocimiento, los tribunales deben atender a la influencia de los valores que subyacen en el derecho a la salud, fungiendo como un vínculo entre la Constitución y los particulares al momento en que resuelven un caso concreto. Así las cosas, en virtud de la fuerza normativa de la Constitución, no resulta compatible concebir 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 efecto, en virtud de la complejidad de los sistemas jurídicos en la actualidad,

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. En conclusión, no puede negarse que el objetivo consistente en proteger el derecho a la salud de los pacientes es un fin público, ya que excede el mero interés de los particulares al ser una meta inherente del Estado mexicano.”<sup>580</sup>

### **Caso 3. Amparo en revisión 2231/97. Enfermo de sida y el acceso a los medicamentos para su tratamiento no incluidos en catalogo básico de la Secretaría de Salud.**

**Hechos.** Un derechohabiente del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) infectado con el virus del VIH/SIDA, al considerar que al no recibir los medicamentos esenciales para el tratamiento de ese padecimiento, esa institución estaba violando ese derecho, promovió un amparo para defender su derecho a recibir los medicamentos contra el VIH/SIDA recién registrados pero no incluidos en el *Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos* de la Secretaría de Salud en alcance a la posibilidad de hacer efectivo su derecho constitucional a la protección de la salud.

#### **Argumentos.**

1. Al establecer que se encuentran estatuidos como servicios básicos de salud, para efectos del derecho a la salud que consagra el artículo 4º. constitucional como garantía individual, la atención médica (que comprende, entre otras, las actividades curativas, que tienen como fin el efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno), así

---

<sup>580</sup>Tesis: 1a. XXIII/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, tomo 1, enero de 2013, p. 626.



como la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud.

2. Tal garantía 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.
3. En definitiva 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, cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la salud que como garantía individual consagra el artículo 4º de la Carta Magna.
4. Que se considera como atención médica al “conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger y promover y restaurar su salud” y al servicio de atención médica 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.

De lo cual se derivó la siguiente tesis:

***SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS***

## **ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS.**

*La Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud que consagra el artículo 4o., párrafo cuarto de la Carta Magna, establece en sus artículos 2o., 23, 24, fracción I, 27, fracciones III y VIII, 28, 29 y 33, fracción II, 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; que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad; que los servicios de salud se clasifican en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social; que son servicios básicos de salud, entre otros, los 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 para cuyo efecto habrá un cuadro básico de insumos del sector salud. Deriva de lo anterior, que se encuentra reconocido en la Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud, el que tal garantía comprende 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, puesto*

*que 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.<sup>581</sup>*

## **Resultado y Conclusiones**

Se concedió 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 está entre sus implicaciones abarca el suministro de medicamentos, sentando un precedente judicial del reclamo de un derecho considerado antes social a un grado justiciable de manera particular.

### **Caso 4. Resolución emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito con fecha 15 de noviembre de 1995. Traslado de procesado para recibir atención médica.**

**Hechos.** En el caso particular, el Secretario de Salud del Estado de Tlaxcala se había negado a proporcionar atención médica y a autorizar el traslado del quejoso, quien en ese momento tenía el carácter de procesado, a un hospital especializado que pudiera hacerse cargo de los problemas de salud que evidenciaba.

## **Resultado y conclusiones**

Fundándose en el derecho que toda persona tiene a la protección de la salud y acceso a los servicios correspondientes en términos del artículo 4º constitucional, el tribunal del conocimiento determinó que la actitud de la autoridad responsable al no proporcionar la atención médica al procesado y negarle su traslado a un

---

<sup>581</sup>Tesis: P. XIX/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XI, marzo de 2000, p. 112.

hospital para que fuera debidamente atendido, resultaba violatoria de la garantía individual al derecho a la protección de la salud.

De lo cual se derivó la siguiente tesis:

**SALUD, DERECHO A LA. LA AUTORIDAD DEL RAMO NO PUEDE NEGARSE A PROPORCIONAR TRATAMIENTO A UN PROCESADO.** Si conforme a lo establecido por el artículo 4º de la Constitución General de la República, toda persona tiene derecho a la protección de la salud y acceso a los servicios correspondientes, el quejoso tiene tal derecho, lo que se traduce en recibir el tratamiento requerido. Luego, con el hecho de que el secretario de Salud del Estado de Tlaxcala, no proporcione la atención médica a un procesado y niegue su traslado a un hospital especializado, es inconcuso que viola esa garantía individual consagrada en el párrafo cuarto del artículo 4º de la Constitución General de la República”.<sup>582</sup>

**Caso 5. Resolución emitida por el Juzgado Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero con fecha 11 de julio del 2008. Construcción de un centro de salud en una comunidad indígena Mini Numa.**

**Hechos.** Quizá un precedente de los más importantes para la justiciabilidad del derecho a protección de la salud se centró en la exigencia de la construcción de un centro de salud en la comunidad indígena de Mini Numa.<sup>583</sup>

En el año 2003, la comunidad mixteca Mini Numa 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 argumentando que al no contar la comunidad con una casa de salud que pudiera albergar dicho

---

<sup>582</sup> Tesis: VI.2o.37 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo II, diciembre de 1995, p. 574.

<sup>583</sup> Amparo indirecto 1157/2007-II389

centro, derivado de esta negativa, se procedió a la construcción de una casa de adobe que albergara a la unidad médica y la provisión de personal capacitado e insumos básicos para su funcionamiento.

