

PONDERACIÓN DEL DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD FRENTE A OTROS DERECHOS

José Fernando Franco González Salas

CONTEXTO HISTÓRICO DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN A LA SALUD

Este derecho humano, como tal, es de reciente cuño, puesto que fue la salubridad general lo que generó una atención especial en el Constituyente de 1917.¹

En este órgano constituyente se mantuvo y fortaleció a nivel constitucional la existencia de un cuerpo colegiado ejecutivo rector, que pudiera hacer frente de manera eficiente a los distintos problemas de salud que afectarían a la población. Así se creó el Consejo de Salubridad

¹ La *salubridad general de la República*, se introdujo como competencia federal en la Constitución de 1857, por reforma a los artículos 11 y 72, fracción XXI, de 12 de noviembre de 1908. Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México*, México, Porrúa, 1967, p. 717.

General,² que quedó regulado en la fracción XVI, del artículo 73 de la Constitución.³

Fue hasta el 3 de febrero de 1983 que se publicó en el Diario Oficial de la Federación la adición de un párrafo al artículo 4o de la Constitución, por la que se elevaba a rango constitucional el derecho de toda persona a la protección de la salud.

El texto aprobado en 1983 y vigente hasta la fecha (que hoy es el párrafo cuarto del artículo constitucional en cita) reza así:

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.

Sin embargo, con su constitucionalización, la protección de la salud no se conceptualizó únicamente como derecho humano; se le reputó también como una “garantía social”. Es evidente que, independientemente de las corrientes jurídicas imperantes en ese entonces, se trataba de un derecho humano que se reconocía en los tratados internacionales suscritos por México y que quedaba así plasmado en nuestra Constitución; pero que al mismo tiempo se establecía con el alcance de una obligación del Estado para lograr esa protección, en concurrencia con los distintos órdenes de gobierno, pero también con la participación de la sociedad y de los individuos que la conforman.⁴

² El antecedente lejano de este órgano puede considerarse el Consejo de Salubridad, creado el 4 de enero de 1841, que tenía solamente competencia local en el Departamento de México (recuérdese que era tiempo en que operaba el régimen constitucional centralista en México) cuyo objeto era vigilar la correcta práctica del ejercicio de la medicina y farmacia, en materia de sanidad y acciones de beneficencia pública. En 1891 (ya durante el régimen federal restablecido con el Acta de 1847 y la Constitución de 1857) cambió su nombre al de Consejo Superior de Salubridad, dependiendo de la Secretaría de Gobernación.

³ Para una visión sintética del objetivo y marco constitucional que rige actualmente al Consejo de Salubridad General, ver: José Ramón Cossío Díaz, *et al.*, “Reflexiones constitucionales sobre el Consejo de Salubridad General”, en *Gaceta Médica de México*, 2013, pp. 356 y ss.

⁴ En la iniciativa enviada por el Ejecutivo Federal a la Cámara de Senadores, fechada el 22 de diciembre de 1982, expresamente se señaló: “Esos factores, que se nos mos-

Por ello, la expresión constitucional usada para connotar este derecho, como “*derecho a la protección de la salud*”, tuvo la intención manifiesta de resaltar que la salud es una responsabilidad compartida indisolublemente entre el Estado, la sociedad y los interesados, puesto que sin la participación *inteligente, informada, solidaria y activa* de estos últimos no resulta viable que se *conserve, recupere, incremente y proteja la salud*.⁵

También debe considerarse que dicho derecho fundamental, en su origen se inscribió en una concepción institucional amplia, dado que con la reforma aludida también se sentaban las bases para la creación de un *Sistema Nacional de Salud*, con la participación concurrente de los tres órdenes de gobierno (municipal, de las entidades federativas y federal). De esta manera se buscaba enfrentar, en términos de lo expuesto por el Ejecutivo Federal en su iniciativa de reforma al artículo 4o.:

... al propósito de revertir el proceso centralizador que desde principios de siglo se iniciara en materia de salud y que ha llevado a que la Federación tome responsabilidades que pertenecen por su naturaleza a las jurisdicciones local y municipal. La Ley Sanitaria ha desvirtuado el ámbito de la salubridad general, que concibió el Constituyente de Querétaro, y con los Convenios de Servicios Coordinados de Salud Pública tradicionales, prácticamente se ha liquidado el carácter concurrente de la materia sanitaria.

Por otra parte, el Constituyente daba el sustento para que se regularan dos ámbitos: el de salud por una parte, el de salubridad general por otra, aunque ambas indisolublemente vinculadas hoy en día.

Respecto de ello, el Ejecutivo Federal explicó claramente que era lo que se buscaba al señalar en su Iniciativa lo siguiente:

traron con toda su crudeza en la campaña política que emprendimos para lograr el voto ciudadano, nos ha llevado a la convicción de que es necesario elevar el rango del derecho a la protección de la salud, consagrándolo en el artículo 4o. de nuestra Carta Magna como una nueva garantía social. [...] Ese derecho es una vieja aspiración popular, congruente con los propósitos de justicia social de nuestro régimen de convivencia y con los compromisos que en cuanto a Derechos Humanos, México ha contraído en la Organización de las Naciones Unidas y en la Organización de Estados Americanos desde hace décadas.”

⁵ Así quedó claramente expresado en la iniciativa que envió el Ejecutivo Federal.

Otro aspecto saliente de la iniciativa es el relativo al acceso a los servicios de salud: una ley reglamentaria definirá las bases y modalidades de ese acceso para que se tengan en cuenta las características de los distintos regímenes de seguridad social, que se fundan en los criterios de capacidad contributiva y de redistribución del ingreso; de los sistemas de solidaridad social, que usan recursos fiscales, la cooperación comunitaria y la colaboración institucional, y de los sistemas de asistencia, que descansan en el esfuerzo fiscal del Estado. A esa ley secundaria tocará, en su caso, establecer los mecanismos, fórmulas y criterios para que los mexicanos obtengan servicios de salud.

Es claro que sin explicitarlo, el Ejecutivo se estaba refiriendo a una ley general que definiera la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en las materias de acceso a los servicios de salud y de Salubridad General.

De lo anterior se puede colegir que el derecho del que se ocupa este trabajo tiene dos claras dimensiones. Una es su calidad de *derecho humano* con todo lo que ello representa para las personas, pero también que se concibió con la calidad de una *garantía social* que el Estado —en todas sus dimensiones—, incluyendo la participación de todos los sectores de la población, tiene la obligación de hacer efectiva.

Podría estimarse como una conclusión preliminar que se puede sostener con cierto grado de asertividad que, en muchos de los casos en que hay colisión entre distintos derechos humanos y el de protección a la salud, deberían tomarse en cuenta esas dos dimensiones para resolver el conflicto y decidir cuál y en qué medida debe prevalecer ese derecho humano frente al otro u otros con los que compete.

