

CAPÍTULO OCTAVO

REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN SEDE JUDICIAL*

Magdalena CERVANTES ALCAYDE**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Premisa: el Estado constitucional de derecho y el rol central de las y los jueces.* III. *Las reformas constitucionales de 2011: incorporación de derechos de fuente internacional, de herramientas y vías para su protección.* IV. *La protección de los derechos sociales después de 2011.* V. *Las CT 255/2021 y CT 8/2022: la suspensión a debate y el papel de las y los jueces frente a las políticas públicas.* VI. *Comentarios finales y algunas ideas para fortalecer la protección judicial de los derechos sociales.* VII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Hasta hace muy pocos años, en el ámbito judicial nacional era común encontrar posiciones contrarias a la justiciabilidad de los derechos sociales, situación que se tradujo en la escasa tramitación de amparos que protegían esos derechos.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, denominada como un cambio de paradigma debido a la profundidad de los cambios que introdujo, supuso la existencia de un marco jurídico con múltiples herramientas para la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional. En complemento de aquélla, la reforma de amparo convirtió a éste en un mecanismo para la protección de los derechos humanos de fuente internacional, y dotó a estos derechos de sus garantías secundarias cuando no son respetados.

* Análisis de las sentencias dictadas en las contradicciones de tesis 255/2021 y 8/2022.

** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Fue así como las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y de amparo representaron un avance significativo para la protección de los derechos humanos a nivel nacional.

Si bien el marco constitucional surgido de las reformas de 2011 debe permear el actuar de todas las autoridades del Estado, de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en los diferentes niveles de gobierno, esta contribución abordará específicamente cómo ha impactado ese marco en el ámbito judicial federal, en particular en la protección de los derechos sociales, considerando que si hay un grupo de derechos en particular que vieron fortalecidas las vías para su protección fue justamente este.

Estas reflexiones están estructuradas de la siguiente forma: una primera parte, con una premisa y un repaso del alcance de las reformas constitucionales de 2011. Una segunda parte, que a partir de dos decisiones judiciales relativas al derecho a la salud analiza las posturas sobre la suspensión y el papel de la judicatura cuando ésta se enfrenta a políticas públicas que no cumplen con su finalidad de garantizar el derecho humano para el cual fueron concebidas. El abordaje de estos temas se considera relevante en tanto muestra las concepciones que están teniendo las y los juzgadores respecto a la protección de los derechos sociales. Y una tercera parte, que analiza lo que llamo las “buenas prácticas” de estas decisiones, y enuncia aspectos que aún están pendientes.

II. PREMISA: EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL ROL CENTRAL DE LAS Y LOS JUECES

El Estado constitucional de derecho se caracteriza por la regulación y limitación del poder político a través de técnicas para el control y contrapeso; entre ellas la garantía de los derechos, la legalidad y la separación de poderes.¹

En este modelo, los derechos son pautas para la actuación del poder político, delineando los deberes estatales que deben guiar la conducta del Ejecutivo y del Legislativo. La incorporación de los derechos fundamentales a los textos constitucionales representa la sujeción estatal a la garantía de los mismos derechos.² Cuando existe un distanciamiento de aquéllos, el poder político es sujeto del control por parte de los tribunales.

¹ Salazar Ugarte, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006, pp. 85-91.

² Salazar Ugarte, Pedro y Alonso Beltrán, Carlos Ernesto, “Las reformas de amparo y de derechos humanos: herramientas para la justicia constitucional”, en Sepúlveda, Ricardo; Pelayo Moller, Carlos María; Estrada Adán, Guillermo; Cervantes Magdalena y Fuchs,

De acuerdo con Luigi Ferrajoli, las prohibiciones y obligaciones correlativas a los derechos son sus garantías primarias, las cuales, cuando son incumplidas pueden reclamarse a través de la vía judicial activando sus garantías secundarias.³

De esta forma, la incorporación de los derechos fundamentales en las Constituciones implica la imposición de obligaciones y restricciones para los Estados, que en caso de incumplimiento activan la labor judicial. Esto significa que los tribunales juegan un papel muy relevante en el constitucionalismo contemporáneo.

Como han sostenido Salazar y Alonso,

...la función de los tribunales adquiere un papel sumamente relevante dentro del constitucionalismo fuerte, pues ella implica, por un lado, verificar la actuación estatal dentro de los límites constitucionales y, por el otro, hacer operativos los derechos que no están siendo garantizados por la obligación legislativa o ejecutiva. En otras palabras, las y los jueces adquieren un papel de garantía [de los derechos]... [para las personas] frente a las acciones u omisiones del Estado.⁴

Esto significa que el órgano jurisdiccional es el guardián último de los derechos fundamentales.

III. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2011: INCORPORACIÓN DE DERECHOS DE FUENTE INTERNACIONAL, DE HERRAMIENTAS Y VÍAS PARA SU PROTECCIÓN

Como consecuencia de las reformas constitucionales de 2011, el marco jurídico mexicano cambió radicalmente. Si bien la Constitución de 1917 fue pionera en el reconocimiento de los derechos sociales, se limitaba a aquellos incluidos en su texto a los cuales ni siquiera denominaba como derechos humanos. En contraste, la reforma en materia de derechos humanos otorgó rango constitucional a las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte y constitucionalizó los derechos de fuente internacional.

Marie-Christine (eds.), *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación*, México, Fundación Konrad Adenauer-Tirant lo Blanch, 2021, p. 66.

³ Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2007, p. 59.

⁴ Salazar Ugarte, Pedro y Alonso Beltrán, Carlos Ernesto, "Las reformas de amparo y de derechos humanos: herramientas para la justicia constitucional", *cit.*, pp. 68 y 69.

Adicionalmente, se incorporaron diversas herramientas para la interpretación de las normas de derechos humanos: interpretación conforme, principio pro persona, las obligaciones de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar violaciones de derechos humanos, y los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de esos derechos.

Como puede advertirse, si bien la reforma llegó tarde respecto de las que ocurrieron en el continente americano, fue muy rica en su contenido, incluyendo una “caja de herramientas” muy potente para la garantía de los derechos humanos. Además de ampliar el catálogo de derechos protegidos, previó múltiples vías interpretativas, obligaciones estatales y principios, que fortalecieran la concreción de los derechos humanos en el ámbito nacional.

La reforma de derechos humanos se vio complementada con la ocurrida en materia de amparo. Desde su surgimiento en el ámbito local, el juicio de amparo se creó con la finalidad de salvaguardar los derechos de las personas y como medio de defensa judicial frente a las violaciones a esos derechos. Con su reconocimiento constitucional, el juicio de amparo se perfiló como garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos.⁵ Publicada días antes de la reforma en materia de derechos humanos, la reforma de amparo necesariamente se vio permeada e influenciada por aquélla. De interés para los fines de este artículo, se estableció que a través del amparo podría conocerse de violaciones a derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano fuera parte. De esta forma, el juicio de amparo pasó a ser una garantía de todos los derechos humanos constitucionalizados, incluyendo los de fuente internacional.⁶

Adicionalmente, conforme a la reforma en la materia, los juzgadores de amparo debían utilizar los criterios hermenéuticos previstos para interpretar las normas de derechos —interpretación conforme y principio pro persona—, además de considerar las obligaciones que tienen las autoridades respecto de esos derechos y los principios que los caracterizan.

⁵ Como parte de un análisis sobre la efectividad del amparo en México, véase su evolución histórica en Franco Martín del Campo, María Elisa, *La efectividad del juicio de amparo en México*, tesis de doctorado en derecho, Facultad de Derecho, UNAM, 2019, disponible en: <http://oreon.dgbiblio.unam.mx>.

⁶ Franco Martín del Campo, María Elisa, “La efectividad del juicio de amparo. Un punto de encuentro de las reformas constitucionales de 2011”, en Sepúlveda, Ricardo; Peláyo Moller, Carlos María; Estrada Adán, Guillermo; Cervantes Magdalena y Fuchs, Marie-Christine (eds.), *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación*, cit., p. 362.

Leídas ambas reformas constitucionales en conjunto, significaron el fortalecimiento del principal mecanismo para la protección de los derechos en sede judicial, volviendo al amparo un juicio de derechos fundamentales que protege los derechos humanos constitucionalizados.⁷ Retomando la categoría de garantías de los derechos humanos de Ferrajoli, el amparo mexicano es la expresión nacional de su garantía secundaria.

La implementación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos contó con la interpretación constitucional para precisar su alcance. Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente Varios 912/2010 resolvió la obligación a cargo de las autoridades del Estado, particularmente los jueces, de realizar un control de convencionalidad planteando la metodología a seguir. También reconoció el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como criterio vinculante en casos en que el Estado mexicano haya sido parte, y como criterio orientador cuando no haya sido parte. Asimismo, estableció las pautas para la aplicación del principio pro persona.⁸

Por su parte, en la contradicción de tesis 293/2011 reconoció plenamente la ampliación del catálogo de derechos humanos, al señalar que todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos firmados y ratificados por el Estado mexicano gozan de rango constitucional, además de la vinculatoriedad de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluyendo aquella derivada de casos en que el Estado mexicano no fuera parte en el litigio internacional, siempre que favorezca a la persona con una protección más amplia.⁹

En 2011, a unos meses de promulgadas ambas reformas constitucionales, Miguel Carbonell y Pedro Salazar se refirieron a cómo México estaba atrapado en una paradoja en el sentido de reconocer derechos en su Constitución sin políticas públicas ni mecanismos de garantía que los hicieran una realidad.¹⁰ “A lo largo de nuestra historia constitucional los derechos de las personas han sido reconocidos de manera reiterada. Con formulaciones distintas... han constituido una promesa constitucional, pero también una realidad incumplida”.¹¹ A doce años de estas reformas, que ampliaron

⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, R., *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa, 2013, pp. 4 y 5.