No obstante, a pesar de haber satisfecho el requisito previo del lugar, la petición esta vez no podía ser cumplida en atención a los lineamientos administrativos establecidos en el Modelo Integrador de Atención a la Salud, los cuales disponen que para construir un centro de salud la localidad debe contar con diversos requisitos, como lo son: una población de 2500 y 3000 habitantes por núcleo básico a una distancia de 15 kilómetros y un tiempo de 30 minutos de recorrido al centro de salud más cercano, y como la comunidad Mini Numa no cumplía con estas condiciones su petición no podía ser cumplida. Ante tal negativa se interpuso juicio de amparo por las violaciones a su derecho a la protección de la salud, en específico respecto a la negativa en el establecimiento de una unidad médica que les permitiera satisfacer las condiciones mínimas de atención médica.

#### **Argumentos del juez.<sup>584</sup>**

Los argumentos utilizados por el juez fueron los siguientes:

- El derecho a la protección de la salud, se circunscribe como un derecho universal, que protege a todo ser humano y en este sentido, como se trata de un derecho prestacional en la medida en que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones de hacer por parte de los poderes públicos y para hacerlo realidad, el acceso a la salud debe ser universal, equitativo y de calidad; sin que en el caso los poderes públicos puedan alegar motivos no justificados, como la escasez presupuestal, para dejar de cumplir con sus obligaciones constitucionales.
- El goce de una adecuada protección de la salud dependerá de las bases y modalidades que al efecto establezcan la ley.

---

<sup>584</sup> Argumentos extraídos del Juicio de amparo administrativo 1157/2007-II. Disponible en: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/boletin/0812/2.5-21-JD07-MX-AI-2007-1157.pdf>

- La equidad pretende eliminar las discriminaciones en el acceso al derecho a la salud y “la no discriminación en materia de derechos sociales, se encuentra explícitamente recogida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- La calidad es “un requisito no solamente de la existencia misma del sistema comprendido globalmente [...], sino también de igualdad entre quienes acceden a los servicios públicos de salud y de quienes lo hacen en servicios privados”.
- El gobierno local es 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”.
- Las leyes secundarias en materia de derecho a la salud –la Ley General de Salud y la Ley de Salud del Estado de Guerrero– tienen un componente de 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, también establecen las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud.
- El derecho a la salud es “un derecho que sin distinciones de ninguna especie, goza toda persona que se encuentren en el territorio nacional y por su calidad de garantía individual, permite que este derecho sea reclamable a través del juicio de amparo”.

### **Resultados y conclusiones**

El Juzgado Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero resolvió amparar a los quejosos en virtud de que su derecho fundamental de acceso a la salud había sido trasgredido.

Ahora bien, con los antecedentes judiciales expuestos con anterioridad, ha quedado más que demostrada la preeminencia de este derecho sobre otros, tales

como el derecho al trabajo, al debido proceso en específico la garantía de audiencia y a la seguridad pública, otorgándole primacía a este derecho fundamental que es la protección de la salud.

Todos estos precedentes en los que se ve inmiscuido el derecho a la salud resultan imprescindibles para acallar las críticas sobre la falta de justiciabilidad de los Derechos Económicos, sociales y culturales, mostrándose con ello que estos derechos son totalmente susceptibles de acudir ante las autoridades jurisdiccionales en busca de una prestación positiva o negativa en el supuesto de que se vulneren estas prerrogativas por una acción u omisión ya sea por parte del Estado o de los particulares que proporcionan servicios de salud, consistentes en la atención médica, en la salud pública y la asistencia social.

### **Reflexiones finales sobre la exigibilidad y justiciabilidad del derecho a la salud**

Las decisiones a las que se ha hecho referencia por parte de los Tribunales mexicanos, se han traducido principalmente en el otorgamiento de medidas cautelares consistentes en la provisión de medicamentos, la realización de tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas, construcción de unidades de atención médica, es decir en la prestación de servicios de atención médica y no tanto en la integralidad del derecho a la protección de la salud que como ya se dijo, se configura como un derechos inclusivo, un derecho que incluye todos estos determinantes básicos de la salud.

En lo que concierne a las decisiones judiciales en el ámbito internacional, la mayoría de los fallos ocurre lo mismo, la regla es la prestación de servicios de atención médica, no obstante, de forma aislada, existen casos en los que se alega

este derecho fundamental en su plenitud, es decir, como la satisfacción general del bienestar físico, mental y social.<sup>585</sup>

Lo anterior, muestra la gran trascendencia respecto al avance de la judicialización de los Derechos Económico, Sociales y Culturales, ya que cada vez más se han establecido las vías jurisdiccionales por las cuales se puedan plantear posibles violaciones a los derechos sociales, ya sea que se conculquen por una acción o una omisión de los poderes públicos o privados. Por otro lado, estas resoluciones ayudarán a delimitar el núcleo esencial de estos derechos.

Cabe resaltar, que el avance más importante de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en estos días está en su reclamo judicial, en su efectiva justiciabilidad, la cual les ha sido negada por mucho tiempo, por lo que se vuelve importantísima ante tantas violaciones cometidas a los mismos, en específico a la falta de servicios de atención médica, a la negligencia en los mismos, a la falta de información, a las violaciones a la intimidad, a la integridad personal, entre otros. Este progreso debe ir acompañado de su cumplimiento efectivo por parte de los tres niveles de gobierno y sobre todo del propio individuo.

Estos precedentes muestran como efectivamente el derecho a la salud puede hacerse exigible a través de los mecanismos jurisdiccionales, lo que se ha de denominar la justiciabilidad del derecho a la salud.

