

NOTAS SOBRE LA JUSTICIABILIDAD Y CONSTRUCCIÓN JURISDICCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN MÉXICO

Laura RANGEL HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *La atención a la salud desde el enfoque asistencial.* II. *La salud a partir de acciones estatales.* III. *La institucionalización del servicio público de salud.* IV. *El reconocimiento del derecho a la protección de la salud en la Constitución mexicana.* V. *La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos y del juicio de amparo.*

Hoy no quedan dudas respecto de que todas las personas son titulares del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, así como a su protección y ejercicio efectivo, tanto por su reconocimiento a nivel internacional en los principales instrumentos universales y regionales de derechos humanos, como en una gran cantidad de Constituciones de los Estados; sin embargo, esta convicción no siempre ha tenido el mismo alcance ni grado de cumplimiento, es por ello que hemos seleccionado este tema para participar en este importante evento académico, que goza de una perspectiva histórica.

De esta manera, se abordará brevemente la evolución de este derecho a partir de diferentes momentos en el tiempo, los cuales si bien no se basan en un criterio científico, nos permitirán mostrar su avance.

I. LA ATENCIÓN A LA SALUD DESDE EL ENFOQUE ASISTENCIAL

Existe evidencia de que la salubridad fue un tema importante en los tiempos virreinales, no obstante, debe mencionarse que buena parte de los servicios de salud que existían, se encontraban encomendados a las corporaciones

* Maestra en derecho y en derecho procesal constitucional. Miembro del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Fue titular del Comité de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas.

religiosas y particulares, es decir, no eran prestados de manera directa por instituciones del Estado, el cual, en todo caso, sólo se ocupaba de saneamiento, epidemias, etcétera, de modo que las personas accedían a las atenciones médicas según su capacidad para pagarlas, lo cual, por supuesto, suponía la virtual exclusión de la mayoría de la población de los cuidados médicos o de una atención mínimamente completa. Las únicas medidas de protección general pasaban por medidas de beneficencia, ya fuera por parte del Estado o bien privada.

II. LA SALUD A PARTIR DE ACCIONES ESTATALES

Un poco más adelante se evidencia que el Estado retoma las acciones relacionadas con la salud, con hechos relevantes a destacarse; por ejemplo, en 1841, el entonces presidente Antonio López de Santa Anna, ordenó la creación del Consejo Superior de Salubridad, con atribuciones de higiene pública y policía sanitaria, el cual, además, entre 1903 y 1910 lidió con epidemias, fiebre amarilla, malaria, tuberculosis y enfermedades venéreas, además de que propició pavimentación de banquetas y un adecuado sistema de dotación de agua potable y alcantarillado; inclusive hubo contacto con la Asociación Americana de Salud Pública, creada en 1872 y con la Asociación Médica Americana en 1891.¹ En 1891 se expidió el primer Código Sanitario del México independiente.

III. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

Una modificación normativa de gran relevancia para el tema que nos ocupa, ocurrió hasta 1908, cuando se reformó la Constitución de 1857 para facultar al Congreso de la Unión para dictar leyes en materia sanitaria.²

¹ Gudiño-Cejudo, María Rosa *et al.*, “La Escuela de Salud Pública de México: su fundación y primera época, 1922-1945”, *Salud Pública de México*, vol. 55, núm. 1, enero-febrero de 2013, p. 82.

² Sánchez Cordero, Olga, 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. Colección discursos, núm. 6 Poder Judicial de la Federación, 2000, disponible en: <http://goo.gl/SMGbMP>.

Para un panorama sobre el derecho sanitario véase: Quero Morales, José, Derecho sanitario mexicano, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/49/dtr/dtr8.pdf>.

Y un poco más adelante, resulta de gran trascendencia señalar que fiel a sus convicciones de carácter social, la Constitución de 1917, que ha sido reconocida mundialmente por ser la primera en contemplar derechos de este tipo, incorpora cierta protección a la salud de las personas en México, a través del artículo 73 que, en su fracción XVI, faculta al Congreso para legislar en materia de salubridad pública, además de establecer el Consejo de Salubridad, con una serie de facultades incluyendo las de carácter extraordinario para legislar; así también en el artículo 123 se consignan referencias a la salud de los trabajadores.

En congruencia, en 1918 se estableció un Departamento de Salubridad dependiente del Poder Ejecutivo, con jurisdicción a nivel nacional; posteriormente, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en octubre de 1943 se creó la Secretaría de Salubridad y Asistencia, la cual se transformó en la actual Secretaría de Salud mediante reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de enero de 1985.³

En el ámbito legislativo destaca la publicación de la Ley de Coordinación y Cooperación de Servicios Sanitarios en la República, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de agosto de 1934; el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos publicado el 1o. de marzo de 1955, y el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos del 26 de febrero de 1973, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de marzo de 1973.⁴

Las anteriores normas fueron abrogadas por la actual Ley General de Salud, que en su versión original fue publicada en la Segunda Sección del *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 1984, y que ha sufrido diversas reformas hasta el texto que conocemos hoy; con esta normatividad se da paso a la conformación del sistema nacional de salud. También cabe mencionar que en 1996 se reestructuró el Sistema Nacional de Salud a través de un proceso de descentralización de dichos servicios, que antes se concentraban en la Secretaría de Salud. Esto implica que los gobiernos locales asumieron la organización y operación de los establecimientos y los servicios de atención médica.⁵

En el ámbito judicial, resulta difícil identificar antecedentes judiciales relacionados con el derecho a la protección de la salud; no obstante, según reporta Mejorado Olaguez, en enero de 1932 la Suprema Corte de Justicia

³ En ambos casos, *cf.* *Diario Oficial de la Federación*.

⁴ *Idem*.

⁵ Acuerdo Nacional para la Descentralización de los Servicios de Salud, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de septiembre de 1996.

de la Nación resaltó la dificultad de diferenciar la Salubridad General de la República y las salubridades generales locales, aduciendo que el Poder Judicial no puede invadir funciones del Poder Legislativo.⁶

IV. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

El 3 de febrero de 1983 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se adiciona con un párrafo penúltimo el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que incorpora el derecho a la protección de la salud.⁷

Aquí cabe mencionar que este reconocimiento, aunque innovador en el derecho mexicano llega tarde en relación con el contexto internacional donde este derecho ya se encontraba reconocido en muchos documentos internacionales. En primer lugar, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸ y en la Declaración Universal de Derechos del Hombre se contenían previsiones sobre la salud;⁹ posteriormente, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, se reconoce en el artículo 12¹⁰ el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física

⁶ Mejorado Olaguez, Ángel Ismael, “Aspecto Histórico-Jurídicos del derecho a la protección de la salud”, *Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango*, núm. 22-23, abril-septiembre de 1986.

⁷ “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”. (Texto original del decreto).

⁸ Artículo XI.- 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 los de la comunidad.

⁹ Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

¹⁰ 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación

y mental. Y posteriormente, en 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” se retoma el derecho a la salud.¹¹

Además, vale la pena recordar que el orden jurídico constitucional se quedó anclado al concepto de garantías individuales. A esto había que sumar dos variables:

- La rigidez del juicio de amparo o también llamado “de garantías”, que como su nombre lo dice se constreñía a proteger garantías individuales. En este sentido vale la pena recordar que derechos de carácter social, como lo es la protección de la salud, no fueron considerados como garantías individuales, al considerar que no incluían un derecho subjetivo público específico que pudiera ser exigido y, por tanto, cumplido por el Estado. Esta situación, en el caso particular de la protección a la salud impidió durante mucho tiempo su justiciabilidad.
- La equivocada concepción de que los derechos de tipo social son de carácter programático, lo que los convertía en buenas intenciones sin una obligatoriedad en su cumplimiento.¹² Contra esta concepción se sigue luchando hasta la fecha, aunque, como veremos, hay avances dignos de mencionarse.

