

LOS ALBORES DE LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO: EL CASO *PABELLÓN 13* (AR 378/2014)

Francisca POU GIMÉNEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El alcance de la litis y el contenido del derecho*. III. *El papel crucial de las fuentes constitucionales externas*. IV. *Modelo de justiciabilidad: las cargas de la argumentación*. V. *Derechos, remedios, monitoreo*. VI. *Antes y después de Pabellón 13*. VII. *El litigio de salud en el mundo y el largo camino a casa*.

I. INTRODUCCIÓN

El número de sentencias de la Suprema Corte en materia de derecho a la salud sigue siendo inexplicablemente bajo. ¿Cómo puede ser que, en un país con millones de personas que viven con las carencias más grandes, años después de la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y amparo de 2011, en un contexto donde el imperativo de dar efecto a la normatividad suprema de la Constitución está ya fuera de discusión, las líneas jurisprudenciales sobre derechos tan centrales como vivienda, agua, educación, alimentación o salud estén formadas por tan pocos casos?

Aunque la línea sobre derecho a la salud tiene más eslabones que las líneas sobre los otros derechos que he mencionado, el panorama no puede ser más distinto que el característico del litigio constitucional en salud en países como Brasil, Argentina o Colombia, donde las sentencias de las altas cortes sobre el tema se cuentan por cientos o por miles.¹ En uno de

* ITAM.

¹ En el mismo sentido, Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “La justiciabilidad del derecho a la salud en México y en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año III, núm. 5, 2017, p. 527. Para una panorámica sobre el litigio en salud en algunos países de la región véase, por ejemplo, Yamin, Alicia Ely y Gloppen,

los estudios reciente encaminados a rastrear los amparos de la Corte mexicana en la materia se localizan 22 casos sobre derecho a la salud, 13 de los cuales son en realidad casos de responsabilidad civil extracontractual que no abordan centralmente la definición de las exigencias y dimensiones de goce del derecho.² Incluso si puntualizamos que los pronunciamientos sobre seguridad social también definen dimensiones importantes del derecho,³ que hay pronunciamientos vertidos en otras vías procesales (acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional) que contribuyen a definir su alcance, que hay amparos sobre otras materias que inciden poderosamente sobre el derecho a la salud y que incluso en un país que depende tanto de la guía de la Suprema Corte, puede haber algún desarrollo interesante a nivel de tribunales inferiores, las cifras son inequívocas. El acceso a la justicia en materia de salud ha sido escasísimo; muchos de los casos de salud fueron judicializados por ONG de litigio y los temas de la mayoría de los demás dejan trans lucir que no son litigios promovidos por personas desfavorecidas.

La pregunta que se abre inmediatamente después de esa constatación es la siguiente: ¿y qué tanto (o qué tan poco) ha dicho la Corte en ese puñado de casos? ¿Ha sido garantista, maximalista, o deferente con el legislador y las autoridades administrativas? ¿Ha utilizado alguno de los paradigmas de justiciabilidad más comunes en el derecho comparado (núcleo esencial, proporcionalidad, razonabilidad, conexidad)? ¿Ha sido prescriptivista o

Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud ¿Puede ser la justicia una herramienta de cambio?*, Siglo XXI Editores, 2013; Langford, Malcolm (ed.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, U. de los Andes-Siglo del Hombre Editores, 2013; Alviar García, Helena et al. (eds.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice. Critical Inquiries*, Routledge, 2015; Lamprea, Everaldo, *Derechos en la práctica. Políticas de salud, litigio y cortes en Colombia (1991-2014)*, Uniandes, 2015; Parra Vera, Óscar, “The Protection of Social Rights”, en González Bertomeu, Juan y Gargarella, Roberto (eds.), *The Latin American Casebook. Courts, Constitutions and Rights*, Routledge, 2016.

² Cobo, Fernanda y Charvel, Sofía, “The Mexican Supreme Court and the Right to Health: its Problematic Interpretations” (manuscrito no publicado en poder de la autora, 2018). Por supuesto, no descartamos categorialmente que los amparos que revisan sentencias de responsabilidad civil puedan definir aspectos relevantes del derecho, pero la mayoría tienen una dimensión exclusivamente legal.

³ Véase, en este sentido, Gutiérrez Ortiz-Mena, Alfredo, “La justiciabilidad del derecho a la salud en México”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, pp. 337 y 338 (donde se destaca que la historia constitucional del derecho a la salud no inicia con su introducción textual en 1983, sino en 1917 con las previsiones del artículo 123, sobre el derecho al trabajo y un incipiente sistema de seguridad social [en salud] que se iría desarrollando en las décadas siguientes, y que por tanto “existen dos caminos recorridos para constitucionalizar el derecho a la salud”).

deferente?⁴ ¿Cómo ha encarado la cuestión de los remedios? ¿Se trata de litigios clásicos o hay algún caso estructural?

En este texto abordó uno de los eslabones emblemáticos de la jurisprudencia de la Suprema Corte en materia de salud: la sentencia de la Segunda Sala en el caso *Pabellón 13*, dictada en octubre de 2014. Se trata, sin duda, de una de las sentencias en las que la Corte “dice más”: una sentencia que reivindica, con más potencia que otras, la fuerza normativa del derecho a la salud y las obligaciones que impone a los poderes públicos. El objetivo del análisis que sigue es dar cuenta de los criterios que se establecen desde un punto de vista sensible al contexto más amplio conformado por la jurisprudencia de la Suprema Corte en materia de derechos, así como las dinámicas de justiciabilidad del derecho a la salud en el ámbito comparado. Aunque *Pabellón 13* es una sentencia que marca un avance importantísimo, también tiene rasgos que retratan las notabilísimas limitaciones que la jurisprudencia de derechos de la Corte mexicana sigue teniendo —también desde esa perspectiva resulta, entonces, paradigmática—.

II. EL ALCANCE DE LA LITIS Y EL CONTENIDO DEL DERECHO

Pabellón 13 es un amparo que inició en 2012 con el reclamo de tres personas seropositivas al VIH, asistidas por la ONG de litigio de interés público FUNDAR, ante el tratamiento que recibían en el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias (INER). Este hospital no forma parte de los sistemas de seguridad social, sino de las instalaciones que, bajo la dirección de la Secretaría de Salud, atienden a la población no asegurada. Desde 2007, los quejosos, con la ayuda de Fundar, habían venido señalando ante las autoridades las deficiencias de la atención que recibían en el pabellón 4 del INER —básicamente vinculadas al hecho de estar integrados con otros enfermos, lo que representa un riesgo de contagio para personas inmunodeprimidas—.

