Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/4Qyyuf

Capítulo primero

SALUD COMO DERECHO

El sistema de salud en México, desde antes de ser concebido como nación independiente,[2] ha tenido como objetivo la observancia del buen ejercicio de la medicina; sin embargo, la primordialidad del cuidado del bienestar íntegro de los enfermos ha imperado, aunque en ocasiones de manera tenue, en las acciones efectivas y legales de la atención de la salud como un derecho imprescindible del ser humano.

La operación obligatoria y universal de medidas precautorias de la salud como bien público no vieron camino ni luz, formalmente escritas, hasta mediados del siglo xx, cuando el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en París, proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[2] "En 1628 y por disposición del Consejo de Indias, se funda la Junta del Protomedicato, que tiene la función de velar por el buen ejercicio y enseñanza de la medicina y por todo aquello en conexión con la higiene y la salubridad pública". Yáñez Campero, Valentín, *La administración pública y el derecho a la protección de la salud en México*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, p. 16.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas
Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/4Qyyuf

I. Tratados internacionales

1. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*

Traducida a más de 500 idiomas, y con la firme convicción de ser el mecanismo para velar por "los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero", cuenta con 30 artículos que comprometen al cabal cumplimiento de los Estados firmantes. El preámbulo de la declaratoria universal, sentencia la aplicabilidad estatal de los preceptos bajo un régimen de derecho; esto es, bajo causales de libertad, justicia y seguridad.

Adherido a las Naciones Unidas en noviembre de 1945, México se comprometía a "asegurar (…) el respeto universal" de los derechos acogidos. Entre ellos, a más de 70 años de la declaratoria, existen los que parecen no lograr un avance significativo; hago referencia explícita a los derechos enmarcados en los artículos 22 y 25 de la mencionada declaratoria: el derecho a la seguridad social, y los derechos a un nivel de vida adecuado, la salud y el bienestar.

Expresamente, los artículos mencionan:

> Artículo 22
>
> Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.
>
> 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 u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas
Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/4Qyyuf

> 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

2. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

En tanto, el 3 de enero de 1976 entró en vigor el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual prevé que "no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos".[3]

Así, la salud y los derechos del usuario de los servicios médicos están cobijados en el marco de los siguientes artículos:

> Artículo 7o.
>
> Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:
>
> a) …
> b) La seguridad y la higiene en el trabajo
> c) …
> d) …
> (…)
>
> Artículo 9o.
>
> Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.
>
> Artículo 10
>
> Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que:
>
> 1) …

[3] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en: *http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx*.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas
Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/4Qyyuf

2) Se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3) …

(…)

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

México, al suscribirse en 1981 a este tratado, al igual que los demás Estados miembros, está obligado conforme al artículo segundo del Pacto a:

1) …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) …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.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas
Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/4Qyyuf

Considerando que el Estado de derecho imperante cuenta con un sólido mecanismo de control de convencionalidad, el país está, más que comprometido, obligado a respetar y responder a los derechos enunciados no sólo en los dos documentos internacionales mencionados, sino en todo aquello que promueva el amplio respeto y garantía de los derechos humanos.

II. Marco legal mexicano

1. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

Hasta antes de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, la procuración de salubridad se limitaba únicamente al control epidemiológico en zonas vulnerables; entiéndase, las zonas con precariedad económica, con un número de habitantes escaso y con una situación geográfica alejada no sólo de la capital federal, sino incluso de las ciudades emergentes de las entidades federativas.

Es hasta 1983 que se adiciona un párrafo al artículo 4o., que reconoce la igualdad jurídica del hombre y la mujer, que versa: "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".[4]

2. *Ley General de Salud*

En 1984, durante el mandato presidencial de Miguel de la Madrid, fue publicada la Ley General de Salud, que en su artículo 1o. anticipa:

[4] El artículo 73 faculta al Congreso de la Unión para dictar leyes en materia de nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf*.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas
Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/4Qyyuf

> La presente ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.

Dicho objetivo se encuentra plasmado de manera esencial en sus 482 artículos conformantes, que están distribuidos en 18 títulos, y que a la fecha han sido objeto de más de un centenar de reformas.[5]

Es de especial consideración el Título Primero "Consideraciones General", pues en él quedan plasmados el objetivo rector de la ley, el concepto medular de *salud*, las finalidades que conllevan a su protección, así como la composición y organización del sistema de salubridad en México, que es retomado con mayor especificidad en el Título Segundo.