UNA VISIÓN RÁPIDA DEL SIGNIFICADO JURÍDICO DE LA PONDERACIÓN CUANDO ENTRAN EN COLISIÓN DOS O MÁS DERECHOS HUMANOS

Este es uno de los temas que ha sido materia de amplios estudios por muy destacados académicos e investigadores⁶ y que ha suscitado los más interesantes debates en los tribunales constitucionales. En ningun-

⁶ Por ejemplo, las diferencias importantes que presentan destacados tratadistas como Luigi Ferrajoli y Jürgen Habermas respecto de la figura de la ponderación. Para este

no de esos foros existe una total uniformidad sobre cómo enfrentar y resolver estos casos. No obstante, sí se puede tener una idea razonable de las líneas de solución más aceptadas para enfrentar este tipo de problemas. Por supuesto, también hay criterios que los tribunales delimitan para ello. Este es el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que ha venido fijando criterios aislados para resolver el problema de ponderación entre distintos derechos humanos cuando entran en colisión en los casos concretos.

Entre los autores más influyentes que sostienen la postura de la ponderación, y que ha incidido en la Suprema Corte mexicana se encuentra Robert Alexy, quien ha desarrollado una de las teorías de argumentación jurídica contemporáneas más sólidas. Así, este jurista alemán expresa:

Uno de los principales temas en el debate actual en torno a la interpretación de los derechos constitucionales es el papel de la ponderación o del sopesamiento. La ponderación juega un papel central en la práctica de la mayoría de los tribunales constitucionales. En el caso del tribunal constitucional alemán, la ponderación es una parte de lo que viene exigido por un principio más amplio: el principio de proporcionalidad. Este principio se subdivide a su vez en tres subprincipios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, los cuales expresan la idea de optimización. Lo que lo lleva a concluir que interpretar los derechos constitucionales a la luz del principio de proporcionalidad supone tratar a los derechos constitucionales como exigencia de optimización; esto es, como principios y no como simples reglas.⁷

Define los subprincipios de la siguiente manera: “Los subprincipios de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible; por lo que expresan la idea de optimalidad de Pa-

tema ver Manuel Atienza Rodríguez, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2013, pp. 183 a 186 y 539 a 546.

⁷ Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales. Cátedra Ernesto Garzón Valdés (2004)*, México, Distribuciones Fontamara, 2005, p. 61. Para una visión mucho más completa del pensamiento de este jurista alemán se puede ver: Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

reto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas”, y como para esta teoría las posibilidades normativas vienen definidas por la concurrencia de otros principios, el subprincipio aludido puede formularse mediante la siguiente regla; “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”, regla que según este autor puede denominarse “ley de ponderación”.⁸

En la Suprema Corte, en particular en la Primera Sala, se ha adoptado básicamente la teoría antes enunciada para resolver situaciones de conflicto o de colisión entre derechos humanos (fundamentales). Esa Sala, siguiendo la teoría de la ponderación desarrollada por Alexy, se ha inclinado por considerar que en esos casos:

[...] lo que se analiza es una relación entre principios, entendidos como mandatos de optimización que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida posible (de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes). Los conflictos entre principios (o entre derechos así concebidos) deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, que viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico. Ese principio consta, a su vez, de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significa que una medida, esto es, una ley o una sentencia, etcétera, que limita un derecho o un bien constitucional de considerable importancia para satisfacer otro, debe ser idónea y necesaria para obtener esa finalidad, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un costo menor. El tercer subprincipio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas.⁹

Ese mismo enfoque es utilizado para determinar cuándo es válido restringir o suspender un derecho humano conforme al artículo 1o. de

⁸ *Ibidem*, pp. 61 y 62.

⁹ Tesis aislada 1a.CCCIX/2014 (10a.), cuyo rubro es: PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SUS DIFERENCIAS CON EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES.

nuestra Constitución y el 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así la misma Primera Sala ha señalado que:

[...] de la interpretación armónica y sistemática de los artículos citados se concluye que los requisitos para considerar válidas las restricciones o la suspensión de derechos, son: a) que se establezcan en una ley formal y material (principio de reserva de ley) dictada en razón del interés general o público, en aras de garantizar los diversos derechos de igualdad y seguridad jurídica (requisitos formales); y, b) que superen un test de proporcionalidad, esto es, que sean necesarias; que persigan un interés o una finalidad constitucionalmente legítima y que sean razonables y ponderables en una sociedad democrática (requisitos materiales).¹⁰

Los anteriores ejemplos ponen de manifiesto que la teoría de la ponderación ha sido asumida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como instrumento fundamental para resolver los problemas que involucran conflictos entre derechos humanos.

Por tanto, en los siguientes apartados se analizarán, primero, el marco constitucional que rige al derecho a la protección de nuestro país y segundo, litigios relevantes en que se ha acometido la tarea de ponderar este derecho frente a otros reconocidos en nuestra Constitución, cuando han entrado en colisión en casos concretos.

DESCRIPCIÓN SINTÉTICA DEL MARCO REGULATORIO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DEL DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

En cuanto al derecho nacional,¹¹ como ya se ha señalado, la primera referencia directa que se hizo en un texto constitucional respecto del derecho a la protección de la salud, fue con la reforma al artículo 4o. de

¹⁰ Tesis Aislada CCXV/2013 (10a.), cuyo rubro es: DERECHOS HUMANOS. REQUISITOS PARA RESTRINGIRLOS O SUSPENDERLOS CONFORME A LOS ARTÍCULOS 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 30 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

¹¹ Todas estas consideraciones son tomadas de diversos trabajos anteriores elaborados por el autor para conferencias o pláticas, que no han sido publicados.

la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, realizada el 3 de febrero de 1983.

Dado que en ese artículo constitucional se establece que será el legislador el encargado de establecer las bases y modalidades del Sistema Nacional de Salud y del acceso a los servicios de salud. Ello lo ha cumplido con la expedición de la Ley General de Salud publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 7 de febrero de 1984 y con sus múltiples reformas hasta su texto hoy vigente.¹²

Esta Ley establece que *salud* es: “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (artículo 1o. Bis); y que el derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades: I. El bienestar físico y mental de la persona, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades; II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana; III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social; IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud; V. El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población; VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud (artículo 2o.).

De igual manera, en los términos del artículo 3o. de la Ley General de Salud, la materia de salubridad general abarca prácticamente todos los aspectos relevantes relacionados con la protección de la salud, en sus treinta y siete fracciones,¹³ y determina que las autoridades sanitarias

¹² La Ley General derogó el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos de 13 de marzo de 1973 y abrogó otras leyes relacionadas; y de acuerdo con la información contenida en la página web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde su publicación esta Ley general ha sido materia de 110 reformas hasta la fecha de elaboración de este trabajo.

¹³ Las treinta y siete fracciones contienen las siguientes materias: I. La organización, control y vigilancia de la prestación de servicios y de establecimientos de salud a los que se refiere el artículo 34, fracciones I, III y IV, de esta Ley; II. La atención médica, preferentemente en beneficio de grupos vulnerables; II bis. La Protección Social en

son: el Presidente de la República; el Consejo de Salubridad General; la Secretaría de Salud, y los gobiernos de las entidades federativas, incluyendo el Gobierno de la ahora Ciudad de México (artículo 4o.).