⁸ SCJN, expediente Varios 912/2010, derivado de la consulta a trámite presentada por el entonces ministro presidente, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, en el expediente Varios 489/2010, párrs. 31 y 33.

⁹ SCJN, Contradicción de tesis 293/2011.

¹⁰ Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, IJ, 2011, pp. VII y VIII.

¹¹ *Ibidem*, p. VIII.

el marco de protección de los derechos humanos de manera tan relevante, cabe reflexionar sobre los pasos que se han dado para la protección de los derechos en sede judicial.

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES DESPUÉS DE 2011

Como se refirió al inicio, previo a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, era muy común escuchar entre las y los juzgadores federales, salvo muy contadas excepciones, argumentos como que los derechos sociales reconocidos constitucionalmente eran normas programáticas, y en consecuencia no justiciables.

Aun cuando desde 2002 en la doctrina se posicionó la justiciabilidad de los derechos sociales argumentando que se trataba de derechos perfectamente exigibles por la vía judicial, ésta no era una idea que permeara de manera general en el Poder Judicial mexicano.¹² Por el contrario, la concepción de que no eran derechos que pudieran demandarse por la vía judicial llevó a que no existieran sentencias que los protegieran y garantizaran. Parecía que las garantías secundarias de los derechos sociales no existían.

Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo impusieron un cambio en la forma en que se venían entendiendo los derechos sociales en particular. Pasaron a ser derechos plenamente reconocidos por la Constitución, incluyendo aquellos de fuente internacional, y el juicio de amparo, previsto para la protección de todos los derechos humanos, empezó a mirarse como vía para proteger también los derechos sociales.

Como ocurre cuando se habla de la trayectoria jurisprudencial de los tribunales respecto de determinado tema, ésta no se modifica de un día a otro, sino que es necesario que empiecen a tomarse poco a poco decisiones en direcciones distintas, para que de manera paulatina veamos cómo la jurisprudencia novedosa es retomada por uno y otro órgano judicial, de un circuito judicial a otro, dando pasos en cada decisión hacia la protección de los derechos sociales.

La revisión de sentencias del Poder Judicial de la Federación a once años de las reformas constitucionales muestra en principio un cambio que debe destacarse. Considerando las sentencias emitidas en 2021 y 2022, se

¹² Para esta discusión véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2022, 255 pp.; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Apuntes para la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en Abramovich, V., Añón, M. J., Courtis, Ch. (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2033, pp. 55-78.

ubicaron veintiún decisiones, entre acciones de inconstitucionalidad, amparos directos en revisión, amparos en revisión, contradicciones de tesis y recursos de revisión administrativa referidas a derechos sociales: ocho en materia de salud,¹³ siete sobre seguridad social, cuatro relativas a trabajo y dos en materia de educación.¹⁴

Por las dimensiones de esta contribución, a continuación me referiré a dos resoluciones sobre derecho a la salud destacando algunos temas abordados en ellas que son relevantes para la protección de los derechos sociales. Me refiero a la suspensión¹⁵ y al papel de las y los juzgadores respecto de políticas públicas que no cumplen con su finalidad principal: la garantía de los derechos humanos.¹⁶

V. LAS CT 255/2021 Y CT 8/2022:

LA SUSPENSIÓN A DEBATE Y EL PAPEL DE LAS Y LOS JUECES FRENTE A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

En un contexto de pandemia, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió dos contradicciones de tesis sobre la procedencia de la suspensión en contra de la omisión de aplicar la vacuna contra el virus SARS-CoV-2 a adolescentes de doce a diecisiete años de edad que no padecen co-

¹³ De éstas, dos se refieren al acceso a vacunas contra el SARS-COV-2 (Covid-19), una a las medidas para mitigar y controlar los riesgos para la salud provocados por el SARS-CoV2, tres a derechos sexuales y reproductivos, una a disponibilidad de información en diferentes lenguas indígenas y una al acceso a servicios sanitarios en un centro penitenciario. Las resoluciones son AI 109/2020, AR 420/2021, AI 41/2019, AC 42/2019, CT 152/2021, AI 85/2016, CT 255/2021, 8/2022, AI 107/2019 y ADR 825/2021.

¹⁴ En relación con el derecho a la seguridad social, las resoluciones son AR 368/2021, AR 465/2021, ADR 5972/2021, ADR 4196/2021, Recurso de revisión administrativa 1/2021, AR 475/2021 y AI 197/2020; sobre el derecho al trabajo la ADR 3616/2021, ADR 4404/2021, AR 392/2021 y ADR 1476/2022; y en materia del derecho a la educación, la AI 168/2020, AC 177/2020, AI 29/2021 y 109/2021.