Desde 2007 el INER, reconociendo que la situación del pabellón 4, donde recibían atención una gran cantidad de personas con VIH/SIDA, no cumplía las recomendaciones de la OMS sobre control y prevención de enfermedades, elevó una petición formal a las autoridades de la Secretaría de Salud. En 2008 el Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud aprobó primero un proyecto de remodelación

⁴ Sobre el contraste entre estas dos aproximaciones, véase Wesson, Murray, “The Emergence and Enforcement of Socioeconomic Rights”, en Lazarus, Liora *et al.* (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, Hart, 2014.

del pabellón 4 y posteriormente, en sustitución suya y por el mismo monto monetario (61 millones de pesos), el proyecto de construcción de un edificio nuevo —el pabellón 13— para evitar la interrupción de los servicios médicos que la remodelación hubiera implicado. Se presupuestaron en ese momento algo más de siete millones para la elaboración de los planos arquitectónicos del nuevo edificio, en espera de conocer su costo final.

Los quejosos interpusieron el amparo en 2012 ante la falta de avance de las obras. En sus pliegos denunciaron la violación de sus derechos a la salud (por no haber destinado las autoridades el máximo de los recursos a su disposición para la ejecución del proyecto), a la vida (por estar las personas con VIH/SIDA expuestas a contagios e infecciones oportunistas provenientes de otros enfermos) y a la igualdad y no discriminación (al no haber el Estado tomado medidas para prevenir y eliminar lo que implicaba para los quejosos, en condiciones socioeconómicas precarias, no poder acudir a centros privados para recibir la atención especializada que no les brindaba el INER).

En el año 2013, un juez de distrito negó el amparo, con argumentos que ejemplifican —paradigmáticamente— lo que ha sido, durante décadas y décadas, una argumentación judicial centrada en la defensa de la autoridad; donde el foco de la atención se pone no en lo que el derecho garantiza, sino en la cantidad de cosas que el Estado hace por unos ciudadanos que, inexplicablemente desagracedidos, siguen “pidiendo imposibles”. El juez señala, por ejemplo, que no hay discriminación por motivos socioeconómicos porque los quejosos fueron atendidos en el INER sin que se les exigiera un pago (p. 10)⁵ y “porque la Constitución no otorga, ni explícita ni implícitamente, a ninguna persona, sin importar su edad, condición social, estado de salud, etc., un derecho para que sea ejecutado el proyecto también denominado «pabellón 13»” (p. 11); que los quejosos no estaban en estado de indefensión, porque el trato que se les brinda no implica que se vean obligados a acudir a una institución privada (*idem*); que el derecho al nivel más alto de salud implica que deben disfrutar de servicios médica y científicamente apropiados, pero que ello se logra con los servicios que se les prestan mes con mes y con el despliegue de acciones públicas encaminadas a tener buenos servicios e instalaciones (p. 12); que el derecho a la salud es un “derecho a lo posible”, “no a que se concedan una serie de prerrogativas exclusivas como la construcción del pabellón 13”; que el derecho a la salud

⁵ Todas las referencias a páginas entre paréntesis son a los números de la página de la sentencia de la Corte, donde se sintetizan los argumentos de las partes y los argumentos de la sentencia del juez de distrito objeto de recurso.

es progresivo, y que las autoridades habían allegado documentación que reflejaba las acciones llevadas a cabo en el INER para dar buenos servicios, dándose el caso de que los tres quejosos fueron dados de alta debido a la mejoría de su estado de salud, lo cual demuestra la calidad del servicio recibido (pp. 12-14). El juez desestimó igualmente los argumentos relacionados con la vulneración del derecho a la vida y, en cuanto a los efectos del contacto con otros enfermos, señaló que “el riesgo de infección cero en cualquier hospital no existe” (p. 16).

La Segunda Sala de la Corte enderezó —paradigmáticamente— las cosas. Haciéndose eco de lo que los recurrentes habían subrayado en vía de recurso, la cuestión no era, dijo la Corte, si se les ha dado tratamiento médico para la seropositividad al VIH sin exigirles un pago a cambio, sino si las condiciones en las que reciben tratamiento son adecuadas a la vista de las exigencias del derecho al nivel más alto posible de salud, y si la omisión de ejecución del proyecto del “pabellón 13” vulnera las obligaciones estatales de garantía y cumplimiento del derecho (pp. 42-51). Y la Corte, sobre la base de las normas constitucionales aplicables —de fuente interna y externa, como comentaremos con mayor detalle en el apartado que sigue— concluye que así es: que esas obligaciones han quedado violadas en el caso. La Segunda Sala considera probado que existen necesidades de garantía del derecho a la salud, en sus muchas dimensiones, derivado de las propias afirmaciones de las autoridades sanitarias. Y observa entonces que, a pesar de que no todas esas dimensiones de goce son de exigibilidad inmediata, el Estado tiene que demostrar que está adoptando acciones encaminadas a asegurar su disfrute progresivo y que está poniendo en uso el máximo de los recursos disponibles (pp. 51-55). En contraste con ello, lo único que la Sala encuentra en el expediente es la afirmación de las autoridades —ante el monto finalmente fijado para la construcción del pabellón: 302 millones de pesos— de que no existe el presupuesto necesario para llevar a cabo el proyecto. La Sala estima que esta afirmación, no acompañada de ulteriores documentos o elementos, no alcanza a mostrar que no se incumplen las obligaciones estatales relevantes y otorga el amparo (pp. 57-60). En la descripción de los efectos de la sentencia, la Corte dispone que el INER, junto con las autoridades implicadas de la Secretaría de Salud, debe tomar, en un plazo razonablemente breve, todas las medidas necesarias para salvaguardar, hasta el máximo de los recursos disponibles, el derecho a la salud —pudiendo ello concretarse en la remodelación del pabellón 4 o la construcción del proyectado pabellón 13—, sin que las simples afirmaciones no respaldadas de falta de recursos económicos puedan en momento alguno aducirse como motivo por el cual no se puede cumplir la sentencia (pp. 62 y 63).

Esta argumentación —cuyos principales nodos comentaremos con más detenimiento y por separado en las secciones que siguen— es destacable por numerosos motivos. Llama la atención, sin embargo, que la Sala acompañe la radical reorientación del análisis jurídico que efectúa con apelaciones a la perspectiva del juez de distrito como “desapegada a la litis en el juicio”, o a la errónea concreción del “motivo del diferendo” o del “punto jurídico” a dilucidar (pp. 42, 44, 50). Es obvio que lo que está ocurriendo es que el análisis jurídico desplegado por el juez de distrito refleja un entendimiento erróneo del contenido y alcance del derecho a la salud, y quizá la Sala podría haberlo dicho más claro, más didácticamente: la sentencia recurrida está mal porque parte de una premisa jurídica que vacía de contenido el derecho a la salud. En lugar de ello —con un modo de hacer que mantiene los puentes de continuidad con el análisis jurídico de cualquier amparo clásico que no protege derechos—, la Sala presenta neutralmente el problema, como si fuera un error “técnico” relativamente inocente de uno de esos jueces inferiores que (en México) siempre están en peligro de ser corregidos por los tribunales superiores.