Por otra parte, la Ley define el derecho a la protección de la salud, principalmente, como: el disfrute de servicios de salud y asistencia social, el conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de dichos servicios, el desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica encaminadas al bienestar físico y mental del

Salud; III. La coordinación, evaluación y seguimiento de los servicios de salud a los que se refiere el artículo 34, fracción II; IV. La atención materno-infantil; IV bis. El programa de nutrición materno-infantil en los pueblos y comunidades indígenas; IV bis 1. La salud visual; IV bis 2. La salud auditiva; IV Bis. Salud Bucodental; V. La planificación familiar; VI. La salud mental; VII. La organización, coordinación y vigilancia del ejercicio de las actividades profesionales, técnicas y auxiliares para la salud; VIII. La promoción de la formación de recursos humanos para la salud; IX. La coordinación de la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos; IX bis. El genoma humano; X. La información relativa a las condiciones, recursos y servicios de salud en el país; XI. La educación para la salud; XII. La prevención, orientación, control y vigilancia en materia de nutrición, sobrepeso, obesidad y otros trastornos de la conducta alimentaria, enfermedades respiratorias, enfermedades cardiovasculares y aquellas atribuibles al tabaquismo; XIII. La prevención y el control de los efectos nocivos de los factores ambientales en la salud del hombre; XIV. La salud ocupacional y el saneamiento básico; XV. La prevención y el control de enfermedades transmisibles; XV bis. El Programa Nacional de Prevención, Atención y Control del VIH/SIDA e Infecciones de Transmisión Sexual; XVI. La prevención y el control de enfermedades no transmisibles y accidentes; XVII. La prevención de la discapacidad y la rehabilitación de las personas con discapacidad; XVIII. La asistencia social; XIX. El programa para la prevención, reducción y tratamiento del uso nocivo del alcohol, la atención del alcoholismo y la prevención de enfermedades derivadas del mismo, así como la protección de la salud de terceros y de la sociedad frente al uso nocivo del alcohol; XX. El programa contra el tabaquismo; XXI. La prevención del consumo de estupefacientes y psicotrópicos y el programa contra la farmacodependencia; XXII. El control sanitario de productos y servicios y de su importación y exportación; XXIII. El control sanitario del proceso, uso, mantenimiento, importación, exportación y disposición final de equipos médicos, prótesis, órtesis, ayudas funcionales, agentes de diagnóstico, insumos de uso odontológico, materiales quirúrgicos, de curación y productos higiénicos; XXIV. El control sanitario de los establecimientos dedicados al proceso de los productos incluidos en las fracciones XXII y XXIII; XXV. El control sanitario de la publicidad de las actividades, productos y servicios a que se refiere esta Ley; XXVI. El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células; XXVI bis. El control sanitario de cadáveres de seres humanos; XXVII. La sanidad internacional; XXVII bis. El tratamiento integral del dolor, y XXVIII. Las demás materias que establezca esta Ley y otros ordenamientos legales, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 4o. Constitucional.

hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades y la satisfacción de las necesidades de la población (artículo 23).

Por su parte el Sistema Nacional de Salud se encuentra regulado en los artículos 5o. al 43 de la Ley General de Salud.

Para efectos del alcance de este trabajo, se señala que este Sistema se define como el que está constituido por las dependencias y entidades de la administración pública, tanto federal como local, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado, que presten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones, y tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud (artículo 5o.). El principal objetivo del Sistema es: proporcionar servicios de salud a toda la población y mejorar la calidad de los mismos, atendiendo a los problemas sanitarios prioritarios y a los factores que condicionen y causen daños a la salud, con especial interés en la promoción, implementación e impulso de acciones de atención integrada de carácter preventivo, acorde con la edad, sexo y factores de riesgo de las personas (artículo 6o., fracción I). La coordinación de todo el Sistema está a cargo de la Secretaría de Salud (artículo 7o.).

Bajo esa coordinación participan las entidades federativas y municipios conforme a la distribución de competencias que fija la propia Ley (artículo 13); y mediante concertación de acciones los prestadores de servicios de salud de los sectores público, social y privado, de sus trabajadores y los usuarios de los mismos, así como, en su caso, las autoridades o representantes de las comunidades indígenas.

En este Sistema Nacional juega un papel relevante el Consejo de Salubridad General, el cual está integrado por el Secretario de Salud, quien lo preside, un secretario y trece vocales titulares, dos de ellos deben ser los presidentes de la Academia Nacional de Medicina y de la Academia Mexicana de Cirugía,¹⁴ más los vocales que el reglamento

¹⁴ Los vocales conforme al artículo 3o. del Reglamento Interior son los secretarios de Hacienda y Crédito Público; el de Desarrollo Social; el de Medio Ambiente y Recursos Naturales; el de Economía; el de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación; el de Comunicaciones y Transportes; el Secretario de Educación Pública; y el Titular del Instituto Mexicano del Seguro Social; el Titular del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado; el Director General del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia; el presidente de la Academia Nacional de Medicina de México, A. C.; el presidente de la Academia Mexicana de

determine,¹⁵ que hoy son trece. Los miembros del Consejo serán designados y removidos por el Presidente de la República, quien deberá nombrar para tales cargos, a profesionales especializados en cualquiera de las ramas sanitarias (artículo 15).¹⁶

En la parte orgánica del sistema, solamente falta señalar que la Secretaría de Salud ejerce las atribuciones de regulación, control y fomento sanitarios más importantes y se apoya para algunas de ellas en la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS), órgano desconcentrado de esa dependencia.

Por lo que se refiere a los servicios de salud, la ley los clasifica en: de atención médica; de salud pública, y de asistencia social, los cuales regula detalladamente.

En el artículo 23 del mismo ordenamiento se dispone que por servicios de salud se entienden “todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger,

Cirugía, A. C., y el Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México. Estos vocales concurren a las sesiones del Consejo con derecho de voz y de voto.

¹⁵ A la fecha, conforme al artículo 4o. del Reglamento Interior del Consejo, son veintidós vocales más los que integran el Consejo, pero a diferencia de los vocales titulares, aquéllos concurren a las sesiones del órgano con voz pero sin voto.