En este contexto, es de destacarse que tanto la Suprema Corte mexicana al igual que muchas otras cortes internacionales han estatuido que la tutela de la vida y de la salud son superiores a otros derechos constitucionales. A lo cual, he de referirme cuando haya lugar a ponderar este derecho sobre otros.

---

<sup>585</sup> La compilación de sentencias en el libro *Derechos a la Salud* coordinado por Fernando Silva García en la colección Garantismo Judicial editado por Porrúa puede ser muy ilustrativa al respecto. De igual manera en la página <http://www.globalhealthrights.org/> se encuentran diversas decisiones judiciales respecto a todos los factores que conlleva el derecho a la protección de la salud.



Como se observó en los precedentes anteriores, el derecho a la salud, se ponderó sobre otros derechos humanos, tales como el derecho al trabajo y es más hasta puede acontecer que al caso concreto se decida por ella, un supuesto acontece con la libertad, ya que la autoridad sanitaria está facultada para establecer cuarentenas o acciones de emergencia, en donde se puede limitar la libertad, en aras de un tema de salud pública.

Es por ello, que cuando se habla de la colisión entre principios, la misma se refiere al caso concreto donde presentan como relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que a su vez, son normas incompatibles entre sí, pero ambas pudieran ser respuestas al caso concreto.

Ya lo señalaba Muñoz Ledo que el problema de la vigencia real de los derechos sociales en México es una preocupación permanente de la sociedad, a lo cual se debe de partir de la indivisibilidad de los derechos humanos, los cuales se clasifican con fines didácticos, pero en conjunto constituyen un sistema en el que todos están interrelacionados; por ello, si algún derecho no tiene vigencia real, es prácticamente imposible la vigencia plena de los demás...”<sup>586</sup>

Respecto a esta conjunción de los derechos fundamentales, Carl Schmitt al referirse de la Constitución Federal Alemana menciona que la misma disposición suprema entraña una coexistencia de normas que consagran derechos y prerrogativas fundamentales, obligaciones y principios de interés público, entre otros, que han de ser armonizados con el objeto de no suprimir la unidad e integración que significa el marco constitucional en su conjunto.<sup>587</sup>

---

<sup>586</sup> Muñoz Ledo, Porfirio, *Comisión de Estudios para la Reforma del Estado. Conclusiones y Propuestas*, México, UNAM, 2001, p. 74.

<sup>587</sup> Schmitt, Carl, Óp. cit., nota 235, p. 33.

En el mismo tenor, algunos autores han señalado que los derechos humanos, como objetos exigidos por la naturaleza humana, nacen ajustados unos con otros.<sup>588</sup>

No obstante lo anterior, en la actualidad existen posiciones encontradas a esta idea de los derechos humanos como un sistema ordenado de principios, los cuales gozan de unidad, coherencia y plenitud, lo que conlleva a la ausencia de conflictos, que sus disposiciones no se contraponen, toda vez que en su construcción en un primer plano constitucional, éstos son armónicos.

Giorgio pino<sup>589</sup> menciona que los derechos son a menudo incompatibles entre ellos y que en raras ocasiones o más bien nunca están ordenados por relaciones jerárquicas o de prioridad, sino que —más bien al contrario— están expresamente dispuestos en un plano (por lo menos formalmente) de paridad o equidad.

Sin embargo<sup>590</sup>, esta consideración se ve superada por quienes argumentan que cuando estas disposiciones normativas entran en práctica, necesariamente las mismas tienden a colisionar y por ende se debe de “preferir” un derecho sobre otro, a través de mecanismos hermenéuticos como: la supuesta jerarquía de los derechos, a lo cual se habla que existen preceptos de primer orden y de segundo orden; de la ponderación que utiliza criterios de solución como la proporcionalidad y la razonabilidad; de la limitación que acontece cuando el mismo ordenamiento supremo le impone condiciones de ejercicio a un derecho; o por conducta de la delimitación en cada caso concreto del contenido esencial de los derechos humanos.

---

<sup>588</sup> Cianciardo, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, EUNSA, 2000, p. 370.

<sup>589</sup> Pino, Giorgio, *Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli*, Doxa, Alicante, España, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32, 2009, p. 649.

<sup>590</sup> Norberto Bobbio en su “Teoría General del Derecho” considera que a la coherencia y la plenitud no como rasgos reales de los Ordenamientos jurídicos, sino como ideales morales acerca de cómo debe ser un buen Ordenamiento. Bobbio, Norberto, Óp. cit., nota 502.

Ahora bien, antes de abordar la temática de los derechos en juego, cabe señalar antes que nada que efectivamente en un plano filosófico y conceptual los derechos humanos han sido concebidos como una unidad del individuo en un aspecto personal, en el que todo este conjunto tiende a maximizar las condiciones de desarrollo de este ente.<sup>591</sup>

No obstante, no hay que olvidar que el hombre es un zoom politikon<sup>592</sup> y por tanto debe ser precavido en el ejercicio de sus derechos, como diría Mill, el único obstáculo en el ejercicio de los derechos propios es el perjuicio a los demás, es por ello que el ejercicio de los derechos debe recaer en la máxima juarista del respeto al derecho ajeno es la paz.

El problema de la colisión de los derechos humanos y las libertades fundamentales, decir de Prieto Sanchís<sup>593</sup> este es un problema común a todos los derechos fundamentales, a lo cual se deben resolver ateniendo a las herramientas de la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, entre otras valoraciones argumentativas, ya que no existe un orden de prelación estricto en estos, solamente poseen un valor indicativo que únicamente puede ser analizado en el caso concreto, dando una solución a estas limitaciones.