III. EL PAPEL CRUCIAL DE LAS FUENTES CONSTITUCIONALES EXTERNAS

Un pilar central de la fundamentación jurídica de *Pabellón 13* es que el alcance del derecho a la salud lo desprende la Suprema Corte de lo dispuesto por fuentes legales e interpretativas propias de la Constitución ampliada con las fuentes externas.

Aunque el análisis empieza con una referencia al texto del artículo 4o. constitucional y la cita de tesis propias de la Corte, el corazón del argumento se apoya en fuentes provenientes del derecho internacional de los derechos humanos —que en estos momentos, claro está, constituyen también derecho interno—. Muy centralmente, se cita el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el artículo 2o., que especifica las obligaciones estatales respecto de los derechos, y que la Corte adereza con una referencia extensa a la observación general núm. 3 del Comité DESC, que desarrolla su contenido y alcance. Se cita además la Observación General núm. 14, donde se identifican, *inter alia*, las dimensiones institucionales de goce del derecho a la salud, así como un documento del Comité DESC de 2007 cuyo objeto es esclarecer las implicaciones de la obligación de usar “hasta el máximo de los recursos disponibles”. Un poco más adelante, la Corte cita el artículo 2o. de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 10 del Protocolo de San Sal-

vador, así como varios párrafos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*.

La Corte recurre a fuentes de origen internacional también cuando se refiere al VIH. Son documentos de la OMS los que se citan, en todo momento, para apoyar la descripción de qué son el VIH y el SIDA, cuál es el tratamiento que requieren, así como el particular desafío que supone, a la luz de los expertos, la vulnerabilidad de los portadores frente a enfermedades oportunistas y las particulares condiciones que ello impone en relación con el tratamiento de las personas con VIH en los centros donde concurren pacientes con otros padecimientos y enfermedades (pp. 39-42). De hecho, a medida que avanza la sentencia, el protagonismo de las normas de fuente externa se vuelve casi absoluto, aunque la Corte concluye elegantemente el análisis apelando a la Constitución, a las responsabilidades de los jueces bajo la misma y a la necesidad de hacerse cargo de la eficacia de los “derechos públicos subjetivos” que la misma consagra (p. 59).

A mi juicio, esta sentencia refleja con enorme claridad la valiosa función que desempeñan las fuentes externas para una Suprema Corte impregnada todavía de una cultura formalista, sin tradición en materia de protección de derechos. La Corte mexicana es una Corte que sigue necesitando las “letras” del derecho. La Corte es consciente del tipo de argumento que formulan los quejosos y no desvía la atención —a diferencia de lo que hizo el juez de distrito, guiado, por descontento, por los criterios de “evitación” propios de la jurisprudencia histórica—. Sabe que para resolver el caso debe interpretar el derecho a la salud a la luz del principio de progresividad, mencionado expresamente en el artículo 1o. de la Constitución. Pero ¿de dónde sale el contenido de ese derecho, más allá de lo dicho en los escasísimos precedentes propios sobre derecho a la salud, emanados de casos donde la cuestión no era centralmente la que planteaba la litis de *Pabellón 13*? Ahí es donde entran en juego los numerosísimos estándares desarrollados en la observación general 14 del Comité DESC; ahí está la afirmación de que la obligación de “cumplir” requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, *presupuestario* (subrayado en el original, p. 38), judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho; ahí está el documento del Comité DESC sobre cómo evaluar el cumplimiento de la obligación de destinar el máximo nivel de recursos disponibles, que apunta que el hecho de que los recursos sean limitados no es en sí mismo una justificación para no adoptar medidas, siendo necesario evaluar qué medidas deliberadas, concretas y orientadas al disfrute del derecho se han adoptado, o que debe quedar claro que se ha dado prioridad a las situaciones más graves o de riesgo; ahí está la sentencia *Ximenes Lopes*,

donde se destaca que el Estado tiene la responsabilidad de “fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos, de manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud”, así como la naturaleza imperativa de la adopción de medidas positivas y determinadas para atender las necesidades de las personas vulnerables.

Pabellón 13 muestra entonces, paradigmáticamente, la enorme diferencia que ha hecho en el orden jurídico la reforma constitucional de 2011. El “nuevo derecho” mexicano —a diferencia de lo que ocurre en Colombia, de donde importó la expresión⁶— es un derecho constitucional de los derechos administrado por una Corte poco principal, poco interpretativista, poco dworkiniana, acostumbrada a la responsabilidad de administrar una Constitución que con frecuencia se parece más a un código que a una carta magna. En esa coyuntura, la combinación de las previsiones del artículo 1o. con los numerosos documentos de origen internacional que se refieren al goce de los derechos y sus modos de disfrute frente a poderes públicos y particulares le dan a la Corte lo que necesita: derecho indiscutiblemente positivo. Sabemos que la Corte no opera igual cuando percibe que las fuentes constitucionales internas y externas chocan entre sí —cuando existen “restricciones expresas” a los derechos en la Constitución, las cuales, según se dejó sentado en la CT 293/2011, bloquean la entrada en juego de las fuentes de derechos de origen internacional más favorecedoras desde la perspectiva del goce de los derechos—⁷. Cuando las fuentes constitucionales internas y externas están en armonía, en cambio, en la argumentación puede darse el tipo de alquimia virtuosa buscada sin duda alguna por los reformadores del artículo 1o. de la Constitución, en los términos que tan bien ilustra una sentencia como *Pabellón 13*.

Dicho sea de paso, las fuentes de origen internacional —la documentación experta de la OMS— también resultan centrales para el establecimiento ya no de la premisa jurídica, sino de la premisa fáctica, al permitir acreditar “objetivamente” el estado deficiente del tratamiento recibido por los quejosos en el pabellón 4 del INER no reformado.

⁶ López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Legis, 2009, pp. 319-333.

⁷ Sobre la relación entre fuentes internas y externas y el modo en que la Corte ha visualizado la interrelación entre derecho nacional e internacional, véase Pou Giménez, Francisca y Rodiles, Alejandro, “México”, en Palombino, Fulvio María (ed.), *Duelling for Supremacy: International Law vs. National Fundamental Principles*, Cambridge University Press (en prensa).