¹⁶ Conforme al artículo 17 de la Ley General de Salud, compete al Consejo de Salubridad General: I. Dictar medidas contra el alcoholismo, venta y producción de sustancias tóxicas, así como las que tengan por objeto prevenir y combatir los efectos nocivos de la contaminación ambiental en la salud, las que serán revisadas después por el Congreso de la Unión, en los casos que le competan; II. Adicionar las listas de establecimientos destinados al proceso de medicamentos y las de enfermedades transmisibles prioritarias y no transmisibles más frecuentes, así como las de fuentes de radiaciones ionizantes y de naturaleza análoga; III. Opinar sobre programas y proyectos de investigación científica y de formación de recursos humanos para la salud; IV. Opinar sobre el establecimiento de nuevos estudios profesionales, técnicos, auxiliares y especialidades que requiera el desarrollo nacional en materia de salud; V. Elaborar el Cuadro Básico de Insumos del Sector Salud; VI. Participar, en el ámbito de su competencia, en la consolidación y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud; VII. Rendir opiniones y formular sugerencias al Ejecutivo Federal tendientes al mejoramiento de la eficiencia del Sistema Nacional de Salud y al mejor cumplimiento del programa sectorial de salud; VII bis. Proponer a las autoridades sanitarias el otorgamiento de reconocimientos y estímulos para las instituciones y personas que se distinguen por sus méritos a favor de la salud, y VIII. Analizar las disposiciones legales en materia de salud y formular propuestas de reformas o adiciones a las mismas, y IX. Las demás que le correspondan conforme a la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y esta Ley.

promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad”, y en el 27 que para los “efectos del derecho a la protección de la salud se consideran servicios básicos”: I. La educación para la salud, la promoción del saneamiento básico y el mejoramiento de las condiciones sanitarias del ambiente; II. La prevención y el control de las enfermedades transmisibles de atención prioritaria, de las no transmisibles más frecuentes y de los accidentes; III. La atención médica integral, que comprende la atención médica integrada de carácter preventivo, acciones curativas, paliativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias;¹⁷ IV. La atención materno-infantil; V. La planificación familiar; VI. La salud mental; VII. La prevención y el control de las enfermedades bucodentales; VIII. La disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud; IX. La promoción de un estilo de vida saludable; X. La asistencia social a los grupos más vulnerables y, de éstos, de manera especial, a los pertenecientes a las comunidades indígenas, y XI. La atención médica a los adultos mayores en áreas de salud geriátrica.

En el artículo 28 se prevé que debe existir un cuadro básico de insumos para el primer nivel de atención médica y un catálogo de insumos para el segundo y tercer niveles, cuya existencia debe de estar garantizada por la Secretaría de Salud.

Asimismo, en la Ley General se dispone que los servicios públicos a la población en general se prestarán a los habitantes que lo requieran, garantizando la extensión cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud (artículo 35)¹⁸ y que los mismos se regirán por los criterios de universalidad y gratuidad con base en las condiciones socioeconómicas de los usuarios.¹⁹

¹⁷ Según ese mismo precepto, la atención médica integrada de carácter preventivo consiste en realizar todas las acciones de prevención y promoción para la protección de la salud, de acuerdo con la edad, sexo y los determinantes físicos y psíquicos de las personas, realizadas preferentemente en una sola consulta.

¹⁸ No hay que dejar de lado que, según el artículo 36 de la misma ley, el Ejecutivo Federal y las entidades federativas pueden determinar cuotas de recuperación por la prestación de los servicios, con base en el principio de solidaridad social eximiendo de ellas a los usuarios que carezcan de recursos para cubrirlas.

¹⁹ Respecto de los temas abordados en este y los previos párrafos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido algunos criterios, siendo de especial importancia la tesis de jurisprudencia de rubro y texto siguientes:

Ahora, por lo que hace a las definiciones jurisdiccionales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación²⁰ se ha pronunciado en varias ocasiones acerca del derecho a la protección de la salud, reconocido

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 estos 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 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 aquéllos 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 entonces 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, pues incluso, 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 aquéllos 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.

²⁰ Me referiré solo a algunas resoluciones de la Suprema Corte por razones de espacio. Existen criterios de Tribunales Colegiados muy interesantes en este campo, las cuales pueden ser consultadas en la página web de la Suprema Corte: www.scjn.gob.mx, bajo el ícono “*Semanario Judicial*”.

por el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableciendo, en lo que interesa lo siguiente:²¹

- El derecho a la protección de salud no se limita 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, es decir, 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.
- Del artículo 4o. de la Constitución Federal, que establece que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, derivan una serie de estándares jurídicos de gran relevancia. El Estado Mexicano ha suscrito convenios internacionales que muestran el consenso internacional en torno a la importancia de garantizar al más alto nivel a ciertas pretensiones relacionadas con el disfrute de este derecho. La realización progresiva del derecho a la protección de 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.²²

²¹ Los argumentos que se señalan son tomados, casi textualmente, de la de la resolución adoptada en el juicio de Amparo en Revisión 385/2016, fallado en sesión de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 16 de noviembre de 2016. Se utiliza esta resolución por su actualidad y porque en ella se recogen criterios del Pleno y de ambas Salas, que se puede considerar han forjado ya una doctrina constitucional jurisdiccional respecto del derecho humano de protección a la salud.

²² Las anteriores consideraciones encuentran sustento en las siguientes tesis y jurisprudencias del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se leen bajo el rubro:

“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, consultable en la página 6, tomo XXX, diciembre de 2009, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

“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”.

- Si bien para la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud en el juicio de amparo, es menester constatar que se invoque la violación de un derecho fundamental que incorpora pretensiones jurídicas subjetivas y que la invasión al derecho que se denuncia represente un tipo de vulneración remediable por dicha vía, lo cierto es que ello no permite descartar que, en ciertas ocasiones, dar efectividad al amparo implique adoptar medidas que colateral y fácticamente tengan efectos para más personas que las que actuaron como partes en el caso concreto, siempre y cuando tales efectos tengan una relación fáctica o funcional con los de las partes.

Como se advierte de las anteriores consideraciones, el derecho a la protección de la salud previsto en el artículo 4o. de la Constitución General de la República, puede entenderse como la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud encaminados a la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva un derecho fundamental más, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica.

En esa lógica, se trata de un derecho complejo que despliega una amplia serie de posiciones jurídicas fundamentales para los particulares y para el Estado, en el entendido que la protección de la salud y el desarrollo de los correspondientes sistemas sanitarios asistenciales es una de las tareas fundamentales de los Estados democráticos contemporáneos y representa una de las claves del Estado del bienestar.

Así, la salud es una meta prioritaria en sí misma y, a su vez, es el pilar estratégico para que existan otras prerrogativas, ya que las posibilidades de que sean capaces los individuos para desplegarlas como tales, dependen de los logros en salud, en tanto un estado de bienestar general resulta indispensable para poder ejercer el resto de los derechos

Tesis: P. XVIII/2011, consultable en la página 29, tomo XXXIV, agosto de 2011, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

humanos que tutela la Constitución Federal y, en consecuencia, para poder llevar una vida digna.

De ahí que las mejoras en salud constituyen un presupuesto para el desarrollo y no una mera consecuencia y, por ende, la realización del derecho humano a la salud aparece crecientemente como una regla esencial para saber si realmente hay progreso en un Estado y, al mismo tiempo, como un medio decisivo para obtenerlo.

En suma, es dable afirmar que la plena realización del derecho humano a la salud es uno de los requisitos fundamentales para que las personas puedan desarrollar otros derechos y libertades de fuente constitucional y convencional,²³ por lo que la prosecución de la justicia

²³ En este aspecto es relevante lo señalado en la tesis aislada 1a. LXV/2008, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro y texto siguientes:

DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Este Alto Tribunal ha señalado 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 obliga-

social no puede ignorar el papel de la salud en la vida humana y en las oportunidades de las personas para alcanzar una vida sin enfermedades y sufrimientos que resulten evitables o tratables, y sobre todo, en la evitabilidad de padecer una mortalidad prematura.