Bleckmann, menciona que existe colisión de derechos fundamentales cuando el titular de un derecho fundamental a causa de una actividad estatal obtiene una ventaja pero afectando al mismo tiempo el derecho fundamental de otro titular".<sup>594</sup>

---

<sup>591</sup> Es importante separar como lo hace Hans Kelsen en su insigne obra "La teoría pura del Derecho" la estática jurídica y la dinámica jurídica, debido a que en un principio la construcción del orden jurídico debe presumir la unidad y la coherencia, no obstante más adelante el propio Kelsen reconoce la posibilidad de que los órganos jurídicos de hecho implanten normas que se encuentren en conflicto entre sí. Kelsen, Hans, Óp. cit., nota 129.

<sup>592</sup> Aristóteles, *La política*, Libro I, México, Editores mexicanos Unidos, 2002, pp. 1-36.

<sup>593</sup> Prieto Sanchís, Luis, *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, Derecho y Libertades, núm. 8, 2000, p. 443.

<sup>594</sup> Bleckmann, Albert, *Staatsrecht II Die Grundrechte*, 4a. ed., Berlin, Karl Heymanns, 1997, p. 473 y 474, citado en Castillo Córdova, Luis Fernando, *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, número 12, Enero - Junio 2005, p. 102.

Así cuando se habla de la colisión de derechos humanos o conflictos entre estos, se da cuando el efecto jurídico de la protección constitucional alegada por un sujeto es incompatible con el efecto jurídico perseguido por otro sujeto.

Robert Alexy<sup>595</sup> señala que solo existe un conflicto cuando se presenta entre reglas y una no puede ser declarada inválida según los criterios de jerarquía, posterioridad y especialidad, solo puede solucionarse mediante la introducción de una de ellas en la cláusula de excepción (la regla ha de aplicarse siempre, a excepción de los casos que caigan bajo el supuesto de hecho prescrito por la regla, esta última determinará la solución). No se habla de contradicción entre ellas, sino una tensión, ninguna de ellas goza de primacía frente a la otra.

De los antecedentes judiciales mencionados, se denota cómo se decidieron por este derecho por antonomasia vital para la condición humana, a través de ejercicios de ponderación, limitación y delimitación de otros derechos.

---

<sup>595</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Óp. cit., nota 82, p. 90.

## CONCLUSIONES

- ❖ En la actualidad se observa más que nunca el cambio de paradigma de la sujeción de los individuos al derecho a la posesión del derecho por parte de los individuos, es decir, al derecho de los sujetos, que conlleva un empoderamiento de los mismos.
- ❖ La individualización del Derecho no se entiende sin los elementos que integran esta relación triádica, a decir, 1) un sujeto que se ostenta como el titular de un derecho, 2) el contenido mismo de este derecho, esto es, el bien jurídico tutelado por el mismo y 3) un sujeto obligado frente a este derecho, un tercero ajeno al que se le hace valer este derecho.
- ❖ La titularidad de los derechos además de estos elementos, conlleva una finalidad, los derechos son medios para conseguir determinados fines, en particular, el desarrollo humano y el bienestar general.
- ❖ Al hablar de esta titularidad de los derechos, el sujeto se convierte en la fuente, valor y fundamento del Derecho, debido a que es él mismo el creador de su propia historia y el productor de sus acciones, entre ellas, la creación del Derecho.
- ❖ La condición humana a diferencia de la naturaleza humana se revela como el punto medular del derecho de los sujetos, como un criterio de objetividad que explica su origen.
- ❖ El derecho de los sujetos ha sido explicado mediante la noción del derecho subjetivo principalmente, dentro de este se han establecido categorías como la facultad, potestad, inmunidad, privilegio, deberes.
- ❖ Otras explicaciones sobre los derechos de los particulares recaen en su consideración como libertades fundamentales, triunfos frente al poder político, títulos o reivindicaciones de la condición humana.
- ❖ Lo que es innegable es que el derecho de los sujetos está intrínsecamente relacionado a la facultad y a la potestad de los individuos para la consecución de sus intereses.

- ❖ Los derechos subjetivos, al menos en Occidente, parten de la ideología cristiana, de los valores de igualdad, dignidad y fraternidad e incluso de otredad.
- ❖ Con el transcurso del tiempo los derechos subjetivos han ido secularizándose y pasando a ser una exclusividad del positivismo, el cual predispone un ordenamiento amoral, carente de valores, de una carga axiológica.
- ❖ Algunas de las causas de los derechos de los sujetos se encuentran en el nominalismo, en el iusnaturalismo, en el liberalismo político, en los conflictos armados, o bien, en el positivismo.
- ❖ En la actualidad, las barreras que, en antaño, enfrentaban al positivismo con el iusnaturalismo han ido desdibujándose poco a poco, debido al reconocimiento del iusnaturalismo o al menos de sus valores en los ordenamientos supremos, esto es, en los catálogos de derechos de las Constituciones.
- ❖ Los derechos de los sujetos en la actualidad se han convertido en los denominados derechos humanos.
- ❖ Estos derechos humanos descansan indudablemente en cuestiones axiológicas como la dignidad humana, la igualdad, libertad, desarrollo, bienestar, fraternidad, justicia.
- ❖ Nunca antes la ética había tenido tanta significación en la dirección de los asuntos humanos.
- ❖ Los derechos de los sujetos son un reconocimiento de las premisas de la condición humana de los sujetos y de las implicaciones que ésta conlleva, puesto que fue la transformación de todos los hombres en hombres como tal, la que conllevó al término de la dignidad.
- ❖ Con esta visión se deja de tratar a los hombres como objetos y se convierten en sujetos.
- ❖ Los derechos de los sujetos abarcan tanto los asuntos civiles y políticos como los sociales, económicos y culturales, de ahí que se derive su

clasificación en derechos civiles y políticos así como en derechos económicos, sociales y culturales.