Si bien lo anterior constituía la regla general del estado de cosas, en este momento histórico hemos detectado algunos precedentes judiciales relevan-

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

¹¹ Artículo 10. Derecho a la salud. 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar 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 tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

¹² Véase, por ejemplo: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2009; Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, entre otros.

tes que sentaron las bases de la protección jurisdiccional del derecho a la protección de la salud, como por ejemplo:

1. *Amparo en Revisión 2231/97. Medicamentos para el sida*

En diciembre de 1996 una persona promovió juicio de amparo en contra de diversas autoridades alegando la violación al artículo 4o. constitucional debido a que el Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos del Instituto Mexicano del Seguro Social, para 1996, no contemplaba un medicamento relacionado con el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (sida), por lo cual no le sería proporcionado.

El juicio fue radicado ante el juez octavo de distrito en materia administrativa en el Distrito Federal, quien dictó resolución el 21 de mayo de 1997 sobreseyendo y negando el amparo. Inconforme con esta resolución se promovió un recurso de revisión que, finalmente, fue resuelto el 25 de octubre de 1999 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aquí se modificó la sentencia recurrida y se reservó jurisdicción al Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito,¹³ para resolver cuestiones de legalidad alegadas en el recurso. Respecto del argumento total que aquí nos preocupa, la Corte determinó que:

Contrariamente a la interpretación directa y errónea en que incurrió el a quo respecto al cuarto párrafo del artículo 4o. constitucional, encontramos que en nuestro ordenamiento jurídico sí existe una norma de derecho que obliga a las autoridades responsables a suministrar a los enfermos los medicamentos que éstos pretendan, siempre y cuando tales medicamentos produzcan los mayores beneficios terapéuticos posibles para la enfermedad concreta de que se trate, siendo precisamente tal norma jurídica el derecho a la protección a la salud, establecido en el multicitado párrafo cuarto del artículo 4o. constitucional, y concomitantemente, el quejoso, al igual que los demás gobernados sí es titular de un derecho subjetivo que lo habilita para recibir en especial determinados medicamentos (con la mayor eficacia terapéutica), esto es, el

¹³ “Lo anterior permite concluir que es fundado el agravio planteado porque el derecho a la protección de la salud sí comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de la enfermedad, como se encuentra establecido en la Ley reglamentaria de este derecho, a saber, la Ley General de Salud, constituyendo ya una cuestión de legalidad la determinación relativa a cuáles son los medicamentos que deben considerarse como básicos para el tratamiento de enfermedades, en concreto, si los que menciona el quejoso, ahora recurrente tienen tal carácter o no, agravio en torno al cual debe reservarse jurisdicción al Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda”.

derecho a la protección a la salud no otorga a los gobernados la prerrogativa de recibir los medicamentos que éstos pretendan de manera arbitraria, pero sí les otorga el derecho a recibir los medicamentos que produzcan los mejores beneficios terapéuticos posibles.

Con lo anterior, se estableció que los, en ese entonces denominados, gobernados sí eran titulares de un derecho subjetivo que los habilitaba para recibir los medicamentos antes indicados. Esto constituye un gran precedente en beneficio de la protección de la salud en nuestro país, toda vez que dio un giro a la forma de comprender este derecho en el marco jurídico nacional.

2. *Amparo Administrativo 1157/2007-II. Caso Mini Numa*¹⁴

Este asunto constituye, sin lugar a dudas, uno de los hitos en materia de protección del derecho a la protección de la salud en nuestro país, en particular debido a que se resolvió desde 2008, es decir, mucho antes de las reformas constitucionales de 2011, tanto de derechos humanos como de amparo que, por un lado, otorga una valoración diferente a los derechos humanos, incluyendo los de carácter social y, por otro, reconoce de manera expresa la procedencia del juicio de amparo respecto de derechos humanos, ya sean de fuente nacional o internacional.¹⁵

Los hechos suceden en el contexto de una pequeña localidad en Guerrero, llamada *Mini Numa*, en el municipio de Metlatónoc, Guerrero, la cual, como muchas otras, no cuenta con servicios médicos. Esto generó la proliferación de enfermedades que al no ser debidamente atendidas al final, derivaron en el fallecimiento de personas, tanto adultos como niños.¹⁶

Preocupados por el mal estado de salud y las muertes de menores, los pobladores se organizaron para solicitar a las autoridades que les construyeran un centro de salud. Para ello, hicieron varios intentos ante las autoridades administrativas, quienes reiteradamente se negaron a atender sus peticiones, por lo cual, promovieron juicio de amparo en contra de un acto

¹⁴ Sobre el caso véase: Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Rivera Maldonado, Aline, “El caso *Mini Numa*: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México”, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/251/pr/pr5.pdf>.

¹⁵ Más allá de algunas imprecisiones al interior de la resolución, el caso ha sido analizado y reconocido por una gran cantidad de autores en distintos foros y materiales.

¹⁶ En la sentencia se documentaron casos de fallecimiento de niños por enfermedades gastrointestinales infecciosas, así como falta de atención al parto, entre otras, que debieron ser oportunamente curadas.

administrativo concreto,¹⁷ así como contra la “vulneración directa de su garantía social de acceso a la salud, contenida en el precepto 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

Seguido el proceso ante el licenciado Luis Almazán Barrera, juez séptimo de distrito en el estado de Guerrero, se dictó sentencia, en la cual se indica que la previsión en materia de salud contenida en el artículo cuarto constitucional “es una norma programática y contiene un derecho subjetivo”. También señala que se trata de una garantía individual, que “permite que este derecho sea reclamable a través del juicio de amparo” y un derecho fundamental que “deriva que el sistema de prestaciones que se establezca para hacerlo realidad, debe tener, por lo menos, las tres siguientes características: universalidad, equidad y calidad”.¹⁸

En el análisis del caso se comprobó que:

En la comunidad cuentan con una casa de salud, pero la Secretaría correspondiente no le proporciona los medicamentos básicos necesarios, por lo que los quejosos tienen que trasladarse al centro de Salud más cercano para recibir atención médica, que está ubicado en la cabecera municipal de Metlatónoc, Guerrero, y éste no cuenta con las instalaciones necesarias, ni servicios básicos y como consecuencia, con los medicamentos necesarios que hagan frente a las necesidades básicas de salud, [toda vez que] el mencionado centro de Salud, no cumple con los Lineamientos del Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS), emitido por la Secretaría de Salud, pues sólo existen dos vagones que fueron donados por la fundación “Vamos México”, que no cumplen con las condiciones mínimas (luz, agua, sanitarios); es inexistente la

¹⁷ El acto reclamado lo constituye el desechamiento del recurso de inconformidad hecho valer de acuerdo con la Ley de Salud del Estado, con lo cual se confirmó la determinación del 19 de julio de 2007, en la que la Secretaría de Salud del estado de Guerrero “negó a la comunidad de Mini Numa, proveer en todo lo necesario para que tuviera una unidad médica, con personal capacitado y cuadro básico de medicamento”.

La Secretaría de Salud negó la petición con base en determinaciones de carácter administrativo, argumentando “que acorde a los lineamientos establecidos en el modelo integrador de atención a la salud (MIDAS), para la construcción de un centro de Salud, la localidad debía contar con una población de dos mil quinientos a tres mil habitantes por núcleo básico a una distancia de quince kilómetros y un tiempo de treinta minutos de recorrido al Centro de Salud más cercano y que la comunidad respectiva, no cumplía con tales requisitos”.