¹⁵ La suspensión es una medida cautelar que tiene por objeto interrumpir la ejecución o consecuencias del acto reclamado, sin que desaparezca la materia del juicio ni se consumen las violaciones cometidas. Con ella se busca impedir que las personas sufran una afectación en sus derechos mientras se resuelve el fondo del asunto. De esta forma, la suspensión puede tener dos efectos: uno, paralizante, frenar un estado de cosas para impedir que el acto se materialice; dos, de tutela anticipada, restablecer el goce o garantía del derecho afectado con el acto reclamado. Teniendo estos efectos, piénsese en su utilidad tratándose por ejemplo del derecho a la salud, que por su propia naturaleza no puede dejar de garantizarse.

¹⁶ Recordemos que la política pública en un Estado constitucional de derecho está ceñida a la garantía de los derechos humanos, siendo ésta su finalidad principal. Cuando no persigue dicho fin o no lo logra, incumple con la función para la cual debió estar planificada.

morbilidades en el caso de la primera, y a niñas y niños de cinco a once años, en la segunda.

Como elementos de contexto, los amparos que dieron lugar a la CT 255/2021 se resolvieron sin que la instancia responsable hubiera autorizado la aplicación de la vacuna a las personas de doce a diecisiete años de edad. Cuando la CT fue revisada por el Pleno, la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris, en adelante) ya había autorizado la aplicación para el grupo de personas en ese rango de edad, sin que se hubiera programado la aplicación.

La primera parte de la discusión del Pleno giró en torno a la existencia de una contradicción de criterios entre tribunales colegiados, en tanto habían arribado a conclusiones diferentes respecto a la procedencia de la suspensión en los juicios de amparo promovidos y en cuanto al otorgamiento de la medida cautelar.

El debate principal entre las y los ministros fue qué tipo de suspensión debía concederse. De acuerdo con la Ley de Amparo, la suspensión del acto reclamado puede decretarse de oficio y a instancia de parte. La suspensión de oficio puede ser de plano y por vía incidental, entendiendo que la suspensión de oficio y de plano se concede cuando se trate de actos que conllevan peligro de privación de la vida.

De esa forma, una de las reflexiones que abrió la contradicción de tesis fue si la falta de vacunación de personas adolescentes con comorbilidades o sin ellas podía conllevar un peligro de privación de la vida.

El proyecto, a cargo de la ministra Margarita Ríos Farjat, abordó que en tanto la Ley de Amparo no definía qué es peligro de privación de la vida, había algunos elementos que permitían dotar de contenido a esa expresión, poniendo como ejemplo la Observación general 36 del Comité de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, relativa al artículo 6o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que explica que la privación de la vida supone un acto u omisión deliberado o previsible y evitable destinado a infligir daños o lesiones que pongan fin a la vida de las personas.¹⁷

En este punto debe destacarse la práctica de recurrir a documentos internacionales que interpretan el contenido de las normas convencionales. Para cumplir con la obligación de garantía de los derechos humanos, es necesario auxiliarse de documentos emitidos por órganos autorizados para aclarar el significado de los derechos y las obligaciones respecto de ellos. En ese sentido, se considera como una buena práctica que en el proyecto de la contradicción se recurriera a documentos que forman parte de la pro-

¹⁷ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 27 de junio de 2022, p. 17.

ducción jurídica derivada¹⁸ como auxiliares para aclarar el sentido de las normas jurídicas.

Aunque se considera una muy buena práctica, aún no es generalizable en la labor judicial, en particular cuando se retoma el detalle del alcance del derecho y las obligaciones, dando pasos más allá de la mera referencia de la decisión del órgano internacional.

El proyecto propuso que “la negativa de aplicar vacunas o no incluir a determinado grupo de personas en la política de vacunación no era un acto destinado a infringir daños o lesiones que tengan como consecuencia la pérdida de la vida”. El hecho de no vacunar a una persona no implicaba de manera directa que necesariamente fuera a enfermarse o a contagiarse del virus, y aun cuando esto ocurriera, no conducía indefectiblemente a que perdiera la vida.¹⁹

La consecuencia que se actualiza con la omisión de aplicar la vacuna... por la autoridad sanitaria a niñas, niños y adolescentes es que la persona no vacunada se coloque en una situación de riesgo de contagio y en caso de enfermarse del virus, resultaría imposible restituirle en su derecho a la salud, pues nada repararía el tiempo que padeció la enfermedad y, en su caso, sus secuelas.²⁰

A partir de este razonamiento, y de que no se pone en peligro la vida, se propuso que no procediera la suspensión de plano.²¹

Llama la atención que aun cuando se reconoció que la no vacunación podía generar una afectación al derecho a la salud de las y los adolescentes, y que respecto de este grupo el Estado tiene un deber de especial protección, se haya resuelto el no otorgamiento de la suspensión de oficio a partir del criterio que fija la de Ley de Amparo en el sentido de que para otorgarla debe estar en peligro la vida.