Ahora, establecida la noción general del derecho humano a la protección de la salud que tutela el artículo 4o. de la Constitución General de la República, resulta menester concretar el presente estudio al contenido y alcance jurídico del derecho humano al disfrute al más alto nivel posible de salud física y mental, que consagra el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual es del tenor literal siguiente:

Artículo 12

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

ciones 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.

Del precepto convencional en cita, se advierte que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental impone obligaciones positivas a los Estados Parte, de las que se destacan, especialmente, la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Respecto de las obligaciones en comento, el precepto internacional no establece expresamente qué tipo de medidas de asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad se encuentran obligados a establecer los Estados contratantes.

Sin embargo, un primer acercamiento a la extensión de la obligación de salvaguardar el derecho al disfrute del más alto nivel posible a la salud, en su vertiente de tratamiento de enfermedades y condiciones de asistencia y servicios médicos, puede colegirse del artículo 2o. de la propia Convención, el cual señala:

Artículo 2o.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

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; y (III) para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos humanos reconocidos en la convención.

Sobre las obligaciones en comento, el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha emitido la “Observación General Número 3” —1990—, en la que se sostuvo, sustancialmente, lo siguiente:

- Aunque el pacto contempla una realización paulatina de los derechos humanos y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que cuentan los Estados, también “impone varias obligaciones con efecto inmediato”, una de ellas es que tales derechos se ejerciten “sin discriminación”.
- La otra obligación inmediata consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1o. del artículo 2o. en el sentido de “adoptar medidas”, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración y, por ende, tales medidas deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del pacto para los Estados interesados, en el entendido que deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el propio tratado internacional.
- Si bien cada Estado parte debe decidir por sí mismo qué medios son los más apropiados de acuerdo con las circunstancias y en relación con cada uno de los derechos contemplados, la “propiedad” de los medios elegidos no siempre resultará evidente, por consiguiente, conviene que los Estados indiquen en sus informes no sólo las medidas que han adoptado sino también en qué se basan para considerar tales medidas como las más “apropiadas” a la vista de las circunstancias.
- El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo, sin embargo, la progresividad no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo, “ya que requiere

un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”.

- Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del pacto, que “es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo”.
- Corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del pacto.
- Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, “debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”.
- De ahí que aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, “sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes”. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción.

Como se advierte, el artículo 2o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé obligaciones de con-

tenido —inmediatas— y de resultado —mediatas o de cumplimiento progresivo—. Las primeras se refieren a que los derechos se ejerciten “sin discriminación” y a que el Estado “adopte medidas”, dentro de un plazo razonablemente breve, que sean deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones convencionales.

Las obligaciones de resultado 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 real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar, por lo menos, la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos contenidos en el pacto.

Esto es, las obligaciones convencionales requieren de un estándar mínimo de cumplimiento, pero no se agotan ahí, sino que resulta menester que, al mismo tiempo, el Estado se encuentre realizando todas las medidas necesarias para asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

En esa lógica, en virtud del derecho consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se impone al Estado mexicano, por una parte, una obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho al nivel más alto posible de salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio hasta el máximo de los recursos que disponga.

Ahora bien, para determinar si un Estado ha fallado en adoptar medidas para la realización de los derechos económicos y sociales, hasta el “máximo de los recursos de que disponga”, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, emitió el documento intitulado: “Evaluación de la Obligación de Adoptar Medidas hasta el ‘Máximo de los Recursos de que Disponga’ de Conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto” —veintiuno de septiembre de dos mil siete—, de la que se desprende lo siguiente:

- La disponibilidad de recursos, aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obli-

gación, de la misma forma que “el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar medidas”. Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales, habida cuenta de las circunstancias reinantes.

- Para que un Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, “debe demostrar que ha realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar todos los recursos que están a su disposición” en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.
- Cuando se afirme que un Estado parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, se deben examinar las medidas legislativas o de otra índole, que haya adoptado, siendo que para determinar si son “adecuadas” o “razonables”, se tomarán en cuenta, entre otras cuestiones, las siguientes: (I) hasta qué punto las medidas adoptadas fueron “deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos”; (II) “si el Estado ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria” (III) si la decisión del Estado de no asignar recursos disponibles se ajustó a la normas internacionales de derechos humanos (IV) en caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto (V) El marco cronológico en que se adoptaron las medidas (VI) si “las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados”, si las medidas fueron no discriminatorias y “si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo”.

Como puede verse, cuando el Estado contratante, aduciendo una falta de recursos, incumpla con la plena realización del derecho al nivel más alto posible de salud, o bien, no asegure sus niveles esenciales, corresponderá no sólo a éste comprobar dicha situación, sino además

debe acreditar que ha realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que están a su disposición, habida cuenta que en el uso de su arbitrio para el desarrollo de las políticas públicas, y para las decisiones atinentes a la distribución o re-distribución de recursos, debe tomar en cuenta a los grupos vulnerables, así como a las situaciones de riesgo, en el entendido que se encuentra proscrito que incurra en decisiones que resulten arbitrarias o discriminatorias.

Ahora, para complementar la interpretación que se ha venido realizando de las referidas obligaciones que tiene el Estado mexicano con relación al derecho a la protección de la salud, en su vertiente de la reducción de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños, el tratamiento de las enfermedades y creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad, se precisa que el documento más extensivo de interpretación del artículo 12 del referido pacto, lo constituye la Observación General Número 14 (2000) emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en lo que interesa señala:

- El derecho a la protección de la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano, sino que entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho de las personas 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”.
- *El concepto* del “más alto nivel posible de salud”, a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado y, por ende, “el derecho a 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.

- Por otra parte, “la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas” exigen que se establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento.
- El derecho a tratamiento comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de socorro en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. La lucha contra las enfermedades “tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes”, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas.
- “La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad” incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; “tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes”, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental.
- Los Estados pueden conculcar el derecho a la protección de la salud “al no adoptar las medidas necesarias dimanantes de las obligaciones legales”. Entre las violaciones por actos de omisión figuran “el no adoptar medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho universal a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental”, el no contar con una política nacional sobre la seguridad y la salud en el empleo o servicios

de salud en el empleo, y el no hacer cumplir las leyes pertinentes.

- Otro aspecto importante es la mejora y el fomento de la participación de la población en la prestación de los servicios médicos preventivos y curativos.

De lo hasta aquí expuesto, es dable concluir que el derecho al nivel más alto posible de salud, debe entenderse como: un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar un estado de bienestar general, que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. En el entendido que existen elementos esenciales que informan el desarrollo del derecho humano a la salud, a saber, la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Así, la “lucha contra las enfermedades” tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, en tanto que “la creación de condiciones que aseguren a las personas asistencia médica y servicios médicos en casos de enfermedad”, no se limita al acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, sino al tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades.

Por ello, la obligación de “cumplir” requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la protección de la salud.

Reiterándose que si el Estado mexicano aduce que la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento de las obligaciones que ha contraído en virtud del pacto, tendrá que justificar no sólo ese hecho, sino que ha realizado todo lo po-

sible por utilizar al máximo los recursos de que dispone para satisfacer el derecho a la protección de la salud.