¹⁸ Como parte de la argumentación, la sentencia refiere la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana de Derechos Humanos, y el Convenio sobre los Derechos del Niño, suscritos por México; además de observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, la Constitución mexicana y las leyes secundarias en materia de salud. También se analizó el derecho a la igualdad y no discriminación que se encuentra íntimamente relacionado con la protección de la salud.

prestación del servicio durante las veinticuatro horas de los trescientos sesenta y cinco días del año; no cuenta con servicio de radio comunicación, ambulancia o apoyo vehicular; sólo es atendido por un médico que presta sus servicios de lunes a viernes, con un horario de ocho de la mañana a tres de la tarde; por tanto, aún y cuando los habitantes de la comunidad de Mini Numa, tengan que acudir a ese centro de salud, no se satisfacen sus necesidades básicas de atención a la salud.

Con base en lo anterior, se determinó conceder el amparo a los quejosos

a efecto de que las autoridades sanitarias primigenias del estado de Guerrero, Gobernador y Secretario de Salud, cumplan de inmediato con el acceso a la salud a que tienen derecho los aquí quejosos, bajo los siguientes lineamientos: a) que el espacio físico proporcionado por los habitantes de la comunidad de Mini Numa, Municipio de Metlatónoc, Guerrero, para la instalación de la casa de salud, se le proporcionen los elementos básicos o necesarios para su buen funcionamiento (acondicionamiento, mobiliario y medicamentos adecuados); asimismo, se cumpla con la cartera de servicios atinentes a la casa de salud, los cuales se encuentran plasmados en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS), emitido por las Secretaría de Salud; y b) Como el centro de salud ubicado en Metlatónoc, Guerrero, no cuenta con las condiciones mínimas establecidas en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS); por ende, es necesario contar con el inmueble adecuado que en realidad funcione como centro de salud, que cuente desde luego, con los elementos y servicios necesarios para su buen funcionamiento (infraestructura, personal adecuado y medicamentos básicos), atendiendo a los lineamientos previstos en el mencionado Modelo Integrador; sin que para el caso las autoridades sanitarias primarias del estado de Guerrero, puedan alegar falta de presupuesto, pues se trata de un motivo injustificable para cumplir con un imperativo constitucional.¹⁹

Es importante señalar que, aunque tardío, se ha dado cumplimiento a esta resolución respecto de la casa de la salud en la comunidad de Mini Numa, Guerrero, toda vez que cuenta con los medicamentos básicos, mobiliario necesario y sistema de comunicación. No obstante, por lo que hace al

¹⁹ Transcripciones de la sentencia dictada por el juez séptimo de distrito en el estado de Guerrero, en el juicio de amparo número 1157/2007-II, del 11 de julio de 2008.

Este caso en particular es de gran importancia, dado que se trata de uno de los poquísimos juicios que versan sobre el contenido esencial del derecho a la salud, además de que se promovió en forma colectiva por la comunidad, cuando el juicio de amparo es netamente individualista, según la construcción constitucional y procesal del mismo, tanto en lo que se refiere al promovente, como respecto de los efectos que tienen las sentencias.

centro de salud en Metlatónoc, en 2011 se terminó su construcción y posteriormente se proporcionó mobiliario y equipo, pero al 18 de septiembre de 2015, fecha de elaboración de este trabajo, no se ha acreditado que cuente de manera definitiva con el personal médico necesario.²⁰

Este caso establece el criterio de que el derecho a la protección de la salud incluye contar con los elementos de infraestructura, personal médico e insumos necesarios para poder atender las afectaciones a la salud, además de reconocer el carácter justiciable de dicho derecho, al otorgarle el carácter de garantía individual que trae inmerso un derecho subjetivo para la población y que, por tanto, debe ser objeto de protección por parte del Estado mexicano.²¹ Estos criterios fueron reconocidos a nivel nacional e internacional como un gran avance en el tema de la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud en México, en particular en el momento en que se resolvió el asunto y con el marco jurídico tanto constitucional, como en materia de amparo que se encontraba vigente en dicha temporalidad.

Recordemos también que esta resolución está en consonancia con la interpretación que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas ha realizado respecto del artículo 12 del Pacto Internacional, en la Observación General núm. 14, donde claramente establece que uno de los elementos esenciales del derecho es la disponibilidad que debe existir de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, además del elemento de accesibilidad física que indica que dichos establecimientos deben encontrarse al alcance geográfico de las personas, incluyendo las zonas rurales, como es el caso; por lo tanto si el Estado no provee de un número suficiente de centros de atención a la salud está violando el derecho, en particular al transgredir sus obligaciones de “cumplir” con el derecho a la salud.

²⁰ Según información que consta en el requerimiento de cumplimiento, realizado en el expediente y obtenido, mediante solicitud de información vía Infomex.

²¹ Resalta el hecho de que a pesar de que en las primeras consideraciones de la sentencia se indica que los efectos del amparo deben recaer únicamente en los quejosos, el resultado final de la resolución implica efectos para toda la comunidad, como ha quedado precisado. También se considera oportuno mencionar que en la resolución se encuentran algunos conceptos contradictorios; como se indicó, se cataloga al derecho como norma programática lo que en sí mismo niega su carácter justiciable, pero posteriormente le otorga la calidad de garantía individual, garantía social y de derecho fundamental de manera que finalmente acepta su procedencia a través del juicio de amparo. También debe destacarse la participación e impulso del Centro de Derechos Humanos de la Montaña “Tlachinollan” en la consecución de esta resolución histórica.

V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011 EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y DEL JUICIO DE AMPARO

Sin lugar a dudas, estas reformas son las más relevantes que haya sufrido la Constitución mexicana en la materia y, por tanto, marcan un parteaguas en el orden jurídico mexicano. A través de éstas se centra la actuación gubernamental y del conjunto de las instituciones del Estado mexicano en las personas. Con esto también se institucionaliza la protección de los derechos humanos a través del amparo, y no sólo de aquéllos que están explícitamente señalados en la Constitución, sino también los de fuente internacional, que se encuentran en los tratados internacionales de los que México es parte.

Colateralmente, otro gran acontecimiento que ha favorecido la protección jurisdiccional de los derechos (incluyendo a los de carácter social) fue la determinación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dejando atrás la postura contraria, permitió el ejercicio del control difuso constitucional y convencional.²² Estos cambios trascendentales han favorecido la

²² Véase expediente 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y consúltese Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

Al respecto se han asentado criterios judiciales, no siempre coincidentes, como los siguientes: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, tesis: I.4o.A.91 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 2927; CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO, tesis: XI.1o.A.T.47 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 1932; PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, Tesis: I.5o.C.15 K (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VIII, t. 2, mayo de 2012, p. 1822; CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. HIPÓTESIS QUE PUEDEN SUSCITARSE EN SU APLICACIÓN EX OFFICIO POR LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES Y FORMA EN QUE EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEBE PROCEDER EN CADA UNA DE ELLAS, tesis: XXX.1o.2 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, t. 2, agosto de 2012, p. 1732; CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. PUEDE EJERCERSE RESPECTO DE CUALQUIER ACTUACIÓN U OMISIÓN DEL ESTADO: ACTOS Y HECHOS, tesis: IV.3o.A.11 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, diciembre de 2012, t. 2, p. 1305; CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. PARÁMETROS PARA EJERCERLO EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL CONFORME A LA EJECUTORIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DICTADA EN EL EXPEDIENTE VARIOS 912/2010, tesis: VI.3o.(II Región)J/4 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, mayo de 2013, t. 2, p. 1092; CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE SU EJERCICIO EN SEDE NACIONAL E INTERNACIONAL, entre otros.

protección jurisdiccional de la salud y han permitido el establecimiento de criterios que van construyendo el contenido esencial de este derecho. En este orden de ideas podemos señalar muy brevemente algunas resoluciones judiciales que nos permitirán mostrar la evolución en este sentido.²³

1. *Contradicción de tesis 93/2011.*²⁴ *Responsabilidad por aplicación negligente de anestesia*