IV. MODELO DE JUSTICIABILIDAD: LAS CARGAS DE LA ARGUMENTACIÓN

¿Cuál es el modelo de justiciabilidad del derecho a la salud que maneja la Corte en *Pabellón 13*? ¿Cuál es el argumento específico o tipo de argumento específico al que la Corte otorga la función de marcar lo que distingue una situación de respeto y garantía del derecho de una situación de violación del derecho? En el panorama comparado es famoso, por ejemplo, el criterio acogido por la Corte Constitucional de Sudáfrica, que en el ámbito de los derechos sociales ha rechazado el constructo del “contenido esencial” en favor de un examen de razonabilidad y de formas de construcción de soluciones con un componente participativo en cuyo contexto las estructuras políticas y administrativas asumen importantes responsabilidades.⁸ También es famoso el modelo de justiciabilidad del derecho a la salud respaldado por la Corte Constitucional colombiana durante muchos años, basado en la noción de “conexidad” (fundamentalmente con el derecho a la vida), abandonado en una famosa sentencia en beneficio de un modelo de justiciabilidad autónoma.⁹ Igualmente conocida la aproximación “indirecta” de la Corte Interamericana a la efectividad de los derechos sociales, a reserva de lo que ocurra de aquí en adelante tras el giro interpretativo sobre el artículo 26 adoptado en el caso *Lagos del Campo*.¹⁰ ¿Cuál es, entonces, visto desde el rico espacio de la garantía comparada de los derechos, la aproximación distintiva adoptada por la sentencia que comentamos?

⁸ Para la primera enunciación del criterio véase *Government of the RSA v. Grootboom* 2001 (1) SA 46 (CC) (vivienda); *Minister of Health v. Treatment Action Campaign* 2002 (5) SA 721 (CC). Sobre la aproximación a la justiciabilidad característica de estas sentencias, Wesson, Murray, “Grootboom and Beyond: Reassessing the Socioeconomic Jurisprudence of the South African Constitutional Court”, 20 *South African Journal on Human Rights* 284. Sobre las continuidades y diferencias entre estas sentencias y las de la segunda ola y una defensa de las segundas frente a las críticas de ser demasiado deferentes con los poderes públicos, véase Pieterse, Marius, “Socioeconomic Rights Adjudication and Democratic Urban Governance: Reassessing the Second Wave Jurisprudence of the South African Constitutional Court”, *Verfassung und Recht in Übersee* VRÜ 51, 2018, pp. 12-34.

⁹ Véase Parra Vera, Óscar y Yamin, Alicia Ely, “La sentencia 760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica”, en Clérico, Laura *et al.* (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Abeledo Perrot, 2013.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Lagos del Campo v. Perú*, excepciones preliminares, fondo, excepciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2017. Véase Ferrer MacGregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

A mi juicio, el modelo de justiciabilidad del derecho a la salud plasmado en *Pabellón 13* es comparativamente delgado. El argumento tiene tres grandes componentes: afirmación del alcance general del derecho a la salud más principio de progresividad y no regresividad más especial atención a grupos desfavorecidos, aunque como sostendré de inmediato, sólo el segundo constituye en mi opinión *ratio decidendi*. Estas tres piezas son importantes e interesantes, pero las particularidades del caso concreto —que lo convierten en un “caso fácil”— no permiten adivinar la postura que la Suprema Corte podría estar dispuesta a adoptar en casos más complejos, y dejan sin desarrollar puntos importantes.

La primera pieza —la descripción general del alcance del derecho a la salud a la luz de los estándares contenidos en las fuentes constitucionales internas y externas de los derechos— es importante porque constituye en sí misma una acotación enorme a la discreción potencialmente negadora de derechos de los poderes públicos. La definición del alcance del derecho ya no se hace derivar de lo que dispone la Ley General de Salud —como ocurrió durante tantos años en las sentencias de la Suprema Corte mexicana, que empezaban el análisis jurídico con una transcripción de lo que disponía “la ley reglamentaria de la materia”—, sino de un estándar que se les impone y que, en este caso, incluye por ejemplo la necesidad de garantizar un núcleo mínimo (por vía de la cita a las observaciones generales 3 y 14). *Pabellón 13* cambia el punto de partida del análisis sobre lo que implica garantizar el derecho a la salud y lo hace partir de un importante corazón de contenidos y obligaciones estatales. A diferencia de lo que han sugerido algunos comentaristas, sin embargo, a mi juicio no es el elemento que sostiene jurídicamente esta particular decisión: la Corte en ningún momento decanta un contenido mínimo de prestaciones (o un contenido mínimo de prestaciones para el caso de personas con VIH) y examina si las que han recibido los quejosos superan o no ese baremo. La Corte distingue entre obligaciones de cumplimiento inmediato (como la de no discriminar) y de cumplimiento progresivo, pero en ningún momento decanta un mínimo prestacional de cumplimiento inmediato que deba regir la resolución del caso.¹¹ Aunque el hecho de que la Corte mencione la existencia de un con-

¹¹ Gutiérrez Ortiz-Mena, Alfredo, “La justiciabilidad del derecho a la salud en México”, *cit.*, pp. 349-351, presenta *Pabellón 13* como un caso fallado sobre la base del paradigma del “contenido esencial”, en contraposición los casos de “medicamentos huérfanos” (el AR 932/2014, de 25 de marzo de 2015, entre otros), que habrían sido fallados bajo el paradigma de la necesidad de justificar la acción pública bajo estándares de razonabilidad. El autor destaca la distinción entre obligaciones de cumplimiento inmediato (entre las que se contarían las relativas a las necesidades de personas pertenecientes a colectivos especialmente desfa-

tenido esencial en la descripción abstracta del derecho no es irrelevante —y nos indica que parece decantarse en abstracto por un modelo que, por ese solo hecho, es ya distinto al adoptado, por ejemplo, por la Corte de Sudáfrica— en el contexto de este caso es un desarrollo *obiter dicta* que no fundamenta el sentido del fallo.

La segunda pieza —esa sí determinante para la resolución del caso— es el deber de destinar el máximo de los recursos disponibles para garantizar el derecho, bajo el paraguas del principio de progresividad. La Corte da operatividad al análisis de la siguiente manera. En primer lugar, viene a preguntarse si existe espacio para el avance en el disfrute del derecho, extremo que considera indiscutible a partir de las afirmaciones de las propias autoridades sanitarias, que habían declarado que las condiciones de atención que prevalecían en el INER infringían los estándares fijados por la OMS. Y posteriormente —y de ello hace depender su decisión— opera una inversión de la carga de la prueba o de la argumentación: constatado lo anterior, las autoridades tienen entonces que probar que han estado haciendo todo lo que han podido para solventar el problema hasta el máximo de los recursos disponibles.

El corazón argumental de *Pabellón 13* es, por consiguiente, una carga argumental. Que las autoridades no satisfacen, puesto que la encaran mediante la simple afirmación de que no disponen de recursos económicos para culminar la construcción. Fijémonos que se trata entonces de un caso fácil al menos por dos motivos. Primero, porque no están en disputa extremos que en otros casos sí podrían estarlo, como la situación deficiente de las instalaciones (“objetivamente” acreditada con referencia a documentos de la OMS) y el reconocimiento de las autoridades de que esas deficiencias existen (reconocimiento que en otros casos podría no darse). Y segundo, porque el esfuerzo argumental hecho por las autoridades en el caso es insuficiente más allá de toda duda razonable para demostrar que se están haciendo todos los esfuerzos posibles, dados los recursos disponibles. Lo que uno esperaría es que los casos futuros sean menos obvios. Llegará un momento en que las autoridades —ahora acostumbradas a la “impunidad” que les confiere el delgado escrutinio de que son objeto, por regla general, en vía de amparo— sí harán un esfuerzo argumental mayor, y para determinar si la obligación de progresividad y no regresividad queda o no satisfecha deberá hilarse mucho más fino.

vorecidos) y de cumplimiento progresivo. A mi juicio, destacar la existencia de obligaciones de exigibilidad inmediata no es equivalente a acoger un paradigma de contenido esencial y estimo que *Pabellón 13* no parte de esa delimitación sustantiva (y de la afirmación de su exigibilidad inmediata) para acometer la resolución del caso.