- ❖ Dentro de estos Derechos Económicos, Sociales y Culturales está el derecho a la salud, un derecho humano fundamental para la subsistencia de la condición humana.
- ❖ El derecho a la salud, protege este bien humano básico primario por antonomasia, el cual se convierte en un elemento toral e indispensable de la condición humana.
- ❖ Lo fundamental del derecho a la salud va a consistir en el papel tan trascendental que desempeña ora en la subsistencia de la condición humana, ora en su desarrollo, ora en su bienestar así como en la conexidad y el disfrute con otros derechos humanos.
- ❖ Las implicaciones del derecho a la salud son tan vastas que va desde la atención médica hasta las condiciones saludables como una adecuada nutrición, la calidad del agua y el saneamiento básico, la adaptación y mitigación del cambio climático, entre otros factores básicos determinantes de la salud.
- ❖ El tratamiento ideológico que se le ha dado al derecho a la salud ha pasado desde su consideración como una garantía social, para pasar a ser una garantía individual y finalmente llegar a percibirse como un derecho humano fundamental.
- ❖ El derecho a la salud se revela como un derecho humano fundamental en sus dos vertientes, tanto en la consideración vital que representa para la condición humana como en las características de la fundamentalidad del ordenamiento jurídico.
- ❖ El derecho a la salud, por tanto, se vislumbra como un derecho inclusivo en diversos sentidos, uno de ellos es por los sujetos que prevé en su realización, es decir a todas las personas, sean estos nacionales o extranjeros, migrantes o inmigrantes, niños o ancianos, etcétera. La otra parte de la inclusividad se refiere al objeto, en atención a que los alcances del derecho a la salud abarcan todas estas condiciones que pueden llegar a

modificar o afectar la salud, así como los servicios de salud per se, finalmente este derecho se vuelve inclusivo al considera a todos los sectores en su realización, al sector público y al privado así como al propio individuo.

- ❖ Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como es el caso del derecho a la salud, son derechos auténticos y no existen impedimentos teóricos ni materiales para su efectivo cumplimiento.
- ❖ El cumplimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales puede realizarse a través de las garantías primarias y secundarias, dentro de las primarias se encuentra su configuración legislativa y el entramado organizacional de la administración pública, mientras que en las secundarias se encuentra su justiciabilidad, es decir, se prevén las posibilidades de exigir su cumplimiento a través del reclamo judicial.
- ❖ La corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos es un factor clave en su efectivo ejercicio, toda vez que los derechos no son responsabilidad exclusiva de los Estados paternalistas y asistencialistas, sino que el individuo debe adquirir plena conciencia de la importancia de preservar estos bienes humanos básicos primarios, entre los que destaca la salud.
- ❖ El individuo encuentra en el Derecho el medio para sus fines, entre los que se encuentran: el desarrollo humano y el bienestar general.



## BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud en la Argentina”, 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.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

*Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Revista española de Derecho Constitucional, 2002, número 66.

*Derechos sociales y ponderación*, 1ª ed., Fontamara, México, 2010.

Arendt, Hannah, *Los Orígenes del Totalitarismo*, Alianza, 2006.

Responsabilidad y Juicio, Paidós, Barcelona, 1995, traducción de Miguel Candel.

*La condición humana*, Paidós, España, 1993.

Barranco Avilés, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2000.

Beuchot, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos*, siglo XXI editores, Argentina, 1993.

Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1993.

Brand, Danie y Christof Heyns, eds., *Socio-Economic Rights in South Africa*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2005.

Brena Sesma, Ingrid, *El derecho y la salud. Temas a reflexionar*, México, UNAM-IIJ, serie estudios jurídicos, número 57, 2004.

Cano Valle, *Derecho a la Protección a la Salud en América Latina*, México, Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social, 2010.

*Percepciones acerca de la medicina y el derecho*, instituto de investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 49, 2001.

Charvel, Sofía, coord., *Derecho a la protección de la salud*, Cuadernos de Derecho y Ciencia, ITAM, Número 1, volumen 1, Primer trimestre, México, 2010.

Clapham, Andrew y Mary Robinson (ed.), *Realizing the right to health*, Rüffer & Rub, Suiza, 2009.

Cossío Díaz, José Ramón, “Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución” en *Estudios Jurídicos en homenaje a Felipe Tena Ramírez*, Porrúa, México, 1999.

Cossío Díaz, José Ramón, “Problemas para la exigibilidad de los derechos sociales en México” en *Formación y perspectivas del Estado en México*, Fix Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie de Estudios Jurídicos número 164, México, UNAM 2010, p. 132.

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 Carbonell, Miguel, Juan Antonio Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM-IIJ, México, 2000.

Dieterlen, Paulette, *Sobre los derechos humanos*, México, UNAM, 1985.

Dworkin, Ronald, *Talking Rights Seriously*, Bloomsbury Academic, New York, 1997.

*¿Es el derecho un sistema de reglas?*, FCE, México, 1980

Eide, Absjorn, Krause, C. y Rosas, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Kluwer, Dordrecht, Boston, Londres, 1995.

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.

Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid, España, 2004.

Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego Sánchez con la colaboración de Raúl Madrid Ramírez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

Folgado, Avelino, *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo*, Volumen 1, San Lorenzo de El Escorial, 1960.

Fuenzalida Puelma, Hernán L. y Susan Scholle Connor, “The Right to Health in the Americas. A Comparative constitutional Study”, 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.

González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, UNAM-IIJ, México, 2008.

Grocio, Hugo, *Del derecho de la guerra y la paz*, libro I, capítulo 1.

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.

Hart, Herbert, Are there any Natural Rights? en *Rights*, comp. por D. Lyons. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1979.

Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning*, Yale Law Journal, XXIII, 1913, No. I.

Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos, Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, trad. de Stella Mastrangelo, México, FCE, 1994.

Mill, John Stuart, *Sobre la Libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1970.

Moctezuma Barragán, Gonzalo, *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*, 2ª ed., México, UNAM, 2000.

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

Muñoz de Alba Medrano, coordinadora, *Temas selectos de salud y derecho*, México, UNAM, 2002.

Peces-Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

Posner, Richard, *Human Welfare, not Human Rights*, The Law School the University of Chicago, Marzo, 2008.

Prieto Sanchís, Luis, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, Ley, derechos, justicia, Madrid, Dykinson, 1998.

Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

Raz, Joseph, *The concept of a legal system*, citado en Pablo Navarro, José Juan Moreso, *Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas*, Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, número 5, octubre, México, 1996.

Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, FCE, 4ª reimp, 1971.

Recasens Sichés, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, Porrúa, México, 1959.

Soberón, Díaz Alfaro, et. all, *Derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Porrúa, 1983.

Rodríguez Moreno, Alonso, *Origen, evolución y positivización de los derechos humanos*, CNDH, México, 2011.

Ruiz Massieu, José Francisco, *Nuevo Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 1983.

Ruiz Massieu, José Francisco, *Cuestiones de Derecho Político (México y España)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, estudios doctrinales, número 144, UNAM, México, 1993.

Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 2009.

Soberanes Fernández, José Luis, *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*, UNAM-IIIJ, Serie Estudios jurídicos, No. 114.

Soberón, Díaz Alfaro et. all, *Derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Porrúa, 1983.

Spector Horacio, *La filosofía de los derechos humanos*, Isonomía, Revista de teoría y filosofía del derecho, No. 15, 2001.

Steiner, Hillel, *An Essay on Rights*, Blackwell, Oxford, 1994.

Tamanaha, Brian, *Law as a means to an end: Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2006.

Tierney, Brian, *The Idea of Natural Rights Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law*, Emory University, Cambridge, 1997.

Tuck, Richard, *Natural Rights Theories, Their Origin and Development*, Cambridge, 1979.

Villey, M., *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976

*La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

Wellman, Carl, *An approach to rights, Studies in the Philosophy of Law*, Law and philosophy library, Harvard, 1997.

Wilhelmi, Marco Aparicio y Pisarello, Gerardo, "Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas", en *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, Ed. Huygens, España, 2008.

Yáñez Campero, Valentín H., *La administración pública y el derecho a la protección de la salud en México*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2000.

## **BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA**

Acuña, Juan Manuel, "La jurisdicción constitucional y los derechos imposibles" en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. IV, Derechos fundamentales y*

*tutela constitucional*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coord.), UNAM, IMDPC, Marcial Pons, México, 2008.

Agudo González, Jorge, *Evolución y negación del derecho subjetivo*, Revista Digital Derecho Administrativo, No. 5, primer semestre/2011.

Aristóteles, *Ética*, Edimat, 2001, España.

*La política*, Libro I, México, Editores mexicanos Unidos, 2002.

Atienza, Manuel, *Para una razonable definición de razonable*, Doxa 4, España, 1987.

Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997.

Benda, Ernesto, *Manual de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

Benn, Stanley, *Rights*, Enciclopedia of Philosophy, New York, 1967.

Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, México, FCE, 1996.

Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, Trad. de José F. Fernández Santillán, FCE, México, 6.ª reimpresión, 1998.

*Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991.

Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías Individuales*, Porrúa, 37ª ed., México, 2004.

Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie doctrina jurídica, número 185, UNAM-CNDH, México, 2003.

Cárdenas Gracia, Jaime en *Introducción al estudio del derecho*, Colección cultura jurídica, UNAM, México, 2010.

Castro, Juventino, *Biblioteca de Amparo y Derecho Constitucional Vol. 2*.

Cianciardo, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, EUNSA, 2000.

Comte, Augusto, *Curso de filosofía positiva*, Madrid, Magisterio Español, 1977.

Cossío Díaz, José Ramón. *Dogmática constitucional y régimen autoritario*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, Fontamara, México, 1998.

Currea-Lugo, Víctor de, "La salud en el derecho internacional de los derechos humanos", anexo del libro *la salud como derecho humano*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

Da Silva, José Alfonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, trad. de Nuria González Martín, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie doctrina jurídica, número 149, UNAM, México, 2003.

Duguit, Leon, *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, trad. de Posada, Madrid, 1921.

Douzinas, Costas, *The End of Rights*, Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, Vol. 7, T. 1, Trad. de Fernando Falcón y Tella, 2006.

Escribano Collado, Pedro, *El Derecho a la Salud*, Cuadernos del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, España, 1976.

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

Feinberg, Joel, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, New Jersey, Princeton University Press, 1980.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

Fuertes-Planas Aleix, Cristina, *Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart*, Anuario de derechos humanos, nueva época, volumen 8, 2007.

Gamas Torruco, José, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 2001.