El artículo 1o., Bis, de la ley enuncia: "Se entiende por salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". Sin embargo, esta concepción fue añadida a la ley hasta el año de 2013.

Es el artículo 2o. el que enlista en siete fracciones las finalidades del derecho a la protección de la salud, y merece peculiar atención y análisis la fracción quinta, que dice: "El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población".

Para tal efecto se abordará un breve, pero sustancioso, examen en torno a tal derecho, no sólo del usuario de los sistemas de salud, sino particularmente del enfermo, y sus efectos en el sistema jurídico-práctico de la salud en México.

[5] El 11 de mayo de 2018 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma número 112 a la ley.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas
Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/4Qyyuf

3. *Reforma constitucional en materia de derechos humanos*[6]

La reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011, ofreció varias novedades importantes, las cuales pueden cambiar de manera profunda la forma de concebir, interpretar y aplicar tales derechos en México. Los principales cambios, que se observan a partir de la reforma, son los siguientes:

> La denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución cambia, dejando atrás —al menos en parte— el anticuado concepto de *garantías individuales*. A partir de la reforma se llama "De los derechos humanos y sus garantías". La expresión *derechos humanos* es mucho más moderna que la de *garantías individuales*, y es la que se suele utilizar en el ámbito del derecho internacional, si bien es cierto que lo más pertinente desde un punto de vista doctrinal hubiera sido adoptar la denominación de *derechos fundamentales*.
>
> El artículo 1o. constitucional, en vez de "otorgar" los derechos, ahora simplemente los "reconoce". A partir de la reforma se reconoce que toda persona "goza" de los derechos y de los mecanismos de garantía reconocidos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales. La Constitución se abre de forma clara y contundente al derecho internacional de los derechos humanos, demostrando de esa manera una vocación cosmopolita muy apreciable.
>
> En el mismo artículo 1o. se recoge la figura de la *interpretación conforme*, al señalarse que todas las normas relativas a derechos humanos —del rango jerárquico que sea— se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales. Esto implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad —integrada no solamente por la carta magna, sino también por los tratados internacionales—, a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano.
>
> Se incorpora en el párrafo segundo del artículo primero constitucional el principio de interpretación *pro personae*,

[6] Extraído de Carbonell, Miguel, "La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades", *miguelcarbonell.com*, México, septiembre de 2012, disponible en: *www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml*.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas
Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/4Qyyuf

muy conocido en el derecho internacional de los derechos humanos y en la práctica de los tribunales internacionales encargados de la protección y tutela de los mismos derechos. Este principio supone que, cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derecho humano. Y también significa que, cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que (igualmente) proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano.

Se señala, en el párrafo tercero del artículo primero, la obligación del Estado mexicano —en todos sus niveles de gobierno, sin excepción— de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. De esta forma queda claro que todo derecho humano "reconocido" por la Constitución y los tratados internacionales genera obligaciones para las autoridades mexicanas, con independencia del nivel de gobierno que ocupen o de la modalidad administrativa bajo la que estén organizadas.

Las obligaciones de las autoridades mexicanas en materia de derechos humanos deberán cumplirse a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos.

El Estado mexicano, señala el artículo 1o. constitucional a partir de la reforma, debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.

Queda prohibida la discriminación por causa de preferencias sexuales. Antes de la reforma, el texto constitucional se refería simplemente a la prohibición de discriminar por "preferencias", lo que podía generar ciertas ambigüedades sobre el alcance de dicha prohibición. La reforma deja claramente señalado que son las preferencias sexuales las que no pueden ser tomadas en cuenta para efecto de dar un trato diferenciado a las personas o para negarles cualquier derecho.

Una de las finalidades de la educación que imparta el Estado mexicano deberá ser el respeto a los derechos humanos, de acuerdo con lo que a partir de la reforma señala el artículo 3o. constitucional.