Parecería que el derecho a la salud de las y los adolescentes se colocó en un segundo lugar, aludiendo a la evidencia científica de que tenían un bajo riesgo de presentar cuadros graves o deceso por esa enfermedad.

¹⁸ Fabian Salvioli se refiere a este concepto para aludir a la amplia producción jurídica que realizan órganos internacionales de derechos humanos a través de sus diferentes pronunciamientos, con el objetivo de desgranar el alcance de los diferentes derechos, así como el contenido de los diferentes deberes que debe cumplir el Estado para atender sus obligaciones generales de respeto y garantía. Cfr. Salvioli, Fabián, *Introducción a los derechos humanos. Concepto, fundamentos, características, obligaciones del Estado y criterios de interpretación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 50.

¹⁹ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 27 de junio de 2022, p. 18.

²⁰ *Ibidem*, p. 19.

²¹ *Ibidem*, p. 20.

La Ley de Amparo prevé que la suspensión se pueda abrir de oficio, pero con trámite incidental, siempre que se trate de algún acto que de llegar a consumarse haría imposible restituir a la persona en el goce del derecho reclamado.²² Considerando que el Covid-19 es una enfermedad que puede dejar secuelas de diferente gravedad en la salud de las personas ¿con fundamento en esa previsión no se debería haber considerado el otorgamiento de la suspensión de oficio?

Sorprende que la ministra Loretta Ortiz Alhf haya sostenido que la concesión de la suspensión pudiera entrar en colisión con otros derechos humanos de la infancia y adolescencia, como el disfrute del más alto nivel posible de salud. De acuerdo con Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, ese derecho involucra la prevención y lucha contra enfermedades epidémicas, lo que comprende el acceso a las tecnologías pertinentes —e incluye programas de inmunización— sin discriminación alguna.²³ Este componente del derecho a la salud se inserta dentro de la obligación general de cumplir,²⁴ y es de cumplimiento inmediato.

Adicionalmente, la juzgadora argumentó que debía atenderse al interés superior verificando que la concesión de la suspensión no produzca mayores perjuicios o riesgos en los derechos de niñas, niños y adolescentes.²⁵

El interés superior es un principio que debe considerarse en cualquier decisión que se tome respecto de niñas, niños y adolescentes. Sin embargo, enunciarlo simplemente, sin explicar el impacto concreto que tendría la suspensión en el interés superior, no se considera una forma adecuada de utilizarlo, ya que su aplicación requiere de argumentación de por medio.

Un segundo tema abordado en el marco de la contradicción de tesis fue el efecto del otorgamiento de la suspensión respecto de la política pública sobre vacunación. El proyecto argumentó que no era propio del incidente de suspensión ni de las atribuciones del tribunal constitucional calificar la idoneidad de la política nacional de vacunación. Se argumentó

²² Artículo 127.

²³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), párrs. 16 y 18.

²⁴ Naciones Unidas ha conceptualizado las obligaciones generales de los Estados como respetar, proteger y cumplir, en donde esta última equivale a la de garantía, en tanto conlleva la adopción de todas las medidas que corresponda —legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales o de otra índole— para dar plena efectividad al derecho a la salud. *Cfr.* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), párr. 33.

²⁵ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 27 de junio de 2022, pp. 9 y 10.

que el otorgamiento de la suspensión no impedía la ejecución de medidas por el Ejecutivo Federal para incorporar en el programa de vacunación a niñas, niños y adolescentes, que tampoco afectaba el interés social ni contravenía disposiciones de orden público, y que el otorgamiento respondía al interés superior de la infancia y de la adolescencia y a su derecho a la salud.²⁶

A partir de esta argumentación, el proyecto propuso que el criterio que debía regir era otorgar la suspensión para efecto de que a la brevedad se aplicara el esquema de vacunación a las personas de doce a diecisiete años.

Difiriendo del proyecto, el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena se refirió a un tema de la mayor relevancia para la protección judicial de los derechos sociales, que tiene que ver con el papel de los jueces constitucionales respecto de políticas públicas cuando no garantizan el derecho humano que se busca efectivizar a través de ellas.

En principio, sostuvo que el otorgamiento de la suspensión era en perjuicio del interés social. Refirió que la priorización era una parte fundamental de la estrategia de vacunación, atendiendo a la existencia y disponibilidad de biológicos en cantidades y logística suficientes.

