

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO DE LA SALUD COMO UN DERECHO HUMANO

Jorge WITKER*

SUMARIO: I. *La medicina privada: el paradigma de la autonomía de la voluntad.* II. *Definición.* III. *Estructura y contenido.* IV. *Teorías que lo justifican.* V. *Positivación a nivel internacional, tanto universal como regional.* VI. *A nivel constitucional comparado.* VII. *Derecho a la salud en México.* VIII. *Conclusiones.*

I. LA MEDICINA PRIVADA: EL PARADIGMA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Vivimos, quizás, en uno de los momentos más importantes de avance científico y tecnológico en la historia de la humanidad. Desde el desarrollo vertiginoso que supuso el siglo XIX en adelante, los progresos de la ciencia han permitido un desarrollo conjunto de la medicina, la química, la biología y demás ciencias naturales.

Sin embargo, y pese a que se ha encontrado la cura a una gran cantidad de enfermedades que hace un siglo arrasaban a poblaciones enteras que no contaban con medidas de higiene básicas, hoy permanece la lucha por lograr la plena realización del derecho a la salud, en cuanto a estado de bienestar tanto a nivel individual como colectivo.

* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Uno de estos grandes retos está relacionado con superar los lastres que aún ayudan a vulnerar el derecho a la salud como derecho humano; por ejemplo, podemos señalar a la enorme desigualdad que se mantiene a nivel mundial y que repercute directamente en la justiciabilidad de este derecho. Según la ONU, 100 millones de personas se ven arrastradas hacia la pobreza cada año, debido a que el costo de la atención médica es muy superior al que pueden permitirse, y más de la mitad de la población mundial no tiene acceso a una cobertura de salud.¹

Por tanto, igualmente existen datos preocupantes al respecto de la consagración de este derecho. Así, menos de la mitad de las personas en todo el mundo obtienen la cobertura de salud que necesitan. Además, 13 millones de personas mueren cada año antes de cumplir los 70 años a consecuencia de sufrir enfermedades del corazón, enfermedades respiratorias crónicas, diabetes y cáncer (la mayoría de ellos suceden en países de ingresos bajos y medios).

En el caso de México, las cifras del último periodo son tan alentadoras: hacia 2015, una de cada cinco personas (16.9%) no tenía acceso a servicios de salud y tres de cada cinco personas (56.6%) no tenían acceso a seguridad social.²

El desconocimiento de lo que implica el propio derecho a la salud también conlleva a que no se adopten las políticas públicas apropiadas para el efecto.

En este sentido, la presente ponencia tiene por objeto dar un panorama general del derecho a la salud, desde su conceptualización, las teorías que lo justifican (o no), sus elementos esenciales y su consagración normativa a nivel internacional y constitucional hasta su estado actual en México.

¹ Naciones Unidas, “La cobertura de salud universal, un derecho humano”, *Noticias ONU*, 12 de diciembre de 2018, disponible en: <https://news.un.org/es/story/2018/12/1447861>.

² Objetivo de Desarrollo Sostenible 3: Salud y bienestar, Gobierno de México, 2019, disponible en: <https://www.gob.mx/agenda2030/articulos/3-salud-y-bienestar>.

II. DEFINICIÓN

El derecho a la salud es parte esencial de los derechos humanos y, por ende, de lo que comprendemos por una vida digna. Se trata del derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental, algo que tiene su recepción desde el siglo pasado.

A nivel internacional, este derecho se proclamó por primera vez en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 1946, en cuyo preámbulo se define a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades”.³ También se afirma que “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.⁴

III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

1. *Parámetros generales*

El derecho a la salud es un derecho social fundamental y de prestación. Estamos ante un derecho subjetivo, es decir, es exigible por los particulares judicial y administrativamente. Asimismo, tiene una faceta de derecho de defensa y características de derecho reaccional, lo que implica que frente a los ataques de terceros el sujeto afectado puede interponer acciones para obtener una protección o reparación.

Es también un derecho de libertad, por cuanto las personas pueden decidir si someterse o no a un tratamiento médico, y los titulares del derecho deben contar con información adecuada que

³ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “El derecho a la salud”, *Folleto informativo*, núm. 31, 2008, p. 1.