El 26 de octubre de 2011 la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió una contradicción de tesis, cuyo objeto consistió en determinar qué tipo de responsabilidad generan los daños ocasionados por el uso de la anestesia. Los principales criterios derivados de la contradicción son los siguientes:

- Respecto de la responsabilidad en general, reiteró que existen dos clases fundamentales: contractual y extracontractual. Para la primera basta con que se incumpla con la obligación pactada, mientras que la extracontractual puede tratarse de responsabilidad objetiva o subjetiva. Esta última se funda en un elemento de carácter psicológico, ya sea porque existe la intención de dañar o porque se incurre en descuido o negligencia. En cambio, en la responsabilidad objetiva se encuentra ausente el elemento subjetivo.
- La responsabilidad de los profesionales médico-sanitarios va más allá de los deberes contenidos o derivados de una posible relación contractual, ya que están obligados a actuar de acuerdo a los estándares de su profesión. Tales requerimientos pueden provenir tanto de disposiciones legislativas o reglamentarias, como de la *lex artis* de su profesión.
- Los daños generados por el actuar negligente de los profesionales médico-sanitarios generan una responsabilidad de carácter extracontractual porque no son derivados del riesgo inherente a los procedimientos médicos.
- La obligación de los profesionales médicos es de medios no de resultados, toda vez que la obligación del médico no es obtener, en todo caso, la recuperación del enfermo (curarlo), sino hacer todo lo que

²³ Debido a que el análisis enfatiza la evolución de los criterios judiciales, el orden de presentación de los casos corresponde a la fecha en que se dictan las resoluciones respectivas.

²⁴ Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito.

esté a su alcance para la consecución de dicho objetivo según las exigencias de la *lex artis*.

- Su responsabilidad es de índole subjetivo, cuyos elementos son: el daño, la culpa y el nexo causal entre dicho daño y culpa.
- Para determinarse el deber de indemnización del médico debe analizarse por un lado, si la aplicación de la anestesia se realizó de acuerdo a los cuidados que exige la Norma Oficial Mexicana NOM-170-SSA1-1998, para la práctica de anestesiología y al deber de diligencia que le exige la profesión.
- En el caso del suministro de la anestesia, es necesario probar el elemento subjetivo de la conducta, esto es, el actuar negligente de los médicos, es posible señalar al tiempo que la carga de la prueba de la diligencia recae en dichos especialistas y/o instituciones médicas, en atención al derecho de indemnización de la víctima. En el caso del suministro de la anestesia, es necesario probar el elemento subjetivo de la conducta, esto es, el actuar negligente de los médicos, es posible señalar al tiempo, que la carga de la prueba de la diligencia recae en dichos especialistas y/o instituciones médicas, en atención al derecho de indemnización de la víctima.

Este es un caso que si bien no analiza de manera directa el derecho de protección de la salud, los hechos están relacionados con la actuación negligente de los médicos, lo que finalmente tiene efectos en la salud de las personas y sirve para establecer criterios que se podrán utilizar para la reparación del daño por violación del derecho a la protección de la salud a causa de la negligencia médica, de ahí su importancia.

2. *Amparo Directo en Revisión 2357/2010. Libertad prescriptiva de los médicos*

Este asunto surge a partir de un juicio ordinario civil seguido ante el juez vigésimo noveno de lo civil en el Distrito Federal, en el cual, por sentencia del 19 de julio de 2009, se condenó al demandado por haber cometido un hecho ilícito al haber practicado procedimiento quirúrgico a la parte actora sin agotar los estudios médicos exigidos y sin consentimiento informado, además de obrar con negligencia médica, en contravención a lo establecido por la Norma Oficial Mexicana para el tratamiento de la obesidad, condenándosele al pago de los daños causados.

Inconforme con dicha resolución, el médico interpuso un recurso de apelación, pero se declararon infundados los agravios y se confirmó la sen-

tencia impugnada por lo cual se interpuso juicio de amparo, el cual se radicó ante el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que el 22 de septiembre de 2010 dictó sentencia otorgando el amparo solicitado. El médico interpuso recurso de revisión que finalmente fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 7 de diciembre de 2011.

En el proceso constitucional se alegó la inconstitucionalidad los artículos 7.2.1 y 7.2.2 de la Norma Oficial Mexicana relacionada con el manejo integral de la obesidad, aduciendo que son violatorias de la libertad de trabajo del profesional médico para prescribir tratamientos. Sobre este particular se otorgó el amparo.²⁵ Se concluye que:

La libertad prescriptiva del médico, como criterio orientador de la práctica de la profesión médica, constituye una parte esencial de la libertad de trabajo. Por ello, el juez constitucional al analizar las restricciones impuestas a la libertad de trabajo y a la libertad prescriptiva, para determinar si éstas son constitucionalmente válidas, debe comprobar que estas satisfagan los tres requisitos referidos: a) que sean admisibles constitucionalmente, b) que sean necesarias, c) que sean proporcionales. Consecuentemente, si alguno de estos requisitos no se cumple, cualquier limitación a la libertad de trabajo no será constitucionalmente válida.

En la resolución se determinó que la libertad prescriptiva es un principio científico y ético que tiene como finalidad orientar la práctica de la profesión médica, otorgando a los profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud discrecionalidad en su actuar, siempre y cuando éste sea en beneficio del paciente y tomando en consideración las circunstancias especiales de cada caso.

Por tanto, se afirma que la libertad prescriptiva forma parte del derecho al trabajo de los médicos. Se reconoce que la libertad de trabajo no es absoluta y, como otros derechos fundamentales, admite restricciones, pero sin que éstas impliquen, en la realidad, una cancelación del contenido esencial del derecho. De esta manera se establece que cualquier restricción a la misma, que no se encuentre justificada, lesiona el derecho a la libertad de

²⁵ Para la resolución de este punto, se reiteró que el orden jurídico mexicano tiene dos fuentes cuando se trata de derechos fundamentales, que son aquéllos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y todos los derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte y que, para el caso de que un derecho esté previsto en ambas fuentes, la elección de la norma que será aplicable, se hará a través de la aplicación del principio *pro homine*.

trabajo de los médicos, quienes, día con día, deben tomar decisiones con base en su criterio médico.²⁶

De este caso rescatamos que, a pesar de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, no es tan sencillo que este nuevo paradigma se aplique de manera generalizada al resolver los asuntos jurisdiccionales, pues si bien se analizó un derecho humano, que es la libertad de trabajo, no se tomó en cuenta el otro derecho en juego que es el de la protección de la salud de los pacientes, es decir, debió hacerse un ejercicio de ponderación de derechos, seguramente si se hubieran tomado en cuenta ambos derechos y sus tensiones, el análisis hubiera sido distinto.

3. *Amparo en revisión 117/2012. Violación del derecho a la protección de la salud por particulares*

Este asunto remite a un juicio de amparo promovido por dos doctores en contra de un laudo emitido por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en el cual se les condenó a pagar ciertos gastos médicos por haberse demostrado mala práctica médica a una paciente que operaron erróneamente.

La demanda de amparo se radicó ante el juez quinto de distrito en materia civil en el Distrito Federal, con el número 501/2011-I,²⁷ quien mediante sentencia del 22 de noviembre de 2011 no amparó a los quejosos y sentó los siguientes criterios:

²⁶ En su voto particular, el ministro Cossío indicó que el hecho de que la libertad prescriptiva sea un criterio orientador de la profesión médica no le da la categoría de derecho humano como se pretende en la resolución. También indicó que el gran ausente en el análisis de fondo del asunto fue el derecho a la salud.