Vacunar a ciertas personas con un recurso escaso tendría el efecto de no vacunar a otras personas en grupos prioritarios, poniendo en riesgo su salud. Además, implicaría que las autoridades tendrían que hacer los ajustes logísticos para llevar a cabo la vacunación de personas que no estaban previstas... Estas consecuencias tendrían el efecto de distorsionar la política de vacunación.²⁷

Refiriéndose a la fracción V del artículo 129 de la Ley de Amparo,²⁸ el ministro argumentó que el otorgamiento de una medida cautelar para la vacunación de una persona fuera del programa nacional distorsiona la actividad administrativa para combatir la pandemia y afecta el interés social.²⁹ Agregó que esa fracción

...encuentra justificación en la deferencia que deben otorgar jueces y juezas a la administración... Es la administración la que cuenta con los recursos

²⁶ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

²⁷ *Ibidem*, p. 25.

²⁸ Entendidas como límites para el otorgamiento de la suspensión, el artículo 129 de la Ley de Amparo establece las situaciones en las cuales se considera que hay un perjuicio al interés social o se contravienen disposiciones de orden público, refiriendo en la fracción V cuando “Se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave o el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país”.

²⁹ *Ibidem*, p. 26.

informativos y de planeación más efectivos para hacer frente a situaciones como la que hemos vivido durante los últimos años. Esto no quiere decir que el Poder Judicial no tenga papel que jugar en el control de la actividad administrativa.³⁰

No obstante, el juzgador consideró que “está fuera del alcance del Tribunal Constitucional calificar la idoneidad de la política pública, lo que, de hecho, se hace al afectar el esquema de priorización sin justificación”.³¹

Y agregó que

...el derecho a la salud que reclaman los quejosos depende, necesariamente, del ejercicio de la política pública; no obstante, la literatura especializada sobre judicialización del derecho a la salud —sí— advierte sobre los riesgos de las intervenciones judiciales que distorsionan la política pública en beneficio de algunos cuantos en perjuicio del interés social.³²

De acuerdo con el ministro Gutiérrez, los jueces constitucionales no pueden decidir en un caso en concreto si se debe otorgar o no un tratamiento médico o una vacuna; en tanto se vulnera el principio de igualdad, debe reservarse a las autoridades la determinación de criterios de priorización que atiendan las necesidades colectivas. Sostuvo que era mediante el juicio de amparo como debía analizarse si la determinación de las autoridades se funda en criterios razonables atendiendo las necesidades colectivas, la disposición presupuestal, las razones públicas, entre otros elementos. Es en ese ámbito donde el juez o jueza podrá determinar la constitucionalidad o no de la medida, dándose preferentemente en el estudio de fondo, y no en el dictado de una medida cautelar.³³

Gutiérrez Ortiz Mena sostuvo que la concesión de las suspensiones prioriza a ciertos niños frente a otros, a los que tuvieron posibilidad y medios de presentar el amparo frente a los que no.

Respecto de estas posiciones, cabe hacer varias reflexiones. El diseño y elaboración de las políticas públicas es una facultad del Ejecutivo que no se discute. Teniendo en cuenta el principio de división de poderes, el Poder Judicial no está facultado para hacer política pública. Sin embargo, en un Estado constitucional sí le corresponde, en el marco de la labor judicial, evaluar

³⁰ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 27 de junio de 2022, pp. 25 y 26.

³¹ *Ibidem*, p. 26.

³² *Ibidem*, p. 27.

³³ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

si una política pública está alineada a los derechos constitucionales y cumple con su finalidad, que no es otra que la garantía de los derechos humanos. Si al analizar casos concretos las y los jueces advierten que las medidas que está impulsando la administración restringen los derechos, e inclusive los niegan, por supuesto que les corresponde señalarlo y hacer un llamado para corregir la omisión en que se está incurriendo. No se olvide que la judicatura tiene un rol de control de la actividad que realizan los otros poderes.

La Ley de Amparo prevé como límites para el otorgamiento de la suspensión la no contravención del interés social y del orden público. Respecto a la primera, consiste en ponderar si con la concesión de la medida cautelar hay un resentimiento mayor en la colectividad que el que pudiera ocasionarse a quien solicita el amparo. En el caso concreto se refirió a que vacunar a las personas que no estaban previstas en el programa nacional de vacunación implicaba no vacunar a otras. Recordemos que la negativa de vacunación se refería a niñas y niños y adolescentes. Respecto de las y los primeros, la vacuna autorizada para ellos es diferente de la que se aplica a personas adultas, de tal forma que incluirlos en la vacunación no suponía quitarle vacunas a ningún otro grupo poblacional. En cuanto a incluir a las y los adolescentes en el programa de vacunación, no se pierda de vista que inmunizar a las personas frente a una epidemia es un derecho de todas y todos, lo que implicaba que el Estado mexicano previera vacunas para todas las personas en su jurisdicción. Si adquirió un número de dosis inferior al que se requería; esa fue una acción que conlleva el incumplimiento de su obligación de garantía del derecho a la salud. Y en los adolescentes no tendría que ser en quienes recayera la mala planeación y distribución presupuestal del Ejecutivo.