De ahí que se configurará una violación directa a las obligaciones del pacto, cuando, entre otras cuestiones, el Estado obligado no adopte todas “las medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho universal a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental”, dentro de las que se encuentra el tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, así como el suministro de medicamentos esenciales para dar un tratamiento apropiado a las enfermedades, habida cuenta que se deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables o marginados.

La anterior transcripción le permitirá al lector conocer cuál es la posición general o mayoritaria que ha forjado la Suprema Corte en relación al derecho a la protección de la salud y le facilitará entender los parámetros que ha venido definiendo para ponderar este derecho fundamental frente a otros que puedan entrar en colisión, al resolver los casos concretos de su competencia.

Pero la tarea del juzgador constitucional, a pesar de ese cúmulo de criterios y reglas de interpretación que ya ha fijado, no es nada sencilla. Para ejemplificar esta dificultad se analizarán en el siguiente apartado algunos casos ya resueltos, que ponen en evidencia la gran complejidad que implica la resolución de conflictos en los que está involucrada la delicada tarea de la ponderación entre derechos humanos.

ALGUNOS CASOS RELEVANTES DE PONDERACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD FRENTE A OTROS DERECHOS HUMANOS

1o. Ponderación en la impugnación a la Ley de Protección a la Salud de los No Fumadores (LPSNF, en lo sucesivo) en el Distrito Federal

En la Acción de Inconstitucionalidad 119/2008, diputados de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal impugnaron la LPSNF, argumentando que violaba los artículos 16 y 133 constitucionales, por considerar

que la dicha Ley no se ajustaba al contenido de la Ley General para el Control del Tabaco.

Si bien la objeción principal era la falta de competencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) para legislar en la materia, el Pleno de la Suprema Corte se pronunció sobre el alcance del derecho a la protección de la salud, en ese contexto.

Así, en la resolución se pondero entre el derecho a la protección de la salud de los no fumadores “ante el gran número de enfermedades que produce a este grupo la exposición al humo del tabaco”, sobre el derecho al comercio de ciertos sujetos, al haberse prohibido la práctica de fumar en diversos lugares cerrados de atención al público y, en muchos otros espacios en que se pusiera en riesgo la salud de niños, jóvenes y adultos (incluyendo, entre otros, hospitales, establecimientos mercantiles, elevadores, hospitales, bibliotecas, teatros, cines, hoteles, lugares cerrados en donde se expendan alimentos o bebidas, centros de educación inicial, básica, media superior y superior, oficinas públicas así como áreas privadas como espacios de trabajo cerrados y en sitios de concurrencia colectiva).²⁴

El Pleno de la Suprema Corte razonó de la siguiente manera la justificación constitucional de esa legislación:

El fin y el medio de la norma permiten concluir que esta regula la materia de salud, al tener como finalidad la protección de la salud de los no fumadores mediante la prohibición de fumar en determinados lugares.

Es cierto que la norma impugnada contempla obligaciones a cargo de los establecimientos mercantiles; sin embargo, esta obligación no debe interpretarse aisladamente, sino que debe advertirse que está motivada por una finalidad específica, consistente en la protección de la salud de los no fumadores. Las obligaciones que la ley impone a los establecimientos mercantiles no derivan del ánimo de regular su funcionamiento, sino de la necesidad de proteger la salud de quienes no fuman.

Así, el género próximo de la materia de la norma impugnada es la salubridad general, sin que sea obstáculo para ello el hecho de que las medidas utilizadas incidan en determinados sujetos, como los comerciantes.

²⁴ Artículo 10. de la LPSNF.

Es decir, la Suprema Corte estimó, en una ponderación entre los derechos humanos involucrados, que prevalecía el derecho a la protección de la salud de los no fumadores, frente a los derechos que toda persona tiene, fundamentalmente reconocidos en el artículo 5o. de la Constitución para dedicarse, en lo que interesa a este trabajo, a la profesión, industria, comercio o trabajo lícitos.

*2o. Ponderación en la impugnación
a la Ley General para el Control del Tabaco*

En el Amparo en revisión 314/2012, la Primera Sala en resolución del 4 de julio de 2012, determinó que el artículo 23, párrafo segundo, de la Ley General para el Control del Tabaco, no viola el artículo 5o. constitucional.

En ese asunto se llegó a esa determinación, conforme a los razonamientos que se incorporaron en la tesis aislada 1a. CCIV/2012 (10a.), cuyo rubro y texto son del tenor siguiente:

CONTROL DEL TABACO. EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO VIOLA EL DERECHO HUMANO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 5o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. La restricción que prevé el artículo 23, párrafo segundo, de la Ley General para el Control del Tabaco, al establecer que: “La publicidad y promoción de productos del tabaco únicamente será dirigida a mayores de edad a través de revistas para adultos, comunicación personal por correo o dentro de establecimientos de acceso exclusivo para aquéllos.”, es de interés público y social; además, tiene una finalidad legítima, pues busca proteger la salud de la población y, particularmente, de un grupo vulnerable como son los niños y jóvenes. Así, la protección del derecho humano a la salud prevista en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, opera como justificador de la limitación a la libertad de comercio e industria representada por el citado numeral 23. Asimismo, dicha restricción es racional e idónea porque existe conexión instrumental entre el objetivo indicado y la opción de no permitir que se publiciten en medios que estén al alcance de los menores los productos derivados del tabaco; además de que está muy lejos de recaer sobre el centro o núcleo del derecho a elegir y desempeñar una profesión o una actividad empresarial, pues dicha restricción no con-

diciona la posibilidad de tener la propiedad o la explotación de un establecimiento mercantil, ni de convertirse en comercializador o distribuidor de productos derivados del tabaco, sino que simplemente regula algunas de sus condiciones de ejercicio, en particular, la publicidad; lo que se traduce en un impacto objetivamente mínimo sobre el ámbito de ejercicio del derecho o libertad en cuestión. Así, el legislador únicamente impone una condición específica de modo y lugar, entre otras, que tienen que ser observadas en la publicidad de productos y servicios, sobre la base de la necesidad de proteger una infinidad de derechos e intereses públicos que esa actividad pone en riesgo; de ahí que el artículo 23 de la Ley General para el Control del Tabaco, no viola el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prevé que a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos.

Como se aprecia de la tesis antes descrita, la Primera Sala de la Suprema Corte arribó a consideraciones de ponderación entre los derechos humanos en colisión y volvió a privilegiar el derecho a la protección de la salud previsto en el artículo 4o. de la constitución, en particular en este caso, el de los niños y jóvenes, sobre los previstos en el artículo 5o. del mismo ordenamiento.