La Corte, en otras palabras, deja en gran medida pendiente la construcción del estándar de decisión que adopta. En casos donde sea menos obvio si el tratamiento médico satisface los estándares de accesibilidad, calidad, aceptabilidad, etcétera, o donde la evolución de las acciones de los poderes públicos desde la perspectiva del goce progresivo del derecho sea menos obvia, ¿qué es lo que exigirá la Corte? ¿Cuáles deben ser los puntos clave de la argumentación de las autoridades sobre progresividad y no regresividad? ¿Qué tipo de fines o de circunstancias podría excepcionalmente la autoridad sacar a colación para intentar justificar ausencia de fondos para un determinado proyecto? ¿Existen factores que ameriten que varíe la intensidad del escrutinio que haga la Corte al respecto? ¿En qué momento debe la autoridad dar sus argumentos? ¿Pueden las autoridades utilizar sólo elementos o actuaciones anteriores a la demanda de amparo, o pueden recurrir a los elementos que deseen para defender la razonabilidad y no regresividad de la acción pública al momento de judicializar el caso, o al contestar a los argumentos del quejoso en vía de recurso? No hay respuesta a estos interrogantes en *Pabellón 13*. La Corte —con apoyo en las mismas fuentes internacionales a las que recurre al acometer la caracterización general del derecho, por ejemplo— hubiera podido destacar los estrictos límites que tienen las autoridades a la hora de intentar justificar la inacción cuando ello perjudica el disfrute de los derechos y la estricta excepcionalidad de cualquier actuación que no satisfaga el estándar de progresividad. En este punto, la argumentación de *Pabellón 13* es, sin duda, excesivamente minimalista.¹²

La tercera pieza del argumento de fondo de *Pabellón 13* es una alusión a la especial atención que merece la garantía de los derechos de personas pertenecientes a colectivos desfavorecidos. La sentencia menciona esta dimen-

¹² En su análisis de esta sentencia, Alejandro González Piña destaca la relevancia de la inversión de las cargas probatorias tradicionales, cuyo respeto hubiera puesto “un obstáculo injustificado para acceder a la justicia, ya que la prueba de estos hechos implica acceder a información en poder de la autoridad”. En la línea de lo aquí señalado, sin embargo, también echa en falta un mayor desarrollo: “La Sala podría haber abundado en el sentido de que, para justificar su incumplimiento, la autoridad no solo debía demostrar la ausencia de recursos sino que aquellos disponibles fueron asignados a satisfacer otro derecho humano cuya importancia relativa de satisfacción era mayor” (énfasis en el original). Este autor sostiene que una consecuencia metodológica de la adopción del principio de progresividad parece ser la necesidad de desplegar un escrutinio estricto de los actos reclamados y destaca que la sentencia no realiza un test de proporcionalidad. Véase “Los derechos sociales y su exigibilidad. Algunos problemas para su protección a través del juicio de amparo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, III (5), pp. 486-487. A mi juicio, las posibilidades metodológicas son más amplias y habría que ponderar cuidadosamente los pros y los contras de adoptar un test tan exigente como el escrutinio estricto, pero es claro en cualquier caso que los esfuerzos para esbozar “en positivo” un estándar sustantivo de justificación son, en *Pabellón 13*, inexistentes.

sión como parte del derecho aplicable, pero en realidad no parece marcar una diferencia en la construcción de la solución jurídica del caso. ¿Podría la Corte tratar diferente las cargas procesales o argumentativas, o los mínimos de goce del derecho, por ejemplo, cuando la violación al derecho a la salud impacta sobre los miembros de ciertos colectivos? Se trata de cuestiones que, de nuevo, la Corte no afina en *Pabellón 13* y que sin duda serán claves en la consolidación de la judicialización del derecho.

V. DERECHOS, REMEDIOS, MONITOREO

Pabellón 13 es una sentencia que no sólo otorga el amparo, sino que se toma en serio la idea de que una resolución judicial que protege derechos debe incluir un apartado dedicado a detallar los cambios que deben ocurrir en el mundo para que mundo y normas queden convenientemente alineados. En el apartado dedicado a explicitar los “efectos del amparo”, la Corte, como adelantamos, determina que, “dentro de un plazo razonablemente breve”, las autoridades deben tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho a la salud de los quejosos, hasta el máximo de los recursos disponibles. Dice que deberán considerar qué medidas son las más apropiadas para evitar que las personas con VIH/SIDA estén expuestas a riesgos de infecciones oportunistas, y que las mejoras pueden llevarse a cabo mediante la remodelación de las instalaciones existentes o la construcción de un nuevo pabellón, en el entendido de que el estándar debe ser siempre asegurar el más amplio disfrute del derecho, a la vista del máximo de los recursos disponibles, y que “las alusiones a la limitación de recursos por parte de las responsables tendrán que encontrarse plenamente acreditadas con los medios conducentes, pues de lo contrario no tendrán valor alguno para justificar la falta de exacto cumplimiento al fallo protector” (pp. 62 y 63).

Desde esta perspectiva, *Pabellón 13* es también una sentencia destacable. Aunque la “fijación de los efectos” es un apartado que muchas sentencias de amparo han incluido tradicionalmente, lo que la Corte (o el Colegiado) suele ordenar son actuaciones de tipo procesal (revocar la sentencia recurrida e instar al juzgador a reexaminar el caso a la luz de los estándares sustantivos fijados, instar a resolver de nuevo sin tener en cuenta cierta prueba, etcétera). Desde hace algunos años, la Corte mexicana ha dictado alguna sentencia que va más allá, como en el caso de *Mariana Lima*, algún caso de discriminación laboral precontractual en el mercado de trabajo o, recientemente, la sentencia que obliga al Poder Legislativo a legislar en materia de publi-

ciudad oficial.¹³ Su postura en cuanto a qué exactamente puede hacerse en términos de “remedios” o confección de resolutivos en la vía de amparo sigue siendo, sin embargo, zigzagueante y hay algunos amagos de retroceso.¹⁴