²⁷ El juez de amparo (Fernando Silva García) explicó la “la metodología que siguió para el dictado de la sentencia, la cual consistió en estudiar los planteamientos de inconstitucionalidad expuestos por los quejosos y los derechos fundamentales en juego. Sostuvo que, de conformidad con el artículo 1o. constitucional, los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los establecidos en tratados internacionales adoptados por el Estado mexicano lo vinculan directamente. Por lo anterior resolvió el juicio de amparo a la luz de los derechos en juego, fueran o no invocados por las partes, ya que de lo contrario se hubiese generado el riesgo de que su sentencia no observara disposiciones jurídicas que resultan obligatorias para todos los poderes públicos.

En un segundo apartado de la sentencia se refirió a la *ponderación equilibrada de los derechos fundamentales en juego*. En esta parte sostiene que, si bien los quejosos son titulares del derecho al debido proceso ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y del derecho a la fundamentación y motivación de las resoluciones emitidas por la mencionada autoridad, no es menos cierto que se debe ponderar en forma equilibrada y adecuada el derecho fundamental a la salud, del que es titular la paciente, a fin de que su resolución respete todos los derechos humanos implicados en el presente juicio de amparo”.

- 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.
- 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.
- El juez señaló 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 determinaron la necesidad de impulsar la utilización de guías de práctica clínica y protocolos de atención médica.

Inconforme con lo anterior, los médicos interpusieron un recurso de revisión que correspondió conocer al Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, pero con posterioridad la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó reasumir su competencia originaria y conocer del asunto, que se resolvió el 28 de noviembre de 2012.

En la revisión se analizó la alegada violación a la libertad prescriptiva de los médicos,²⁸ determinándose que no existía violación a tal derecho, además de que no fue objeto de la sentencia de amparo. En tal sentido, se confirma la sentencia recurrida y se asentaron los siguientes criterios:

- El caso versa sobre violaciones a los derechos fundamentales cometidas por particulares, como son los hospitales y médicos privados, en particular respecto del derecho a la salud. Esto es así porque los actos de particulares —como una cirugía innecesaria en la que se mutiló parcialmente un órgano en perjuicio de la quejosa— no pueden ser ajenos al control del juez constitucional.
- Los hospitales privados no deben privilegiar el lucro empresarial y personal de los médicos mediante cirugías innecesarias e injustifi-

²⁸ Que había sido previamente estudiada por la Sala en diverso amparo 2357/2010.

cadadas, porque ello atenta en contra de los derechos humanos a la integridad personal, a la vida y a la salud de los pacientes, lo que actualiza mala praxis médica.

- 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—. ²⁹

Este caso es de extraordinaria relevancia porque de manera específica determina que los derechos humanos (como la protección de la salud) también tienen que ser respetados por los particulares y, a la vez, constituyen una obligación para el Estado, aún en los casos en que éste no preste el servicio médico de manera directa, ya que guarda una responsabilidad de supervisión y garantía de los derechos. Este criterio abre la puerta a posteriores análisis y avances en este tema, cuyo acogimiento permitirá elevar el grado de protección de los derechos humanos. También vale la pena señalar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas ha señalado en la Observación General núm. 14 que los Estados detentan también obligaciones de “proteger” el derecho humano, y por tanto puede transgredirlo por la falta de adopción

²⁹ Las tesis derivadas de este asunto son las siguientes: ACTO MÉDICO. DISTINTAS ETAPAS O FASES QUE LO CONFORMAN PARA EFECTOS DE DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UNA POSIBLE MALA PRÁCTICA MÉDICA, tesis: 1a. XXIV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVI, enero de 2013, t. 1, p. 621; ACTO MÉDICO. MEJOR DECISIÓN POSIBLE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA, tesis: 1a. XXV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVI, enero de 2013, t. 1, p. 621; DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. IMPONE DEBERES TANTO A LOS PODERES PÚBLICOS COMO A LOS PARTICULARES QUE SE DEDICAN AL ÁMBITO DE LA SALUD, tesis: 1a. XXIII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVI, enero de 2013, t. 1, p. 626; GUÍAS O PROTOCOLOS MÉDICOS EXPEDIDOS POR LA SECRETARÍA DE SALUD O POR LA AUTORIDAD COMPETENTE EN LA MATERIA. SU FUNCIÓN PARA EFECTOS DE DETERMINAR UNA POSIBLE MALA PRÁCTICA MÉDICA, tesis: 1a. XXVI/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVI, t. 1, enero de 2013, p. 636.

de medidas para proteger a las personas de las violaciones cometidas por terceros.

4. *Amparo en revisión 378/2014. Pabellón 13*

Un conjunto de personas que viven con VIH/sida promovieron juicio de amparo en contra de diversas autoridades, alegando la omisión de proteger el derecho a la salud, particularmente de los pacientes del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas” (INER).

De los hechos del caso se entiende que el INER solicitó autorización al Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud para el desarrollo del proyecto denominado “Remodelación y Equipamiento del Servicio Clínico 4”, la cual fue concedida.³⁰ Con posterioridad, el citado Comité analizó la sustitución del proyecto antes indicado por uno nuevo denominado “Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para pacientes con VIH/sida y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea” (conocido como pabellón 13). El cambio se dio porque se consideró que resultaba más conveniente la construcción de un nuevo pabellón, en lugar de remodelar el área ya existente, pues esto implicaría dejar de atender a los pacientes por un año.

El proceso judicial fue radicado ante el juez tercero de distrito en materia administrativa en el Distrito Federal, bajo el número 378/2014, debido a la omisión de ejecutar el último de los proyectos mencionados y la omisión de transferir los recursos necesarios para ello. Previos los trámites de ley se negó el amparo respecto de algunos actos y sobreescribió otros.

En razón de lo anterior, se interpuso recurso de revisión, que se tramitó ante el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el cual confirmó la sentencia recurrida y remitió los autos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que finalmente ejerció su facultad de atracción y conoció del recurso.³¹

³⁰ “El citado comité señaló que de la solicitud formulada por el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias «Ismael Cosío Villegas», se desprende que es un organismo que «sufre las mayores consecuencias de SIDA. Cada año hospitaliza cerca de 170 pacientes con VIH y complicaciones pulmonares», siendo que los enfermos de VIH/sida permanecen más de cuatro semanas en dicho instituto y «su estado de inmunodeficiencia grave les confiere el doble riesgo para ellos mismos y en relación que existe entre ellos y el personal médico», siendo que por sus características físicas, el instituto «no cumple con las recomendaciones de la Organización Mundial de Salud del CDC de Estados Unidos, El Centro de Control y Prevención de Enfermedades, entre otros organismos»”.

³¹ Resolución de 15 de octubre de 2014.

Debido a la relevancia que guardan para el tema que nos ocupa en cuanto a la configuración de carácter jurisdiccional del contenido esencial del derecho a la protección de la salud, a continuación resaltaremos algunos criterios que se desprenden de la resolución de mérito:

En cuanto a los principios generales sobre el derecho humano al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, se sostiene que “el derecho a la salud se traduce en la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva un derecho fundamental más, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica”. También recordó que 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”.

Por otra parte, en relación con los efectos particulares de la sentencia de amparo señaló que “en ciertas ocasiones, dar efectividad al amparo implique adoptar medidas que colateral y fácticamente tengan efectos para más personas que las que actuaron como partes en el caso concreto, siempre y cuando tales efectos tengan una relación fáctica o funcional con los de las partes”.³²

Por otra parte, del análisis del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales concluye que: “Del precedente artículo se advierte que el Estado mexicano se encuentra obligado a: (I) adoptar medidas —tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas—; (II) hasta el máximo de los recursos de que disponga; (III) para lograr progresivamente, por

³² DERECHO A LA SALUD. NO SE LIMITA AL ASPECTO FÍSICO, SINO QUE SE TRADUCE EN LA OBTENCIÓN DE UN DETERMINADO BIENESTAR GENERAL, tesis P. LXVIII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, diciembre de 2009, p. 6; 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, tesis: P. XVIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 29; DERECHO A LA SALUD. SU TUTELA A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO, tesis: P. XVIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 32; DERECHO A LA SALUD. NO SE LIMITA AL ASPECTO FÍSICO, SINO QUE SE TRADUCE EN LA OBTENCIÓN DE UN DETERMINADO BIENESTAR GENERAL, tesis P. LXVIII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, diciembre de 2009, p. 6; 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, tesis: P. XVIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 29.

todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos humanos reconocidos en la convención”.