⁴ *Idem*.

les permita dar o no su consentimiento, libre e informado, sobre los tratamientos médicos a su disposición.

En 2000, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU emitió la Observación General 14 (OG 14), titulada “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”. En ella señala que el derecho a la salud no contiene únicamente a la asistencia sanitaria; por el contrario, implica varias condiciones que son necesarias para llevar una vida sana. Estas condiciones van desde la prevención e incluyen otros derechos, entre ellos: una adecuada alimentación, un entorno seguro de trabajo, acceso al agua potable, un medio ambiente sano, etcétera. La OG 14 establece que el derecho a la salud debe entenderse como “un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”, por lo que no es sólo un derecho a estar sano.⁵

Existen posiciones críticas a la amplia definición del derecho a la salud establecida en la OG 14. En ese sentido, se ha defendido que es más importante definir lo que se debe entender por “protección de la salud” que la salud en sí misma, debido a que la última no puede exigirse como tal.⁶ En esa línea, la protección de la salud, como derecho social fundamental de prestación, tendría principalmente dos componentes: la asistencia sanitaria y el derecho al medicamento.⁷

2. Elementos esenciales

De acuerdo con la OG 14, los elementos esenciales del derecho a la salud son los siguientes: la disponibilidad (“Cada Estado

⁵ Observación General 14 (OG 14), “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, Nueva York, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, 2000, párr. 9.

⁶ Escobar, Gabriel, “Filosofía y dogmática en la configuración del derecho fundamental a la protección de la salud”, *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. III: *Teoría de la justicia y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 129.

⁷ *Idem*.

Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas”,⁸ la accesibilidad (incluyendo la no discriminación, la accesibilidad física, la accesibilidad económica y el acceso a la información), la aceptabilidad (“Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados”; esto es, “respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida”, y, asimismo, aquéllos “deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate”)⁹ y la calidad (“Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad”, para lo cual se “requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas”).¹⁰

IV. TEORÍAS QUE LO JUSTIFICAN

Las principales teorías referentes al derecho a la salud se pueden agrupar en las siguientes: teorías libertarias, teorías utilitaristas, teorías del mínimo decente y teorías de las capacidades básicas. A continuación, serán desglosadas cada una de ellas.

1. *Las teorías libertarias*

Estas teorías están relacionadas con las concepciones neoliberales y niegan la existencia del derecho a la salud; entre sus

⁸ Observación General 14 (OG 14), *op. cit.*, párr. 12.

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

exponentes se encuentran Tristram Engelhardt y Robert Nozick. Engelhardt sostiene que la salud o la enfermedad dependen de una “lotería natural” y no de un tema de justicia ni de derechos. Estos autores defienden la no intervención del Estado sobre la propiedad privada y rechazan cualquier intervención en la libertad individual que pueda realizarse para garantizar las necesidades de salud de terceros.¹¹

2. *Las teorías utilitaristas*

Éstas procuran determinar criterios de equidad y justicia sanitaria que consigan establecer un sistema que maximice la salud de todos los ciudadanos en conjunto, es decir, la suma de los estados de salud de todos los individuos. Uno de los criterios de las teorías utilitarias consiste en una fórmula que parte del año de vida ajustado por calidad de vida (AVAC o QALY, por sus siglas en inglés). El AVAC ha sido criticado por los problemas de discriminación que su aplicación podría generar.¹²

3. *Las teorías del mínimo decente*

Tales teorías surgen en Estados Unidos en los setenta del siglo pasado, y sus principales exponentes son C. Fried, N. Daniels y A. Buchanan. Daniels defiende la asistencia sanitaria por su vinculación con el valor de la igualdad de oportunidades y manifiesta la necesidad de establecer en cada sociedad el contenido del derecho a la salud y de determinar un mínimo de justicia exigible, como obligaciones a cargo del Estado.¹³

¹¹ Actis, Andrea, *Teorías de justicia en relación con la salud*, Buenos Aires, CAI-CYT, 2016, p. 6.

¹² Celi Maldonado, Alejandra, voz “Salud”, *Diccionario iberoamericano de derechos humanos*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2012, p. 536.

¹³ *Ibidem*, p. 537.