En ese contexto, hay que destacar lo innovador en el contexto mexicano del remedio estipulado en *Pabellón 13*, pero también su carácter “conservador”, “moderado” o “blando”, cuando es analizado desde la perspectiva de lo que los tribunales constitucionales latinoamericanos actuales están haciendo. Como ha sido destacado, las altas cortes de los países de América Latina han sido a menudo notablemente innovadoras tanto respecto de los parámetros sustantivos de análisis utilizados como respecto del tipo de órdenes que decretan y del diseño de su camino de ejecución.¹⁵ Las altas cortes de la región con frecuencia han analizado las violaciones que tenían delante como reflejos de patrones estructurales que requieren intervenciones por parte de un amplio abanico de actores políticos y sociales, en el contexto de patrones complejos de acción, que se prolongan en el tiempo. Los autores han destacado que estos ejercicios pueden ser leídos como una instancia de jurisdicción constitucional “dialógica” en cuyo contexto la intervención de las altas cortes no se piensa como unilateral, sino centralmente orientada a desencadenar acción por parte de las otras ramas del poder público, con frecuencia con el acompañamiento y la participación de los peticionarios y otros grupos de la sociedad civil.¹⁶ La idea es que el incumplimiento de

¹³ Véase AR 554/2013 (35 de marzo de 2014) (adopción de resolutivos que atienden a las distintas dimensiones de la reparación integral de una sentencia relacionada con el feminicidio de Mariana Lima Buendía); ADR 992/2014 (12 de noviembre de 2014) (obligación de las empresas de adoptar medidas preventivas y disuasorias en el ámbito de la no discriminación laboral contractual y precontractual) o AR 1359/2015 (15 de noviembre de 2017) (obligación de legislar en materia de publicidad oficial). Véase Quintana Osuna, Karla, “La obligación de reparar violaciones de derechos humanos: el papel del amparo mexicano”, en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *¿Cómo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Nación los derechos en la historia y hoy en día?*, México, diciembre de 2016.

¹⁴ Véase AR 706/2015 (1 de junio de 2016).

¹⁵ Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Editores del Puerto, 2008; Bergallo, M. Paola, “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, en *Derecho y pobreza. SELA 2005*, Editores del Puerto, 2006; Rodríguez-Garavito, César, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, 89 *Texas Law Review* 1669 (2011); Cabo, Natalia Ángel, “La Constitución y la ciudad. Reflexiones en torno al experimentalismo judicial en clave urbana” (trabajo no publicado en poder de la autora).

¹⁶ Gargarella, Roberto, “Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?”, en Besson, Samantha y Martí, José Luis (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Ashgate, 2006; Gargarella, Roberto (ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI Editores, 2014; Niembro Ortega,

los derechos detectado por los tribunales genere un esquema de acción en la que los representantes de las mayorías tengan un papel relevante en la confección de las medidas orientadas a superar ese incumplimiento, en un marco coordinado y supervisado por las cortes, las cuales, a veces, dejan la jurisdicción abierta y hasta establecen unidades específicas para dar seguimiento a los avances e incidencias de la ejecución del fallo.

Además de registrar estos desarrollos, los estudios sociojurídicos latinoamericanos han desarrollado categorías muy útiles para enriquecer el análisis del potencial impacto transformativo de las sentencias de las altas cortes. César Rodríguez-Garavito y Diana Rodríguez-Franco insisten, por ejemplo, en la importancia de adoptar una perspectiva amplia que esté atenta tanto a los efectos directos y materiales de las sentencias como un amplio abanico de efectos indirectos y simbólicos, muchas veces postergados en el tiempo.¹⁷ Estos autores señalan que es crucial estar atento a tres distintas dimensiones de las sentencias que, individualmente y en su interrelación mutua, parecen influir poderosamente en su impacto social: la fundamentación jurídica y lo que en ella se dice respecto del contenido y alcance de los derechos; las órdenes y remedios que la Corte dispone al final de la sentencia, y la existencia o no de un mecanismo para monitorear su cumplimiento.¹⁸ A la luz de los casos que estudian de Colombia y de otros países del llamado Sur Global —y que son, ojo, todos casos estructurales— estos autores aventuran que la fórmula que parece estar más cerca de asegurar un resultado positivo es la de “derechos fuertes”, “remedios débiles” y “monitoreo fuerte”.¹⁹

Desde la matriz analítica que acabamos de citar, *Pabellón 13* es una sentencia con derechos fuertes, remedios débiles —aunque, en todo caso, novedosos en el contexto mexicano— y monitoreo inexistente. Se trata de una sentencia de “derechos fuertes” porque, como hemos visto, es enfática respecto de la afirmación de la fuerza normativa del derecho a la salud y recurre a las fuentes normativas e interpretativas más autorizadas para construir y presentar un derecho robusto y de amplio alcance. En comparación con la contundencia de la fundamentación, sin embargo, los remedios parecen débiles y tímidos. Dado el peso que la Segunda Sala confiere a los dichos de las autoridades sanitarias sobre la situación en el INER, y dado que estas autoridades habían concluido que construir un pabellón nuevo era

Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid, 2016.

¹⁷ Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Juicio a la exclusión*, Siglo XXI Editores, 2015, caps. 3-7.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 29-34.

¹⁹ *Ibidem*, cap. 8, especialmente pp. 236-237.

una opción mejor que remodelar el existente, la opción que la Corte acaba ofreciéndoles en el sentido de poder hacer cualquiera de las dos cosas parece incongruente —una flexibilidad innecesaria—. De igual modo parece injustificadamente flexible que, desde la perspectiva temporal, la sentencia se limite a decir que deben adoptarse medidas “dentro de un plazo razonablemente breve”. Es cierto que en México está previsto un procedimiento para cuando hay problemas de inexecución —los quejosos pueden interponer un “incidente de inexecución” ante la inacción de las autoridades o una “inconformidad” ante lo que estimen una ejecución defectuosa—. Pero de todos es sabido que se trata de una vía muy farragosa (la reforma de que fue objeto en la nueva Ley de Amparo de 2013 es altamente insuficiente) que funciona mal. La Suprema Corte no tiene obstáculos legales para ser más innovadora respecto a esta importante dimensión del acceso a la justicia y la protección judicial.