La idea de que garantizar el acceso a determinado derecho o componente de éste a ciertas personas supone privilegiarlas sobre el resto de la población, vulnerando el principio de igualdad, no da cuenta de que las personas no acceden de la misma forma a los derechos, que el acceso a la justicia no está al alcance de todas las personas por igual, entre otras cuestiones. La judicialización de los derechos sociales no me parece que sea la alternativa para su garantía. Reconociendo que los recursos económicos son escasos y no suficientes para garantizar todos los derechos a todas las personas, lo que los estándares internacionales han reiterado es que el contenido esencial de los derechos no está sujeto a limitaciones presupuestales, y que los Estados deben tomar todas las medidas a su alcance, entre ellas la cooperación internacional, para asegurar ese contenido a todas las personas por igual, priorizando a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.³⁴

³⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 3: La índole de las obligaciones de los Estados partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), párrs. 10-14.

No coincido con la apreciación de que cuando la judicatura se pronuncia respecto de políticas públicas necesariamente conlleva su distorsión. Invito al ministro Gutiérrez a considerar que el diálogo entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo sobre determinada política pública sin duda será de enriquecimiento a partir de las diferentes informaciones, comprensiones, miradas y conocimientos que tiene cada uno, y redundará en el fortalecimiento de la política pública alineándola a su objetivo principal y a las obligaciones estatales que tiene el Estado en materia de derechos humanos.

Vayamos ahora a la CT 8/2022. De igual forma que en la anterior, tribunales colegiados llegaron a conclusiones diferentes respecto de si debía concederse la suspensión en los juicios de amparo promovidos por la falta de vacunación contra el virus SARS-CoV-2 a niñas y niños de cinco a once años, cuando la Cofepris no había autorizado el uso de una vacuna para ese grupo etario.

Debe referirse que con posterioridad a la emisión de los criterios en contradicción, la Cofepris autorizó el uso de la vacuna Pfizer-BioNTech para niñas y niños del rango de edad referido. No obstante, en tanto la diferencia de criterios entre los órganos judiciales respondió a la autorización o no de la instancia responsable, se evaluó necesario analizar la procedencia de conceder la suspensión para la aplicación de la vacuna a niñas y niños entre cinco y once años de edad, cuando no había sido aprobada.

De acuerdo con el proyecto, el criterio que debía prevalecer para otorgar la suspensión era contar con la autorización de la autoridad competente del Estado mexicano. Otorgar la suspensión sin la autorización pondría en riesgo la salud e integridad física de las niñas y niños vacunados, además de que atentaría contra el interés social y se contravendrían disposiciones de orden público, impidiendo al Ejecutivo la implementación de las medidas adoptadas en la política nacional de vacunación y obstaculizando continuar con la estrategia de evitar la aplicación de vacunas seguras.

Siguiendo esta línea argumentativa, debía concederse la suspensión provisional en el juicio de amparo siempre que la vacuna hubiera sido autorizada por la Cofepris.

Es interesante que el Pleno del máximo tribunal le haya dado ese valor a la decisión de la Cofepris, cuando el órgano constitucionalmente previsto en la materia no se pronunció, y a pesar de que diferentes órganos internacionales y Estados avalaron la aplicación de la vacuna para niñas y niños, sin duda a partir de parámetros distintos, pero donde uno de ellos necesariamente fue asegurar que no ponían en riesgo la salud de este grupo de población.

El ministro presidente Arturo Zaldívar, preguntándose sobre la relevancia de resolver esta contradicción, respondió que era definir cuál debería ser el criterio de los jueces y juezas federales cuando no se cuenta con la autorización respecto de una vacuna o un medicamento a los que no accede una parte de la población, ¿qué hacer en estos supuestos?, ¿debe darse la suspensión o no?, ¿en qué condiciones?, ¿qué ocurre cuando no hay autorización, pero hay suficiente evidencia científica de que un medicamento es seguro?

Sin responder a estas interrogantes, me parece que el ministro Zaldívar adelantó varias de las dudas que surgen cuando se está ante casos relacionados con el derecho a la salud en que no hay aprobación del órgano responsable, si este aspecto es o no un impedimento para otorgar la suspensión y en donde el máximo tribunal debería dar pautas para resolver. En las contradicciones de tesis revisadas no se avanzó en dar más criterios que los referidos.

VI. COMENTARIOS FINALES Y ALGUNAS IDEAS PARA FORTALECER LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

Tratándose de situaciones en que se impide la garantía de uno de los componentes del derecho a la salud con un posible impacto en la salud de niñas, niños y adolescentes, llamó la atención que en las contradicciones de tesis revisadas la suspensión de oficio no se haya considerado en tanto el acto no ponía en riesgo la vida. Me parece que la interpretación que hizo el Pleno de la Suprema Corte fue estrictamente literal, sin considerar que la enfermedad contra la cual no se había otorgado la vacunación puede generar efectos serios en la salud de las personas, riesgo que exigía que éstas fueran inmunizadas.