4. *Las teorías de las capacidades básicas*

Sus principales exponentes son G. Vidiella y A. Sen. Vidiella señala que se debe dotar a los individuos de igualdad de capacidades básicas, que son aquellas que les permiten ejercer su autonomía y desarrollarse como persona, para lo que es necesario partir del “principio de la diferencia” y compensar las desigualdades de quienes más lo necesiten, como es el caso de los enfermos.¹⁴

V. POSITIVACIÓN A NIVEL INTERNACIONAL, TANTO UNIVERSAL COMO REGIONAL

La consagración del derecho a la salud como derecho fundamental¹⁵ se estableció tempranamente, como hemos revisado en la definición que dio la OMS en su Constitución. Esto se ha ampliado en un diverso catálogo de instrumentos internacionales, tanto en el plano universal como regional, como veremos a continuación.

1. *A nivel universal*

Numerosos instrumentos de derecho internacional han reconocido el derecho del ser humano a la salud. Así, en el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el

¹⁴ *Ibidem*, p. 538.

¹⁵ Esto es, el derecho humano establecido en alguna norma de derecho positivo.

derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del PIDESC, los Estados partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas “medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”.

Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5o. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y en el artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979, y en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.

2. *La Agenda 2030*

En diciembre de 2015, Naciones Unidas aprobó los llamados Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que tienen por objeto cumplir a 2030 una serie de 17 objetivos claves en el cumplimiento pleno de los derechos humanos, en aquellas áreas consideradas aún como deficitarias, complementando la Agenda de Objetivos de Desarrollo del Milenio que la ONU se fijó entre 2000 y 2015, conocida como la Agenda 2030.

Entre los objetivos establecidos en los ODS nos interesa el ODS 3, referido a salud y bienestar. En él se señala que se requiere “Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades”.¹⁶

Si bien reconoce que el avance científico-tecnológico ha traído mejoras para la humanidad, toma conciencia de una serie de

¹⁶ *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Santiago, ONU, 2019, p. 13.

retos que afronta ésta, y que se desglosa en los siguientes objetivos a alcanzar para 2030:

- Reducir la tasa mundial de mortalidad materna a menos de 70 por cada 100,000 nacidos vivos.
- Poner fin a las muertes evitables de recién nacidos y de niños menores de 5 años, logrando que todos los países intenten reducir la mortalidad neonatal al menos a 12 por cada 1,000 nacidos vivos y la mortalidad de los niños menores de 5 años al menos a 25 por cada 1,000 nacidos vivos.
- Poner fin a las epidemias del SIDA, la tuberculosis, la malaria y las enfermedades tropicales desatendidas, y combatir la hepatitis, las enfermedades transmitidas por el agua y otras enfermedades transmisibles.
- Reducir en un tercio la mortalidad prematura por enfermedades no transmisibles mediante su prevención y tratamiento, y promover la salud mental y el bienestar.
- Fortalecer la prevención y el tratamiento del abuso de sustancias adictivas, incluido el uso indebido de estupefacientes y el consumo nocivo de alcohol.
- Reducir a la mitad el número de muertes y lesiones causadas por accidentes de tráfico en el mundo.
- Garantizar el acceso universal a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluidos los de planificación familiar, información y educación, y la integración de la salud reproductiva en las estrategias y los programas nacionales.
- Lograr la cobertura sanitaria universal, incluida la protección contra los riesgos financieros, el acceso a servicios de salud esenciales de calidad y el acceso a medicamentos y vacunas inocuos, eficaces, asequibles y de calidad para todos.
- Reducir considerablemente el número de muertes y enfermedades causadas por productos químicos peligrosos y por la polución y contaminación del aire, el agua y el suelo.

- Fortalecer la aplicación del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco en todos los países, según proceda.
- Apoyar las actividades de investigación y desarrollo de vacunas y medicamentos contra las enfermedades transmisibles y no transmisibles que afectan primordialmente a los países en desarrollo, y facilitar el acceso a medicamentos y vacunas esenciales asequibles, de conformidad con la Declaración relativa al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) y la Salud Pública, en la que se afirma el derecho de los países en desarrollo a utilizar al máximo las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC respecto a la flexibilidad para proteger la salud pública y, en particular, proporcionar acceso a los medicamentos para todos.
- Aumentar considerablemente la financiación de la salud y la contratación, el perfeccionamiento, la capacitación y la retención del personal sanitario en los países en desarrollo, especialmente en los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo.
- Reforzar la capacidad de todos los países, en particular los países en desarrollo, en materia de alerta temprana, reducción de riesgos y gestión de los riesgos para la salud nacional y mundial.