3o. Ponderación entre el derecho a la protección de la salud y las limitaciones frente a enfermedades raras y los medicamentos huérfanos para su cura

En los Amparos en Revisión 349/2014, 350/2014, 351/2014, 365/2014, 921/2014, 931/2014 y 932/2014²⁵ los cuales fueron atraídos, por su importancia y trascendencia, para resolución por la Segunda Sala de la Suprema Corte, diversos quejosos demandaron a diversas autoridades del Instituto Mexicano del Seguro Social, fundamentalmente por la negativa de otorgar atención médica integral y oportuna, para el padecimiento hemoglobinuria paroxística nocturna,²⁶ con el

²⁵ También se atrajeron los AR 701/2014, 348/2014 y 933/2014, en los cuales no se entró al fondo por diversas razones.

²⁶ Esta es una enfermedad rara (la Ley General de Salud considera a estas enfermedades como raras por su baja frecuencia, menor de 5 casos por cada 10 mil habitantes) adquirida de la médula ósea, que se caracteriza por presentar anemia hemolítica intravas-

medicamento soliris/eculizumab; por la omisión de tomar las medidas adecuadas para adquirir el indicado medicamento e incluirlo en el cuadro básico de medicamentos, y por la negativa a suministrar el mencionado fármaco.

Los quejosos argumentaron esencialmente, aunque con algunas diferencias, que con ello se violaban los derechos humanos de igualdad y no discriminación, de protección de la salud y de acceso a la seguridad social.

Un primer punto importante de estas resoluciones es que, contrario a lo argumentado por las autoridades del IMSS, la Segunda Sala consideró que estando invocada una violación al derecho humano a la salud previsto en el artículo 4o. constitucional, entonces ese organismo descentralizado sí tiene la calidad de autoridad para efectos del juicio de amparo, a pesar del criterio reiterado de que, al ser un organismo descentralizado encargado de la seguridad social, no tiene frente a los asegurados y derechohabientes el carácter técnico de autoridad para efectos de la procedencia de ese juicio de garantías.

Conforme con la “Guía de buena Prescripción” emitida por la Organización Mundial de la Salud:²⁷ la “eficacia, seguridad, conveniencia, y coste del tratamiento”, son los principios que deben tomarse en cuenta para la aplicación de un medicamento. La Segunda Sala, considerando esos principios en los casos concretos, valoró los argumentos de las autoridades responsables y llegó a la conclusión de que en nuestro sistema jurídico existen claramente definidas las autoridades competentes y los procedimientos legales y administrativos para determinar cuándo un medicamento tiene las características y condiciones necesarias para ser incluido en el Cuadro Básico (para el primer nivel de atención médica) o en el Catálogo de Insumos del Sector Salud (para el segundo y tercer nivel), y dado que en los casos resueltos no se había acreditado la seguridad, eficacia terapéutica y eficiencia del medicamento soliris/eculizumab —el cual, además, es

cular, tendencia a la formación de trombos venosos y en menor grado arteriales, y en cierto grado de insuficiencia medular. (definición de la Asociación de Hemoglobinuria Paroxística Nocturna de España, cuya identificación bibliográfica obra a fojas 89 de la resolución comentada.)

²⁷ Organización Mundial de la Salud, *Guía de la buena prescripción*, OMS, Ginebra, Suiza.

sumamente caro—, no se podía tener por demostrada la violación al derecho del nivel más alto de salud ni tampoco que el tratamiento que recibían los quejosos no fuese el adecuado.

No obstante, en las resoluciones que se comentan, se concluyó que si bien no existió violación al derecho humano a la protección de la salud con la negativa del suministro del medicamento, caso distinto era la omisión de tomar las medidas adecuadas para solicitar a la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del sector Salud la posible incorporación del fármaco soliris/eculizumab en esos instrumentos, por supuesto una vez analizadas sus condiciones de eficiencia, seguridad, conveniencia y coste por las autoridades competentes y siguiendo los procedimientos establecidos para ello.

Debe decirse que en el Amparo en Revisión 350/2014 se revocó el amparo concedido a la quejosa respecto del suministro del medicamento solaris/eculizumab, precisándose que a fin de no poner en riesgo su salud, bajo la responsabilidad de los médicos del IMSS, se debería evaluar la pertinencia de retirar de inmediato o paulatinamente el suministro del medicamento, así como determinar, en su caso, el tratamiento sustituto adecuado.

De igual manera, en el Amparo en revisión 349/2014, dado que el paciente había recibido el medicamento solaris/eculizumab en el Instituto Nacional de Nutrición, el sentido de la resolución respecto a ese tema fue “[...] para que el Instituto Mexicano del Seguro Social, de inmediato realice las gestiones necesarias ante la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del sector Salud, a efecto de que ésta, también de inmediato, haga el análisis que corresponda, conforme a los procedimientos establecidos para determinar si el medicamento soliris/eculizumab es apto para ser incorporado al Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud”.

En todos estos asuntos, la Segunda Sala ponderó que el derecho a la protección de la salud quedaba sujeto y limitado a ciertos parámetros de certeza en el uso de medicamentos, y que por tanto correspondía a las autoridades médicas competentes determinar —siempre tomando en cuenta los principios de eficacia, seguridad; conveniencia, y coste del tratamiento— si se debían o no incorporar el medicamento a su Cua-

dro Básico y al Catálogo antes mencionado, a efecto de que pudieran ser utilizados de manera general en el sector salud.

4o. Ponderación en relación a las posibilidades presupuestales del Estado y el derecho a la protección de la salud

En el amparo en Revisión 378/2014, la Segunda Sala de la Suprema Corte resolvió otorgar el amparo y protección de la justicia federal a un grupo de pacientes con VIH/SIDA, por violación a su derecho a la protección de la salud, toda vez que en el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas”, no se llevó en tiempo y forma el ofrecimiento de ejecutar el proyecto denominado “Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para pacientes con VIH/SIDA y Co-infección por enfermedades de Trasmisión Aérea”.

En este caso la autoridad argumentó, medularmente, que no existía violación al derecho humano a la salud por el hecho de que no se hubiera ejecutado el proyecto antes descrito, pues el Instituto responsable había garantizado hasta el máximo de los recursos con los que cuenta, dado que el costo estimado del proyecto era de 302,338,641.00 pesos, por lo que de concederse el amparo se dejarían de atender otras necesidades prioritarias, que impactarían de manera negativa en el derecho a la protección de la salud de la población en general, en virtud de que no se contaba con los recursos necesarios para ejecutar la obra de marras.

Frente a estas defensas señaladas por la autoridad responsable, la Segunda Sala consideró inatendibles tales argumentos, atendiendo a lo señalado en la Constitución y en los instrumentos internacionales suscritos por México, señaladamente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, así como a la resolución tomada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Ximenez Lopes vs. Brasil*, conforme con los cuales los Estados tienen la obligación de adoptar medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la protección de la salud, y

que “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

En consecuencia, acreditado que estaba la necesidad de que ese grupo de enfermos con VIH/SIDA contaran con instalaciones adecuadas a su problema de salud y tomando en cuenta las condiciones que rodeaban al caso concreto, la Segunda Sala resolvió que no estando totalmente probado que se habían realizado todos los esfuerzos posibles para cumplir con la obligación de proporcionarles el nivel más alto para proteger su salud, y que los órganos jurisdiccionales pueden y deben revisar que realmente ello se haya hecho, y sin que ello suponga, en principio, la substitución de los otros órganos de poder en sus atribuciones, de debía decidir cómo se tenía que cumplir con las obligaciones que tenían las autoridades responsables, en el caso concreto, para garantizar ese más alto estándar de salud posible a los enfermos involucrados.