García-Baró, M., *La compasión y la catástrofe*, Sígueme, Salamanca, 2007.

García Máynez, Eduardo, *Lógica Jurídica*, Colofón, México, 2006.

García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 1974.

García Ramírez, Sergio, *Derechos humanos, salud y práctica médica*, Estudios jurídicos, México, UNAM, 2000.

Giambattista Vico, *Ciencia Nueva*, Madrid, Tecnos, 2006.

Glanz, Karen, Rimer, Barbara K, y viswanath, K. (edit.), jossey bass, *Health behavior and health education, Theory, Research, and Practice*, 2008.

Hart, Herbert, "Bentham on Legal Rights" en *Rights*, comp. por D. Lyons. Belmont: Wadsworth Publishing Company.

Hervada, Jesús, *Introducción crítica al derecho natural*, 6ª. Ed., Eunsa, pamplona, 1990.

Holmes, S. y Sunstein, C., *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, Nueva York, Norton & Co., 1999.

Ihering, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, T. IV, DeBailly-Baillere e Hijos, Madrid, 1892.

Jeammaud, Antoine, "Legislación y realidad de la negociación. Apuntes para el análisis de sus relaciones", Trotta, Madrid, 1993.

Jellinek, Georg, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, societáe ditrica librarla, milano, 1912.

Kamenka, Eugene, "Human Rights, Peoples' Rights", en *International Human Rights in Context*, comp. por H. J. Steiner and P. Alston, Oxford Clarendon Press, 1996.

Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Trad. de E. García Máynez, UNAM, 5ª Ed., México, 1995.

*Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

Kramer, M., Simmonds, N. y Steiner, H., *A Debate over Rights*, Oxford: University Press, 1998.

Lalonde, Marc, *A new perspectives on the Health of the Canadians*, 1974.

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

MacCormick, Neil, *Reconstruction After Deconstruction: A Response to CLS*, Oxford Journal of Legal Studies, 1990.

Manzano García, J. R., *El derecho a la protección a la salud*, Porrúa, México, 2000.

Martin, Rex, *Un sistema de derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001.

Martínez Pujalte, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Molina, Luis de, *Los seis libros de la justicia*, trat. II, disp. 1, 2.

Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, Porrúa, México, versión castellana de Nicolás Estévanez, 3ª edición, 1977.

Moyn, Samuel, *The last utopia: Human rights in history*, Harvard University Press, 2012.

Muñoz Arnau, Juan Andrés, *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

Muñoz Ledo, Porfirio, *Comisión de Estudios para la Reforma del Estado. Conclusiones y Propuestas*, México, UNAM, 2001.

Nino, Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, 2ª Ed., Buenos Aires, 1980.

Occam, Guillermo de, *Opus nonaginta dierum*, cap. 6, ed. Offler, Mancunii, 1974, Tomo I.

Olivecrona, *El derecho como hecho*, Trad. Jerónimo Cortés Funes, De palma, Buenos Aires, 1959.

Prieto Sanchís, Luis, *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, Derecho y Libertades, núm. 8, 2000.

*Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998

Rodríguez, Lorenzo, en *Prontuario de Derecho Constitucional*, Coord. Pablo Lucas Verdú, Ed. Comares, Granada, 1996.

Rojas Caballero, Ariel, *Las Garantías individuales en México*, Porrúa, 2ª ed., México, 2003.

Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, el Aleph, 1999.

Rorty, Richard, *Objetividad, relativismo y verdad, Escritos filosóficos 1*, Barcelona, Paidós, 1996.

Rorty, Richard, "Human Rights, Rationality, and Sentimentality" en *On Human Rights*, The Oxford Amnesty Lectures 1993, comp. por S. Shute and S. Hurley, Basic Books, New York, 1993.

Rosenblum, N., *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.

Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, FCE, México, 2000.

Savigny, Friedrich Karl Von, *Sistema de derecho romano actual*, Analecta, Pamplona, 2004.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, España, Alianza Editorial, 2003.

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

Sepulveda, Magdalena, *the Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Amberes, Intersentia, 2003.

Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2000.

Suárez, Francisco, *De opere sex dierum*, cap. 16, núm. 9, III.

Tamayo y Salmoran, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, UNAM, México, 1968.

Taylor, Charles, "Human Rights: The Legal Culture" en *International Human Rights in Context*, comp. por H. J. Steiner and P. Alston, Clarendon Press, Oxford, 1996.

Taylor, M. C., *Después de Dios. La religión y las redes de la ciencia, el arte, las finanzas y la política*, Siruela, Madrid, 2011.



Villaseñor Bayardo, Sergio Javier et al, *La enfermedad y la medicina en las culturas precolombinas de América: la cosmovisión nahua*, Investigación en salud, año 2002, volumen IV, núm. 3, Universidad de Guadalajara, México.

Velasco Mondragón, Héctor Eduardo et al, "Concepto multidimensional de salud y enfermedad" en *La Comunicación Humana en la Relación Médico-Paciente*, editado por Carlos Tena Tamayo y Francisco Hernández Orozco, Editorial Prado, 2005, México.

Voltaire, *Tratado sobre la tolerancia*, Critica, España, 1999.

Williams, Bernard, *Philosophy as a humanistic discipline*, Princeton University Press, New Jersey, 2006.

Wolff, Christian, *Institutiones jurisnaturae*, 1750.

Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995.

## HEMEROGRAFÍA

Abramovich, Víctor y Courtis, Cristian, *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.

Bastida, Francisco, *El fundamento de los derechos fundamentales*, Revista electrónica de derecho universidad de la roja, diciembre 2005.