Al referirse al derecho al nivel más alto posible de salud, en su vertiente de *tratamiento de las enfermedades y creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad*, se concluye que:

Ello implica, entre otras cuestiones, que el Estado mexicano: (I) cuente con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, *cuya naturaleza dependerá particularmente de su nivel de desarrollo*; (II) que tales establecimientos estén al alcance de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, y; (III) que además de resultar aceptables desde el punto de vista cultural *deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad*.

Una vez hecho el análisis en abstracto, se avoca al caso concreto y realiza la aplicación a éste, de los principios generales del derecho al disfrute al nivel más alto posible de salud física y mental y, consecuentemente, la Sala revoca la sentencia recurrida, y consecuentemente ampara y protege a los quejosos en los siguientes términos:

En virtud de lo anterior, esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas”, en coordinación con el Comisionado Nacional de Protección en Salud y Comité Técnico del Fideicomiso en Protección Social en Salud, deben tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho humano al nivel más alto posible de salud de los quejosos, considerando que son portadores del VIH, motivo por el cual deben recibir tratamiento médico en instalaciones separadas del resto de los pacientes, a efecto de evitar el contagio de alguna enfermedad.

Así, el cumplimiento de la sentencia de amparo implica la posibilidad de que las autoridades responsables consideren qué medida resulta más adecuada para poder brindar a los quejosos un tratamiento médico apropiado a su padecimiento, ya sea mediante remodelación del Servicio Clínico 4, en donde actualmente son tratados; o bien mediante la construcción de un nuevo pabellón hospitalario.

En caso de que se acredite que ninguna de las opciones antes mencionadas resulte compatible con las políticas públicas en materia de salud implementadas por las autoridades responsables, deberán realizar las gestiones que estimen pertinentes para que los quejosos, a satisfacción razonable —calificada por el juzgador—, sean atendidos en algún otro hospital o las clínicas del sector salud en el que puedan recibir su tratamiento en las condiciones

adecuadas e idóneas a su enfermedad, a efecto de garantizarles el ya referido derecho a obtener el nivel más alto posible de salud.³³

Distinto al caso anteriormente presentado, éste representa un gran avance en la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud, en torno al cual jugó un papel trascendental el derecho internacional de los derechos humanos; además se centró el análisis en la garantía y ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud y se establecieron criterios relevantes como ya se señaló,³⁴ por lo que habrá que estar pendientes de su cumplimiento.³⁵ Tampoco debe perderse de vista que la atención a las enfermedades como el VIH resultan de carácter prioritario para evitar su propagación y los efectos nocivos en las propias personas que la padecen y el resto de la comunidad, por lo cual inclusive existen grandes esfuerzos a nivel internacional para su atención, como la propia existencia de un organismo como ONUSIDA y los diferentes pronunciamientos al respecto, como la Declaración de Compromiso en la Lucha contra el VIH/sida,³⁶ la Declaración

³³ De este asunto derivaron las tesis siguientes: DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. CUANDO EL ESTADO ADUCE QUE EXISTE UNA CARENCIA PRESUPUESTARIA PARA SU REALIZACIÓN, DEBE ACREDITARLO, tesis: 2a. CIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 12, t. I, noviembre de 2014, p. 1190; SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO, tesis: 2a. CVIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 12, noviembre de 2014, t. I, p. 1192.

³⁴ El caso resultó ser de interés nacional. Véase “La SCJN ampara a pacientes con VIH en juicio contra el INER”, *Proceso.com.mx*, México, <http://goo.gl/wGSRsV> (fecha de consulta: 17 de octubre de 2014). Por su parte, Fundar, Centro de Análisis e Investigación —organización que brindó la asesoría legal y acompañamiento durante la tramitación del juicio de amparo en cuestión— declaró que “la sentencia dictada establece un precedente sumamente relevante al tratarse de un caso que abona en el avance de la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en México” y que representa un avance histórico en la interpretación de dichos derechos, en particular del derecho al más alto nivel posible de salud en su relación con el principio de progresividad, el máximo uso de recursos disponibles y el control judicial del presupuesto”. Fundar, “Emite SCJN sentencia histórica en la interpretación y protección del derecho al más alto nivel posible de salud de las personas que viven con VIH/SIDA”, Fundar. Centro de Análisis e Investigación, México, 16 de octubre de 2014, disponible en: <http://goo.gl/Qs5vsF> (fecha de consulta: 17 de octubre de 2014). Benu-mea, Iván, “Pabellón 13: Una buena noticia”, *Sinembargo.mx*, México, disponible en: <http://goo.gl/HhVMOX> (fecha de consulta: 20 de octubre de 2014).

³⁵ Cabe señalar que no se ha dado, a la fecha de elaboración de este trabajo, cumplimiento a la resolución. Véase, por ejemplo: <http://www.eluniversal.com.mx/blogs/fundar/2015/08/21/el-desacato-del-iner-en-el-caso-pabellon-13> y <http://eljuedelacorte.nexos.com.mx/?tag=caso-pabellon-13>.

³⁶ Adoptada en el periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida, del 25-27 de junio de 2001.

política sobre el VIH/sida³⁷ y la Declaración Política sobre el VIH y el sida: Intensificación de Nuestro Esfuerzo para Eliminar el VIH y el sida.³⁸

5. *Amparo en revisión 584/2013. Negligencia médica y responsabilidad de los hospitales privados*³⁹

En 2010 nació un menor, a quien se le diagnosticó “dificultad respiratoria derivada de una cardiopatía congénita cianógena”. Se le practicó cirugía y al no tener resultados positivos se le trasladó a un hospital del Instituto Mexicano del Seguro Social, donde falleció. Ante tal situación los padres interpusieron una queja ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed);⁴⁰ a partir de aquí se inició una batalla legal, que culminó con un nuevo laudo, del 10 de diciembre de 2012, en el que se condenó a los médicos y al hospital a una indemnización.

En contra de este nuevo laudo se promueve juicio de amparo, que finalmente fue resuelto por el Juzgado Quinto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región,⁴¹ que negó el amparo solicitado, por lo cual se interpuso recurso de revisión. Previo el trámite correspondiente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió ejercer su facultad de atracción y conocer del asunto, finalmente confirmó la sentencia recurrida y por tanto determinó no amparar ni proteger al hospital en contra del laudo impugnado.

En el análisis del caso, la Primera Sala de la Suprema Corte puntualizó que su resolución versará sobre el caso concreto, pero también reconoció que los criterios y resoluciones emitidos sientan precedentes respecto de los de-

³⁷ Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU. 15 de junio de 2006.

³⁸ Resolución aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 8 de julio de 2011.

³⁹ Sentencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 5 de noviembre de 2014.

⁴⁰ El proceso arbitral debía determinar si los prestadores del servicio médico actuaron o no con negligencia, impericia o dolo, en la atención proporcionada al paciente o si actuaron correctamente; determinándose la existencia de mala praxis por negligencia; sin embargo, al encontrar que dicha situación no presentaba un nexo causal con la muerte del menor no era procedente condenar al pago de la indemnización solicitada. En tal sentido y al comprobarse un daño patrimonial, solamente se condenó a los médicos a reembolsar los gastos erogados por los padres y al Hospital a condonar el adeudo que se tenía mediante la devolución del pagaré suscrito como garantía.