Se otorga rango constitucional al asilo para toda persona que sea perseguida por motivos políticos y, de la misma forma, se reconoce el *derecho de refugio* para toda persona por razones de carácter humanitario. Esto amplía la solidaridad internacional que históricamente ha tenido México hacia las personas que sufren violaciones de derechos en sus países de

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas
Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/4Qyyuf

origen, para quienes deben estar completamente abiertas las puertas del territorio nacional.

Se establece, en el artículo 18, que el respeto a los derechos humanos es una de las bases sobre las que se debe organizar el sistema penitenciario nacional, junto con el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte. Mediante este nuevo añadido al párrafo primero del artículo 18 constitucional, la reforma del 10 de junio de 2011 subraya que en nuestras cárceles se deben respetar los derechos humanos y que no puede haber un régimen penitenciario compatible con la Constitución que permita la violación de tales derechos. La privación de la libertad de la que son objeto las personas que delinquen no justifica en modo alguno que se violen sus derechos humanos, ni por acción ni por omisión de las autoridades.

Tomando como base lo que señala la Convención Americana de Derechos Humanos, se modifica el tristemente célebre artículo 33 constitucional, para efecto de modular la facultad del presidente de la República para hacer abandonar el territorio nacional a las personas extranjeras. Anteriormente esa facultad se ejercía de forma totalmente arbitraria, sin que se le diera ningún tipo de derecho de ser oído y vencido en juicio a la persona extranjera afectada. Con la reforma ya se señala que se debe respetar la "previa audiencia" y que la expulsión solamente procede en los términos que señale la ley, siempre que se siga el procedimiento que la misma ley establezca. También será una ley la que deberá determinar el lugar y el tiempo que puede durar la detención de un extranjero para efecto de su posible expulsión del territorio nacional.

Se adiciona la fracción x del artículo 89 constitucional para efecto de incorporar como principios de la política exterior del Estado mexicano —la cual corresponde desarrollar al presidente de la República— "el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos". Esto implica que los derechos humanos se convierten en un eje rector de la diplomacia mexicana y que no se puede seguir siendo neutral frente a sus violaciones. Si se acreditan violaciones de derechos humanos, México debe sumarse a las condenas internacionales y aplicar las sanciones diplomáticas que correspondan según el ordenamiento jurídico aplicable.

Se le quita a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad contenida en el artículo 97 constitucional, la cual pasa a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Lo cierto es que había sido la propia Suprema Corte la que, con

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas
Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/4Qyyuf

toda razón, había pedido que se le quitara este tipo de facultad, que en rigor no era jurisdiccional y que generaba muchos problemas dentro y fuera de la Corte.

Se obliga a los servidores públicos que no acepten recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) o de las respectivas comisiones estatales, a fundar y motivar su negativa, así como a hacerla pública. Toda recomendación debe ser contestada, tanto si es aceptada como si es rechazada. En caso de que alguna autoridad rechace una recomendación, puede ser citada por el Senado o por la Comisión Permanente —si la recomendación proviene de la CNDH—, o bien, por la legislatura local —si la recomendación fue expedida por una comisión estatal—.

Las comisiones de derechos humanos podrán conocer, a partir de la reforma, de quejas en materia laboral. Solamente quedan dos materias en las cuales resultan incompetentes las comisiones de derechos humanos: los asuntos electorales y los jurisdiccionales.

Se establece un mecanismo de consulta pública y transparente para la elección del titular de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y para los miembros del Consejo Consultivo de la propia Comisión.

Se faculta a la CNDH para realizar la investigación de violaciones graves de derechos humanos. El ejercicio de dicha facultad se puede dar cuando así lo considere la Comisión o cuando sea solicitado por el presidente de la República, el gobernador de un estado, cualquiera de las cámaras del Congreso de la Unión, las legislaturas locales o el jefe de Gobierno de la ahora Ciudad de México.

En los artículos transitorios, la reforma prevé la expedición de una serie de leyes que la irán complementando en el nivel legislativo. Así, ordena que se emita, en el plazo máximo de un año a partir de su entrada en vigor, una ley sobre reparación de las violaciones de derechos humanos; una ley sobre asilo; una ley reglamentaria del artículo 29 en materia de suspensión de derechos; una ley reglamentaria del artículo 33 en materia de expulsión de extranjeros, y nuevas leyes —tanto a nivel federal como local— de las comisiones de derechos humanos.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas
Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México