La Segunda Sala alude al final de la fundamentación jurídica de la sentencia a las relaciones entre distintas ramas del poder en la realización de la Constitución y avanza una especie de defensa anticipatoria a posibles críticas; “si bien en principio los tribunales no deben sustituirse en las funciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, por cuanto hace a la elaboración de las políticas públicas y en la asignación de recursos”, dice la Sala, “lo cierto es que es la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige al Poder Judicial que contraste la actuación de dichos órganos democráticos con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y los tratados de derechos humanos” (p. 58). En un argumento de regusto hamiltoniano (el *Federalista* 78), la Corte destaca que “la Constitución es un documento que refleja las aspiraciones del pueblo”, cuyo objetivo es “mejorar la calidad de vida de los gobernados a través de la consolidación de una nueva estructura de justicia social”, lo cual hace ya no sólo permisible, sino obligado que la Corte garantice la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales que contiene (p. 59). Dada la mesura de los resolutivos y la claridad de la solución jurídica que reclamaba el caso, parece una precaución innecesaria. Los estudios sociojurídicos anteriormente citados recomiendan “remedios débiles” para los casos estructurales, para evitar posibles errores técnicos de los jueces respecto de cuestiones que no conocen suficientemente, o para congregar a actores cuya intervención es necesaria para preservar la factura democrática de las decisiones. Pero dado lo acotado del problema y lo claro de la solución jurídica que se imponía decretar, en *Pabellón 13* la Corte tenía margen para ser más “vertical”, puntual e insistente. La Corte parece, en otras palabras, ser deferente por los motivos equivocados: no dispone un remedio débil por respeto a la dignidad de-

mocrática de las ramas mayoritarias y la necesidad de construir la solución jurídica del caso de un modo más participativo y multipolar —en la línea propugnada por los paradigmas dialógicos—, sino por temores antiguos: para no resultar demasiado alborotadora (incluso en un caso en donde lo que debe ordenar no implica una disrupción grande de las decisiones adoptadas a nivel legislativo y ejecutivo).

Con todo, *Pabellón 13* debe ser celebrada por no contener huella de un argumento que ha sido letal para la garantía de los derechos durante décadas y décadas: el argumento según el cual la prescripción de ciertos resolutivos es inviable porque implicaría dar efectos generales al amparo. Este argumento ha sido una auténtica máquina de expulsión de personas y de reclamos de justicia. El artículo 61 (antes 73) de la Ley de Amparo incluye en su fracción XXIII una cláusula residual según la cual el amparo no procede “en los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o de esta Ley”. Y lo que los tribunales han hecho consuetudinariamente ha sido desechar *in limine* el amparo siempre que hallen cualquier pequeña base para “adivinar” que la resolución del problema jurídico planteado exigirá tomar medidas que podrían tener efectos más allá de las partes, en contradicción con la “fórmula Otero”, según la cual el amparo tiene efectos *inter partes*. El análisis ha estado mediatizado por una inversión patológicamente: como adivino que el resolutivo puede tener algún efecto más allá de las partes, mejor no entro a estudiar el caso —mejor no hago siquiera el intento de proteger los derechos en juego—.

En contraste con ello, *Pabellón 13* decide bien: la única manera de proteger el derecho a la salud de los quejosos es, efectivamente, obligar a las autoridades a culminar la remodelación o la construcción de las nuevas instalaciones (que obviamente y por suerte, beneficiarán colateralmente también a pacientes que no han judicializado el caso). No estaría mal, con todo, que la Corte se sintiera llamada a enfatizar explícitamente la importancia de este nuevo modo de ver las cosas cuando tenga una oportunidad. En *Pabellón 13* la didáctica al respecto se dejó para otra ocasión. En México ya nadie discute la justiciabilidad de los derechos sociales; pero hasta que la Corte no se convenza de que el diseño del amparo no es obstáculo para adoptar medidas con efectos *inter comunis* —con efectos sobre los que están en la misma situación que los quejosos— o con efectos generales —transformadores de la realidad que generó la violación—, cuando son necesarios para proteger los derechos de los quejosos en el caso, la garantía de los derechos no será una realidad. En este sentido, *Pabellón 13*, una sentencia con efectos generales colaterales, es un paso enorme.

VI. ANTES Y DESPUÉS DE *PABELLÓN 13*

Pabellón 13, como está implícito en el criterio de los coordinadores de este libro, es la más apropiada, entre todas las sentencias de salud, para ser señalada como “sentencia hito” en el contexto de la jurisprudencia mexicana sobre derechos. Nos permite, para empezar, quitar presión a *Mininuma*, que fue sin duda una sentencia valiente, noble y rompedora de un juez de distrito, actuando sin guía ni cobertura de los superiores, pero cuya argumentación no reviste la sofisticación de los ingredientes constitucionales que la judicatura tiene hoy en día a la mano.²⁰ Nos permite, en segundo lugar, suplementar referencias a *Isssteson* y otros casos en que los aspectos del derecho a la salud abordados son muy puntuales y acotados.²¹ Nos permite, adicionalmente, dejar de lado *Soliris* y otros casos de medicamentos huérfanos, que abordan una dimensión central del derecho —la provisión de medicinas necesarias para el tratamiento de ciertas enfermedades en el sistema público de salud— pero en un contexto fáctico (un medicamento muy caro, producido por poderosas farmacéuticas) que deforma las condiciones mayoritarias esperadas del litigio constitucional en materia de salud en un país como México.²²

Pero *Pabellón 13* tiene que ser, sobre todo, un hito desde el cual documentar y reconstruir lo que ha pasado posteriormente, a nivel de justicia-bilidad de derechos. Tres son, a mi juicio, las direcciones principales en las que es necesario hacer el rastreo. La primera dirección de rastreo seguiría la huella de elementos argumentativos transversales como el principio de progresividad, tan central en la resolución del caso, o el principio de especial protección de los miembros de grupos especialmente favorecidos. En la reconstrucción de la línea jurisprudencial sobre progresividad y no regresividad, por ejemplo, un caso posterior que habría que analizar junto a *Pabellón 13* es sin duda el caso de 2015 sobre derecho a la educación en Guanajuato,

²⁰ Sentencia 1157/2007-II, del 11 de julio de 2008, juez séptimo de distrito del estado de Guerrero. Sobre esta decisión, véase, por ejemplo, Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Rivera Maldonado, Aline, “El caso *Mininuma*: un litigio estratégico para la justicia-bilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México”, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 251, 2009.

²¹ *Isssteson* (18 de marzo de 2009). Se declara inconstitucional un artículo del Reglamento del ISSSTE de Sonora que condicionaba la afiliación al sistema de seguridad social en salud a que la persona estuviera sana, por ser contrario a la prohibición de discriminación por motivos de salud y violatorio del derecho a la salud. Véanse, como ejemplo, de casos de incursión puntual, el AR 314/2012 (regulación de la publicidad de tabaco), el AR 584/2013 (responsabilidades regulatorias del Estado sobre los hospitales privados) o el AR 513/2015 (comercialización de cigarrillos electrónicos).