⁴¹ Con base en un Acuerdo del Consejo de la Judicatura Federal el Juzgado Primero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal remitió los autos al Juzgado Quinto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región para su resolución.

rechos humanos en juego, por ello realiza un análisis amplio y exhaustivo respecto de los alcances del derecho a la salud.⁴²

En este sentido, menciona los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano relacionados con el particular, como son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, e inclusive la Declaración Universal de los Derechos Humanos. También retoma la Observación General núm. 14, relativa al derecho a la salud del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU y avances de la Organización Mundial de la Salud. También analiza lo relativo a las obligaciones de los Estados en relación con las normas internacionales de derechos humanos, en particular el desarrollo progresivo y, por supuesto, se fundamenta en el artículo primero de la Constitución mexicana reformado en 2011.

Se toma en consideración que tanto la Ley General de Salud como la Organización Mundial de la Salud entienden que el Sistema Nacional de Salud está constituido, además de las instituciones públicas, por “las personas físicas o morales de los sectores social y privado, que presten servicios de salud”.

También se hace un análisis exhaustivo de la Ley General de Salud en la parte conducente a la atención médica, e inclusive se recuperan diversos estándares internacionales sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como, por ejemplo, la “obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, que son particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud”⁴³ e igualmente se retoman precedentes nacionales.

⁴² En este sentido, indicó “esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Alto Tribunal del país, atiende al caso concreto, bajo el conocimiento de que ante tales conflictos jurídicos la solución puede implicar efectos contundentes en los derechos en juego; bajo esa premisa, se precisa que las consideraciones de la presente resolución atienden seriamente el derecho humano a la salud, especialmente en cuanto al acceso y calidad de los servicios para los usuarios, la importante participación de los particulares —que implica una amplia gama de supuestos, desde análisis de laboratorio, consulta particular, pequeños consultorios, dispensarios, pequeñas clínicas, hasta grandes consorcios dedicados a la prestación de servicios de salud, entre otros—, y su sana y necesaria participación en el desarrollo de la salud, así como su valor social”.

⁴³ Al respecto se cita el *caso Xímenes Lopes vs. Brasil*, sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm. 149, párrafo 89. También en cuanto a otros supuestos se citan Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhomaxa*, sentencia del 26 de marzo de 2006, serie C, núm. 146, párr. 110;

Como resultado del análisis del caso, la Sala concluye que los centros de salud de naturaleza privada, como lo son los hospitales particulares, sí pueden ser responsables civilmente, debido a que “la protección del derecho a la salud, abarca la obligación del Estado de velar para que terceros, —es decir, actores no estatales—, de ningún modo interfieran en el disfrute del derecho a la salud”.

También determina que los hospitales particulares, sí pueden ser objeto de responsabilidad civil por daño y que, además, “puede derivarse la responsabilidad civil para un hospital privado por los actos de los médicos calificados como negligentes”, en atención a que “la responsabilidad de los hospitales se puede actualizar por actos cometidos por personal integrante de éstos, o que se base en una representación aparente, pues basta con considerar el modo de conducirse de la persona que provoca un daño al interior del centro de salud y frente a los usuarios, para que se genere una responsabilidad por parte del hospital”. Cabe señalar que esto sucede cuando los médicos actúan como dependientes o como personal del hospital.

Por otra parte, se analizó la situación de la existencia de un contrato de servicios hospitalarios que “regula las condiciones de prestación de los servicios que se proporcionaron, y que contiene una cláusula que prevé la exclusión de responsabilidad por negligencia de los médicos”; al respecto, se determinó que “la responsabilidad médica rebasa el ámbito de la responsabilidad contractual, por un lado porque existen deberes que van más allá de los que pudieran estar contenidos en el contrato de prestación de servicios, —como son el deber del médico de actuar con la diligencia que exige la *lex artis*— y, por otro, porque no puede aceptarse a través de un contrato, la lesión física o a la vida”.

Visto lo anterior, resulta fácil apreciar la extraordinaria relevancia del presente caso, ya que sienta las bases de la responsabilidad de los hospitales privados respecto de conductas negligentes de los médicos,⁴⁴ lo cual tam-

Corte IDH, *Caso Gómez Palomino*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 136, párrs. 90 y 91; y Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135, párr. 89. También se cita al Tribunal Supremo Español y otros tribunales europeos y de *Estados Unidos de Norteamérica*.

⁴⁴ De este asunto se derivaron las siguientes tesis: RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES PRIVADOS DERIVADA DE LA NEGLIGENCIA DE SUS MÉDICOS. CARGA DE LA PRUEBA”, tesis: 1a. CXVII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 2008747, Primera Sala, Aislada, Libro 16, marzo de 2015, t. II, p. 1112.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES PRIVADOS POR ACTOS COMETIDOS POR TERCEROS QUE DESEMPEÑAN FUNCIONES EN SUS INSTALACIONES. SE ACTUALIZA SI EXISTE UNA REPRESENTACIÓN APARENTE, tesis: 1a. CXIX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, t. II, p. 1113; RESPONSABILIDAD

bién contribuye en la conformación del contenido esencial del derecho y tiene implicaciones en posibles reparaciones por violaciones al derecho a la salud, tanto a cargo de las personas físicas involucradas, como de las instituciones hospitalarias en donde suceden los hechos.

6. *Amparo 67/2015. Traslado a otra unidad médica a pesar de adeudo económico*⁴⁵

Se trata de un caso en Monterrey, Nuevo León, donde una persona fue hospitalizada a causa de lesiones derivadas de un accidente automovilístico, además de necesitar una operación que no se efectuaba. En tal sentido se promovió juicio de amparo en contra de la alegada mala atención médica y la determinación del hospital de negar el traslado a otra clínica debido a un adeudo económico.

Previos los trámites de ley, el 26 de enero de 2015, el Juzgado Segundo de Distrito en Materia Administrativa en Nuevo León concedió la suspensión provisional solicitada por el paciente y consecuentemente se ordenó al nosocomio diagnosticar si el paciente se encontraba en condiciones para salir de ahí y ser trasladado a otra unidad médica a pesar del adeudo económico con el hospital, tomando en consideración que es prioritaria la atención médica que solicita por medio de su hijo, en otra institución de seguridad social.

CIVIL DE LOS HOSPITALES PRIVADOS. NO SE ACTUALIZA SI SE ACREDITA QUE LA INSTITUCIÓN CUMPLIÓ CON SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y QUE EL DAÑO CAUSADO AL USUARIO DERIVA ÚNICAMENTE DE LOS ACTOS U OMISIONES DEL PERSONAL MÉDICO QUE INTERVINO, tesis: 1a. CXVIII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, t. II, p. 1113; SERVICIOS DE SALUD PRESTADOS POR HOSPITALES PRIVADOS. SUS USUARIOS CONSTITUYEN UN GRUPO EN CONDICIÓN ASIMÉTRICA, AUN CUANDO NO SE IDENTIFIQUE CON UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA O UN ESTEREOTIPO, tesis: 1a. CXX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, t. II, p. 1118; SERVICIOS DE SALUD. LAS OBLIGACIONES DEL PERSONAL MÉDICO DERIVADAS DE SU PRESTACIÓN EN LOS HOSPITALES PRIVADOS NO SE LIMITAN A LAS DISPOSICIONES DE DERECHO PRIVADO, tesis: 1a. CXXII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, t. II, p. 1117; SERVICIOS DE SALUD. LA EXISTENCIA DE UN MÉDICO RESPONSABLE QUE VIGILE EL DESARROLLO DE LOS PROCEDIMIENTOS QUE SE REALICEN DENTRO DE UN HOSPITAL PRIVADO HACE EVIDENTE QUE LA INSTITUCIÓN TRABAJA DE FORMA COORDINADA CON SUS MÉDICOS EMPLEADOS O DEPENDIENTES, tesis: 1a. CXXI/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, t. II, p. 1116.