Conforme a esos razonamientos de ponderación entre los derechos concretos de los enfermos de VIH/SIDA y los alegados por la autoridad de interés general para prestar otros servicios, se concedió el amparo para los efectos de que las autoridades responsables tomaran todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho humano al nivel más alto posible de salud de los quejosos. Ello, dejando a la autoridad la consideración sobre las medidas más adecuadas para cumplir con su obligación de brindar un tratamiento médico apropiado, ya fuera mediante el cumplimiento del proyecto original, mediante la construcción de un nuevo pabellón; y para el caso de que ello no fuese posible, se les ordenó que deberían realizar las acciones necesarias para que los enfermos quejosos fueran atendidos de inmediato en algún otro hospital o clínica del sector salud en el que puedan recibir el tratamiento adecuado e idóneo a su enfermedad.²⁸

²⁸ Existe un asunto sub judice muy interesante. En el Amparo en Revisión 104/2016, la Segunda Sala está conociendo sobre los planteamientos que hizo una empresa embotelladora, en contra del artículo 24 Bis, que se adicionó recientemente a la Ley General de Educación, que ordena la emisión de lineamientos para el expendio y distribución de los alimentos y bebidas preparados y procesados, dentro de toda escuela, en cuya elaboración deben cumplirse los criterios nutricionales que para tal efecto determine la Secretaría de Salud; y de igual manera, “El Acuerdo mediante el cual se establecen los lineamientos generales para el expendio y distribución de alimentos y bebidas pre-

COMENTARIOS FINALES

Es previsible que en el tiempo se incrementen las impugnaciones ante los tribunales constitucionales, en especial ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que involucran al derecho humano de protección de la salud, y que los cuestionamientos sean porque se estima que las protecciones establecidas por legislador violan otros derechos humanos que a juicio de los impugnantes no deben ser afectados o deban prevalecer sobre aquél.

Temas como la prohibición de fumar en protección de los no fumadores o de la prohibición de vender en las instituciones de educación superior alimentos que no favorezcan la salud de los educandos —ya sometidos a la consideración de la Suprema Corte—, han puesto de manifiesto que el derecho humano de la protección de la salud hoy en día requiere del apoyo, para la toma de decisiones legislativas o administrativas de las autoridades competentes, del conocimiento no nada más jurídico, sino de la concurrencia del conocimiento de otras disciplinas (entre ellas, en el caso concreto, medicina, biología, genómica, química, siquiatría, tecnología de los alimentos, bariatría, nutrición,

paradas y procesadas en las escuelas del Sistema Educativo Nacional”, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 16 de mayo de 2014.

Se elaboró y presentó a discusión el proyecto de resolución en el cual se planteaba declarar constitucional la prohibición de vender productos con alto contenido calórico en instituciones de educación superior. La ponderación privilegiaba el derecho a la protección de la salud de los estudiantes de esas instituciones educativas, frente a los derechos humanos de libertad de comercio y trabajo, de libertad de los consumidores a decidir libre e informadamente sobre los productos que desean adquirir, así como los de personalidad, propia imagen, identidad personal, libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana de los adquirentes y consumidores, bajo el argumento fundamental de que existían razones suficientes para considerar que dichos alimentos generan obesidad y otras enfermedades en un país en que esas condiciones por su extensión y magnitud son un problema grave de salud pública. La mayoría de la Sala se pronunció en contra del proyecto, por lo que fue desechado y returnado para la elaboración de una nueva propuesta bajo el presupuesto de la inconstitucionalidad de la prohibición establecida en el artículo 25 Bis de la Ley General de Educación de vender ese tipo de productos alimenticios en las instituciones de educación superior, puesto que en ellas los alumnos son mayores de edad y pueden decidir qué comer o no comer. Es decir, el criterio mayoritario se inclina en la ponderación de esos derechos humanos, a privilegiar la prevalencia de los otros derechos sobre el derecho a la protección de la salud.

sociología, demografía, etc.) que permitan sustentar de manera sólida las razones que justifican la restricción de otros derechos humanos en favor del de la salud. Estos elementos de apoyo científico o técnico, son indispensable para que los tribunales constitucionales puedan determinar si tales restricciones son válidas o no.

El test de proporcionalidad es un instrumento muy valioso que utilizan los tribunales para realizar su escrutinio constitucional cuando enfrentan conflictos que involucran colisión de derechos humanos. Pero también puede servir como criterio para las decisiones de otras autoridades, en especial las legislativas, cuando normativamente se establecen ese tipo de restricciones en aras de la protección del derecho a la protección de la salud.

En este contexto, se puede tomar en cuenta lo ya establecido en esta Suprema Corte, en el sentido de que: “los requisitos para considerar válidas las restricciones o la suspensión de derechos, son: a) que se establezcan en una ley formal y material (principio de reserva de ley) dictada en razón del interés general o público, en aras de garantizar los diversos derechos de igualdad y seguridad jurídica (requisitos formales); y, b) que superen un test de proporcionalidad, esto es, que sean necesarias; que persigan un interés o una finalidad constitucionalmente legítima y que sean razonables y ponderables en una sociedad democrática (requisitos materiales)”.

Aunque la obligación del alcance y profundidad de la motivación de los actos legislativos es un tema aún debatido, lo que parece indiscutible es que cuando se establezcan restricciones a los derechos humanos, en especial cuando ello involucra colisión entre dos o más de ellos, el legislador exprese con toda profundidad las razones y fundamentos jurídicos, científicos o técnicos en los que basa su decisión, para acreditar que su medida satisface el estándar del test de proporcionalidad antes señalado. Aunque los tribunales constitucionales, particularmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no quedan vinculados por esos argumentos o razonamientos, ellos se vuelven un referente obligado para sustentar una resolución que decide sobre la constitucionalidad de tales restricciones.

De igual manera, las autoridades administrativas de salud o de seguridad social, cuando son señaladas como autoridades responsables

en un juicio de amparo en el que se alegan violaciones de su parte al derecho humano de protección de la salud, deberían tomar en cuenta los presupuestos fijados para el test de proporcionalidad (que sean necesarias; que persigan un interés o una finalidad constitucionalmente legítima y que sean razonables y ponderables en una sociedad democrática), como criterio orientador para rendir sus informes justificados, de tal manera que puedan sustentar constitucionalmente las decisiones que toman o actos que realizan, en relación a ese derecho.

FUENTES CONSULTADAS

Bibliográficas

- ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos constitucionales. Cátedra Ernesto Garzón Valdés (2004)*, México, Distribuciones Fontamara, 2005.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2013.
- Organización Mundial de la Salud, *Guía de la buena prescripción*, Ginebra, Suiza, OMS.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, México, Porrúa, 1967.

Hemerográficas

- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *et al.*, “Reflexiones constitucionales sobre el Consejo de Salubridad General”, en *Gaceta Médica de México*, 2013.