²² ADR 315/2014 (17 de septiembre de 2014) y AR 932/2014 (25 de marzo de 2015).

en el cual la Corte sostuvo que la decisión del estado de cancelar la gratuidad de la educación universitaria anteriormente reconocida vulneraba el principio de progresividad,²³ o el desafortunado caso de la “Ciudad de las Artes”, donde la Corte usa de nuevo la combinación contenido esencial más principio de progresividad y no regresividad, pero concluye que la no finalización de un proyecto ya parcialmente ejecutado y presupuestado no es reprochable porque no vulnera el núcleo esencial del derecho a acceder a bienes y servicios culturales.²⁴

Una segunda dirección es, sin mayor complicación, la línea de justiciabilidad del derecho a la salud o de alguna de sus dimensiones en específico, tanto frente al Estado como frente a los particulares. Hay que continuar y profundizar el análisis cuantitativo y cualitativo de los casos, siguiendo la senda de los pocos ejercicios que se han emprendido hasta ahora y contrastando lo que resulta de comparar la justiciabilidad del derecho en geografías constitucionales diversas. Comparar, por ejemplo, la imagen del derecho que se esboza en *Pabellón 13* con la imagen del derecho que se esboza en el caso reciente sobre la transfusión de sangre a una niña rarámuri gravemente enferma de leucemia cuyos padres son testigos de Jehová²⁵ —un caso de conflicto de derechos donde la función de garantía del Estado cambia y en el que, por cierto, también está presente el elemento transversal que apela a la especial protección de las necesidades de las personas pertenecientes a grupos desfavorecidos—. E integrar el resultado a un ejercicio de mapeo todavía más amplio orientado a reconstruir la institucionalización y garantía del derecho a la salud por todas las vías —no sólo la judicialización— partiendo de una imagen robusta de lo que este derecho tiene el potencial de incluir.²⁶

La tercera dirección de exploración es, finalmente, la que se centra en los tipos de resolutive que la Corte ha decretado. Aunque la Corte ha dic-

²³ AR 750/2015 (20 abril 2016). Sobre el uso del principio de progresividad y no regresividad en México, véase García Reyes, Pablo Raúl, “El principio de progresividad de los derechos humanos: una nueva perspectiva en el debate sobre la invalidez de las reformas a la Constitución” (tesis de Maestría, Maestría en Derechos Humanos y Garantías, ITAM, 2019).

²⁴ AR 566/2015 (15 de febrero de 2017).

²⁵ AR 1049/2017 (8 de agosto de 2018). Pueden consultarse ejercicios de rastreo de la justiciabilidad del derecho a la salud en México en Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo, *op. cit.*, nota 3, pp. 312-363; Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *op. cit.*, nota 1, pp. 517-532; Cobo y Charvel, *op. cit.*, nota 2.

²⁶ Una excelente propuesta sobre los contornos normativos del derecho a la salud, entendido en estos términos amplios, puede encontrarse en Lema Añón, Carlos, *El derecho a la salud como derecho social*, IDH Bartolomé de las Casas-Dykinson, 2010.

tado algunas resoluciones que dan órdenes concretas a los poderes públicos y ha innovado en general en materia de confección de resolutivos, no tiene una práctica consistente, en parte porque la comunidad jurídica no monitorea tampoco de forma consistente esta dimensión ni denuncia los muchos casos en los que los tribunales siguen fallando sin incluir soluciones adecuadas a nivel de resolutivos.²⁷

VII. EL LITIGIO DE SALUD EN EL MUNDO Y EL LARGO CAMINO A CASA

Pabellón 13 es una sentencia que, efectivamente, constituye un hito en el ámbito de la justiciabilidad del derecho a la salud en México. Se fundamenta en una versión poderosa de nuestra Constitución de los derechos y es consecuente con la apertura externa del ordenamiento constitucional tras la reforma de 2011, aunque recurre a los documentos normativos esperables y no hay citas sofisticadas a discusiones sobre el tema en el derecho comparado. Todo lo que se dice es correcto, pero medido o contenido. Quizá no era necesario más. Uno de los problemas de la sentencia es, sin duda, que resuelve un caso obvio —demasiado fácil—. Un caso que se falla sobre la base del principio de progresividad, sí, pero en un contexto en el cual las autoridades habían reconocido por escrito las falencias y habían dado pasos encaminados a ejecutar lo que los quejosos —ante su final inacción— reclaman ante la Corte.

Aunque la sentencia falla bien, entonces —en el sentido de que fallar lo contrario hubiera sido trágico— es una sentencia que, vista desde la perspectiva comparada, nos invita más bien a pensar en los atrasos y limitaciones de la garantía judicial del derecho a la salud en este país. Como *Minimuma*, *Isssteson*, o los varios casos de salud reproductiva que existen, se trata de un caso que se judicializa de la mano de una ONG de litigio de interés público, confirmando la persistencia de un grado mínimo de acceso a la justicia para el común de las personas. Sus fundamentos jurídicos son correctos, pero en todo momento discretos. Sus mayores fortalezas son, sin duda, invertir la carga de la argumentación y responsabilizar al Estado de dar razones sustantivas y detalladas por sus acciones —y otorgar el amparo en el caso concreto por no haber satisfecho el Estado esta exigencia— y ordenar la remodelación/construcción del pabellón sanitario, un tipo de resolutivo que, si se generaliza, puede dar una segunda vida al amparo como vía de garantía constitucional que hasta ahora no ha servido para garantizar casi

²⁷ Para un primer e importante ejercicio de rastreo en esa dirección, véase Quintana Osuna, Karla, “La obligación de reparar violaciones de derechos humanos...”, *cit.*

nada. Su mayor debilidad es que es demasiado minimalista respecto de los exigentes estándares que deben superar las razones del Estado —cuando las dé— en casos en que está en juego el principio de progresividad y no regresividad. El entendimiento que deja traslucir de las funciones del Poder Judicial respecto de la garantía de los derechos, en relación con las funciones de otros foros políticos y deliberativos, tiene un tinte rudimentario a la luz de los desarrollos de las últimas décadas de litigio constitucional en algunos países latinoamericanos o en Sudáfrica. Y sus resolutivos —aun con apuntar, como he destacado, en la dirección correcta— son inexplicablemente tímidos a la luz de la estructura procesal y sustantiva esencialmente clásica del litigio y dejan entrever los miedos de una Corte que no ha hecho todavía ninguna incursión seria en el litigio complejo propio de tantos casos constitucionales contemporáneos.

La sociedad mexicana, muy progresivamente, empieza a callarse menos. Hay una creciente difusión de información sobre cifras estratosféricas de muerte materna en hospitales públicos, muerte de bebés, discriminación, carencias sufridas cotidianamente por millones y millones de personas.²⁸ Y no tenemos un litigio constitucional que refleje siquiera una punta mínima de este iceberg gigantesco. Intervenciones judiciales correctas del año 2014, como *Pabellón 13*, podrían haber sido intervenciones judiciales de 1984 en muchos lugares del mundo. Aunque en México hemos avanzado, lo hemos hecho —lo estamos haciendo— a un ritmo ridícula y trágicamente lento, y no tenemos todavía una masa crítica de casos suficiente para poder decantar una aproximación distintiva a la justiciabilidad de este importante derecho.

²⁸ Sobre las cifras de muerte materna, por ejemplo, véanse los informes temáticos de GIRE (<https://gire.org.mx/informes/>). Sobre el caso recientemente difundido de muerte masiva de bebés en el IMSS de Sinaloa en los años 2014 y 2015, véase: <http://contralacorruccion.mx/esperarlavidaencontrarlamuerte/>.