⁴⁵ Véase Poder Judicial de la Federación, *Nota informativa*, México, DGCS/NI: 10/2015, 27 de enero de 2015, disponible en: http://www.cjf.gob.mx/documentos/notasInformativas/docs/NotasInformativas/2015/notaInformativa10.pdf?utm_content=buffer15aae&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer (fecha de consulta: 29 de enero de 2015).

La importancia de este asunto y su relación directa con el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud es evidente. Se sienta un precedente respecto de que las instituciones hospitalarias no pueden condicionar el traslado a otra unidad médica a costa de la salud del paciente debido a adeudos económicos; al respecto también hay que recordar que de acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU un elemento esencial del derecho a la salud es la accesibilidad económica o asequibilidad, según el cual los servicios de salud deben considerar que los gastos en salud no sean excesivos y particularmente que no causen grave afectación a las personas menos favorecidas económicamente.

7. Amparo en revisión 136/2015. Obligación de otorgar medicinas prescritas

En mayo de 2013 una persona interpuso un juicio de amparo contra actos que le imputó al Instituto Mexicano del Seguro Social, consistentes en la negativa de proporcionar el medicamento prescrito por el propio Instituto para el padecimiento de cáncer de riñón, con “recurrencia en metástasis a partes blandas, pulmón y mediastino”, bajo la justificación de que el mismo no se encuentra “incluido en el cuadro básico institucional de medicamentos”.

El amparo se radicó con el número 633/2013-III y se resolvió el 9 de febrero de 2015 por el juez tercero de distrito en el estado de San Luis Potosí, quien sobreseyó respecto de algunos actos y negó sobre otros y amparó sobre la realización de gestiones para la inclusión del medicamento en el cuadro básico. Tanto quejoso como autoridad interpusieron recurso de revisión contra la sentencia; se formó el amparo en revisión 136/2015 ante el Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, con sede en San Luis Potosí, San Luis Potosí.

Habiéndose comprobado ante la instancia judicial que el quejoso se encuentra afiliado al Instituto Mexicano del Seguro Social, que el médico especialista de dicho Instituto recetó un medicamento específico para tratar su padecimiento y que el mismo recientemente fue incluido en el Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud de medicamentos, se concedió el amparo para el efecto de que:

- 1) Realicen las gestiones necesarias para procurar la disponibilidad del mencionado medicamento Inlyta, para suministrar a sus beneficiarios, en especial al quejoso y

- 2) Se le suministre inmediatamente al quejoso el medicamento denominado Inlyta seis miligramos, en la cantidad, calidad y periodicidad en los términos indicados por el médico tratante.⁴⁶

Este caso constituye un avance en la determinación del contenido esencial de este derecho porque confirma la obligación de entrega de medicamentos, como parte de la protección del derecho.

8. *Juicio de amparo 1029/2015. Afiliación al seguro popular a persona en situación de internamiento*

El juicio fue promovido por una persona privada de la libertad a quien se le negó, por esa causa, la afiliación al Sistema de Protección Social en Salud (Seguro Popular), aduciendo que al encontrarse en estado de reclusión se contaba con la cobertura de los servicios de salud del sistema penitenciario y por ello no era posible otorgar la afiliación al Seguro Popular. Esta determinación afectó de manera directa a la persona, debido a que se le había diagnosticado un padecimiento que requería un tratamiento que requería ser proporcionado por una institución de tercer nivel de atención, por lo cual se le remitió al Instituto Nacional de Cancerología; ahí se le prescribieron procedimientos y medicamentos costosos que no podía cubrir por falta de recursos económicos.

En este sentido, en el juicio se determinó que el servicio brindado por el Sistema Penitenciario del Distrito Federal, o en su caso por el Sector Salud del Distrito Federal, resultó insuficiente para atender el padecimiento que presentaba y, por tanto, “la autoridad responsable en aras de garantizar el derecho a la salud del quejoso, debió afiliarlo al seguro popular, a efecto de permitir tener acceso a un servicio médico que requiere para atender el padecimiento que le fue diagnosticado, con el cual se permitiera la recuperación y conservación de su salud”. Por tal motivo, mediante resolución del

⁴⁶ La tesis aislada que se derivó de este asunto se titula “Derecho humano a la protección de la salud. Para garantizarlo, el Instituto Mexicano del Seguro Social debe suministrar a sus beneficiarios los medicamentos que se les prescriban, aun cuando no estén incluidos en el cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud”, tesis IX.1o.1 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Aislada, Décima Época, registro: 2010052, 25 de septiembre de 2015.

17 de julio de 2015 se otorgó el amparo para el efecto de que se proceda a la afiliación al Seguro Popular.⁴⁷

Resulta evidente aquí la protección y garantía del ejercicio efectivo del derecho, toda vez que como efecto de la determinación judicial se incorporará a la persona al seguro popular y con ello tendrá acceso a los tratamientos y medicamentos requeridos. Al respecto, es importante considerar el papel de garante que tiene el Estado con las personas que están bajo su custodia por encontrarse privadas de libertad, y que por tanto tiene la obligación de proteger y garantizar sus derechos, tal como ha quedado señalado en la Recomendación General núm. 18 sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Internos en los Centros Penitenciarios de la República Mexicana, emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos e inclusive en el pronunciamiento hecho por dicho organismo constitucional sobre el derecho a la protección de la salud de las personas internas en centros penitenciarios de la República mexicana.⁴⁸

A manera de conclusión, es preciso recordar que históricamente tanto el reconocimiento como la garantía y protección de los derechos de carácter social, entre ellos el derecho a la protección de la salud, ha enfrentado serios retos jurídicos, ideológicos, e incluso de carácter financiero-presupuestal en la mayoría de los países. No obstante, hemos seleccionado algunos procesos constitucionales de amparo que muestran su evolución, además de la construcción jurisprudencial del contenido esencial de dicho derecho.

Hacemos votos para que este proceso sea cada vez más claro, constante y progresivo, de manera que toda la población que habita en el territorio mexicano pueda hacer efectivo este derecho y lograr, cuando sea necesario, su justiciabilidad a través del juicio de amparo en sede nacional. Y por lo que hace a las instancias internacionales, esperamos que pronto se escuchen las voces como la del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien se ha pronunciado en los casos *Suárez Peralta vs. Ecuador*, y *González Lluy y otros vs. Ecuador*⁴⁹ por avanzar en el sistema interamericano de protección de derechos humanos hacia la justiciabilidad directa de los derechos sociales, entre ellos el goce del nivel más alto posible de salud.

⁴⁷ Cabe señalar que, en conexidad con el tema abordado en ese asunto judicial, también se emitió la Recomendación 13/2016 por parte de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, sobre el caso de violación al derecho a la protección de la salud de 17 víctimas en particular y de la población penitenciaria en general, en el centro federal de readaptación social 4, en Tepic, Nayarit.

⁴⁸ Disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160329.pdf.

⁴⁹ Ambas resoluciones disponibles en: <http://www.corteidh.or.cr/>.

Este ejercicio también sirvió para comprobar que si bien el marco normativo se constituye en el faro que guía y dirige el rumbo de la actividad jurisdiccional, también lo es que, en muchos casos, las resoluciones judiciales pueden ser más o menos progresivas, según la formación y vocación del juez constitucional. Nos referimos concretamente a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, que debería ser el referente obligado y pauta para la actividad de todo servidor público, y que en el caso particular de los jueces los debería llevar a adoptar criterios más garantistas; no obstante, como hemos mostrado, hay casos en los que antes de la reforma constitucional de 2011 se avanzó de manera importante en la garantía del derecho a la protección de la salud, pero también vemos otros en los que aún después de dicho cambio constitucional no necesariamente caminan en la línea proteccionista.