La falta de garantía del derecho a la salud —cualquiera que sea el componente que no se está asegurando— coloca a las personas en una situación de riesgo. Si se interpreta la suspensión desde un enfoque de derechos humanos, desde mi punto de vista bastaría el riesgo en la salud para otorgarla.

A partir de lo resuelto en las CT, parecería necesario que se interprete la suspensión en el amparo considerando el derecho que se está buscando proteger, su contenido y las obligaciones que se tienen respecto del mismo derecho.

Interés social y orden público son conceptos que deben ser analizados considerando que pueden anteponerse a la protección de derechos humanos, que de no garantizarse pueden colocar a las personas en una situación

de riesgo (piénsese, por ejemplo, en los derechos a la salud, a la vivienda, al agua, a la alimentación, al medio ambiente).

Repensar cómo se asume la judicatura respecto de las políticas públicas que impulsa la administración es, me parece, el mayor desafío que se enfrenta para la protección de los derechos sociales en sede judicial. Las y los jueces, magistrados y ministros están conociendo y teniendo información privilegiada respecto de los desafíos que existen en la realidad, en el día a día de las personas, para el goce y ejercicio de los derechos humanos. Y en el conocimiento de los asuntos se cruzan necesariamente las políticas públicas que están siendo impulsadas con la finalidad de garantizar estos derechos.

Reitero lo apuntado al inicio: las autoridades judiciales tienen un rol no sólo central, sino privilegiado, para garantizar los derechos humanos cuando los marcos normativos o las políticas han sido insuficientes para hacerlo. En ese sentido, su labor es la última esperanza de que los derechos de los que depende la vida digna de las personas, y en casos su supervivencia, sean una realidad para todas.

La forma en que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación comprenda la figura de la suspensión en casos de derechos sociales, en cómo está utilizando los conceptos de interés social y bien público y su apreciación respecto al rol de la judicatura cuando se encuentra ante políticas públicas que no garantizan el derecho humano para el cual fueron planificadas e impulsadas, se reproduce y replica en cascada en los operadores judiciales federales y locales. Los criterios que se fijan en el Pleno y en las Salas son el parámetro general que utilizan el resto de los órganos judiciales.

En ese sentido, la relevancia de reinterpretar las categorías de la suspensión, el interés social o el orden público teniendo en cuenta los derechos en juego y las obligaciones generales del Estado, acercará las categorías procesales que prevé el amparo al paradigma constitucional derivado de la reforma de derechos humanos de 2011.

Pensar en la “evolución” jurisprudencial respecto de un tema o derecho no es referirse a un tránsito que ocurre de la noche a la mañana ni dando pasos necesariamente hacia su mayor protección. Si esto es así, parece necesario dar un seguimiento permanente a las decisiones judiciales para poder advertir los cambios en los desarrollos jurisprudenciales y si estos representan criterios más progresistas para la protección y garantía de los derechos humanos.

VII. REFERENCIAS

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2022.

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “Apuntes para la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en ABRAMOVICH, V., AÑÓN, M. J., COURTIS, Ch. (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2033.
- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, IJ, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2007.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa, 2013.
- FRANCO MARTÍN DEL CAMPO, María Elisa, *La efectividad del juicio de amparo en México*, tesis de doctorado en derecho, Facultad de Derecho, UNAM, 2019, disponible en: <http://oreon.dgbiblio.unam.mx>.
- FRANCO MARTÍN DEL CAMPO, María Elisa, “La efectividad del juicio de amparo. Un punto de encuentro de las reformas constitucionales de 2011”, en SEPÚLVEDA, Ricardo; PELAYO MOLLER, Carlos María; ESTRADA ADÁN, Guillermo; CERVANTES, Magdalena y FUCHS, Marie-Christine (eds.), *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación*, México, Fundación Konrad Adenauer-Tirant lo Blanch, 2021.
- SALAZAR UGARTE, Pedro y ALONSO BELTRÁN, Carlos Ernesto, “Las reformas de amparo y de derechos humanos: herramientas para la justicia constitucional”, en SEPÚLVEDA, Ricardo; PELAYO MOLLER, Carlos María; ESTRADA ADÁN, Guillermo; CERVANTES, Magdalena y FUCHS, Marie-Christine (eds.), *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación*, México, Fundación Konrad Adenauer-Tirant lo Blanch, 2021.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006.
- SALVIOLI, Fabián, *Introducción a los derechos humanos. Concepto, fundamentos, características, obligaciones del Estado y criterios de interpretación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.