Beauchamp, Tom L. y Ruth R. Faden, "The Right to Health and the Right to Health Care", en *Journal of Medicine and Philosophy*, Oxford, vol. 4, núm.2, junio de 1979.

Bole, Thomas, "The Rhetoric of Rights and Justice in Health Care", *The Right to Health Care*, Dorrecht, Kluwer Academic Publishers, 1991.

Bulygin, Eugenio, *Sobre el status ontológico de los derechos humanos*, DOXA (Cuadernos de Filosofía del Derecho) 4.

Castillo Córdova, Luis Fernando, *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, número 12, Enero - Junio 2005.

Cook, Rebecca J., "Gender, Health and Human Rights", en *Health and Human Rights. An International Journal*, Boston, vol. 1, núm. 4, verano de 1995.

Cossio, Carlos, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Losada, 1954.

Cruz Parceró, Juan Antonio en *Derechos morales: concepto y relevancia*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 15, octubre 2001.

Cruz Parceró, Juan Antonio, *Los derechos colectivos en el México del Siglo XIX*, Isonomía, número 36, abril del 2012, México.

Eide, Absjorn, "Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, núm. 43, Ginebra, diciembre de 1989.

Entralgo, Laín, *La relación médico-enfermo*, Historia y teoría, Madrid, Revista de Occidente, 1964.

Ferrajoli, Luigi, *El Derecho como Sistema de garantías*, Jueces para la democracia, No. 16–17, 1992.

González de la Vega, René, *El nuevo marco jurídico de la salud. Un enfoque de modernización*, Revista de Administración pública, Administración del Sector Salud, Año 1987, número 69-70 Enero –Junio.

González Díaz, Carlos, En torno a una definición sobre el Derecho de la Salud. Revista Educación Médica Superior, la Habana, Cuba, Volumen 19, No. 4 octubre – diciembre, 2005.

Guastini, Ricardo, "La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución Italiana" en *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid.

Habermas, Jürgen, Validez, eficacia y legitimidad de la norma jurídica: ¿Qué la hace exigible? Revista Barco de papel II etapa III (2), diciembre, 2005.

Huesbe Llanos, Marco A. *La teoría política de Samuel Pufendorf a través de su comentario a la constitución del imperio romano-germánico*, Revista Estudios Históricos Jurídicos, No.31.

Hunt, Paul y Gumilla Backman, "Health Systems and the Right to the Highest Attainable Standard of Health" en *Health and Human Rights. An International Journal*, Boston, vol. 10, núm. 1, 2008.

Ignatieff, Michael, *Human rights as idolatry*, Princeton University, April 4–7, 2000.

Kumate, Jesús, *La salud pública en México en el siglo XX. Los protagonistas*, El Colegio Nacional.

Laporta, Francisco, *Sobre el concepto de derechos humanos*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 4, 1987.

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.

Lema Añon, Carlos, "El Derecho a la salud: Concepto y Fundamento" en Papeles el tiempo de los derechos, Número 12, Año 2010.

Mann, Jonathan et al., "Health and Human Rights", en *Health and Human Rights. An International Journal*, Boston, vol. 1, núm. 1, Otoño de 1994.

Montiel, Lucía, “Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria”, en Revista IIDH, San José de Costa Rica, núm. 40, julio-diciembre de 2004.

Otto, Dianne, “Linking Health and Human Rights: A Critical Legal Perspective”, en *Health and Human Rights. An International Journal*, Boston, vol. 1, núm. 3, primavera de 1995.

Pérez Herranz, Fernando Miguel, *El derecho subjetivo y los derechos humano*, Eikasía, Revista de Filosofía, No. 49, mayo 2013.

Pérez López, Miguel, *El derecho constitucional a la protección de la salud*, Revista Alegatos, México, UAM, 2001, Septiembre-Diciembre, número 49.

Pino, Giorgio, *Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli*, Doxa, Alicante, España, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32, 2009.

Quero Morales, José, *El Derecho sanitario mexicano*, Revista de la Facultad de Derecho de México, México, UNAM, Año 1963, número 49 Enero – Marzo.

Utrera, Juan C., *De la génesis histórica al fundamento estructural, otra aproximación al problema del origen de los derechos subjetivos en el pensamiento occamiano*, Persona y derecho, Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, No. 58, 2008.

Roccatti V., Mireille, “Los derechos humanos y el derecho de protección de la salud en el Estado de México”, en *Derechos Humanos*, Toluca, año 4, núm. 21, septiembre- octubre, 1996.

Ruiz Massieu, Francisco, “El derecho a la protección de la salud y la responsabilidad del Estado” en *Salud Pública de México*, núm. 1, volumen 27, enero-febrero de 1985.

Sade, Robert, is health care a right? Negative response, *Journal of nursing scholarship*, Volume 7, Issue 1, November, 1974.

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*.

Schmill, Ulises, *El modelo del mandato, el orden jurídico y las normas de competencia*, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 25, 2002.

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, no. 1, 1999.

Silva, Fernando, ¿El juicio de amparo frente a particulares? El derecho a la salud contra médicos y hospitales privados, *Revista del instituto de la Judicatura Federal*, México, número 34, año 2012.

Velásquez, Raúl. *Hacia una nueva definición del concepto "política pública"*, en Revista Desafíos, Bogotá, Colombia, 2009.

Weston, Burns, "Human Rights" en *International Human Rights in Context*, comp. por H. J. Steiner and P. Alston, Clarendon Press, Oxford, 1996.