3. *A nivel regional*

Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (artículo 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (artículo 16), y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (artículo 10), también reconocen el derecho a la salud.

A. A nivel regional europeo

En el ámbito europeo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a la salud en su artículo 35, dentro del capítulo de los derechos de solidaridad:

Artículo 35. Protección de la salud. Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

En la regulación del derecho a la salud, la Carta Europea incluye la obligación de la Unión Europea de garantizar un alto nivel de protección a la salud humana en todas sus políticas y acciones.

A nivel del Consejo de Europa, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) no recoge el derecho a la salud. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha resuelto demandas vinculadas al contenido del derecho a la salud por su conexión con otros derechos, como la vida, la integridad, la vida privada y familiar o la propiedad privada.

Entre otros casos, podemos distinguir el *caso Šilih c. Eslovenia*, proceso en el que el Tribunal Europeo examinó la importancia de la celeridad de la justicia en los casos de presunta negligencia médica en la prestación de la asistencia sanitaria, debido a su conexión con el derecho a la vida (artículo 2o. del Convenio Europeo).¹⁷

¹⁷ “Artículo 2. Derecho a la vida. 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para

Por otra parte, debemos señalar que el derecho a la salud se reconoce en el artículo 11 de la Carta Social Europea.¹⁸

B. *A nivel regional americano*

Durante la misma Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá de 1948, que estableció tanto las bases de la Organización de los Estados Americanos (OEA) como del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) (mediante la aprobación de la Declaración Americana), se aprobó la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, lo que podemos considerar el antecedente remoto de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en nuestra región, mediante la cual los gobiernos de las Américas proclamaron “los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase”, añadiendo que aquello “constituye el mínimo de derechos de que ellos deben gozar en los Estados americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables”, ya que “los fines del Estado no se cumplen con el solo reconocimiento de los derechos del ciudadano, sino que también el Estado debe preocuparse por la suerte de hombres

detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”.

Véase Gallego Hernández, Ana Cristina, “El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, Sevilla, año 20, núm. 40, 2018, p. 647.

¹⁸ “Artículo 11. Derecho a la protección de la salud. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines: 1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; 2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; 3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes”.

y mujeres, considerados ya no como ciudadanos sino como personas”, y como consecuencia debe garantizar “simultáneamente el respeto a las libertades políticas y del espíritu y la realización de los postulados de la justicia social”.¹⁹

Con todo, y dado que el proceso de la Guerra Fría tradujo al plano del derecho internacional la disputa, tanto en el ejercicio como en su defensa, de algunos ámbitos de los derechos humanos, la posición de la OEA (bajo la sombra del dominio estadounidense) de privilegiar los derechos civiles y políticos en desmedro de los DESC conllevó a que hubiera una postura muy restringida por estos últimos, a pesar de que el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) señalaba:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Durante la última etapa del siglo pasado se aprobaría el instrumento internacional clave en el ámbito de los DESC en la región americana: el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, por haber sido aprobado en esa capital centroamericana), adoptado el 17 de noviembre de 1988, en el marco del decimoctavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, dentro del ámbito de atribuciones establecido por el artículo 77 de la Convención Americana, que permite la adopción de protocolos con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección otros

¹⁹ Convenciones en *Conferencias internacionales americanas. Segundo suplemento, 1945-1954*, Washington, D. C., Unión Panamericana, 1956, pp. 172, 173, 192 y 195-203.

derechos y libertades; entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, una vez cumplido lo establecido en el artículo 21.3 del comentado Protocolo.²⁰ El Protocolo de San Salvador implica la practicidad de los DESC en la órbita interamericana. En efecto, constituye el instrumento complementario a la Convención Americana en lo relacionado a los DESC.

Tal como determina su artículo 1o., al ratificar este Protocolo, los Estados partes

...se comprometen a adoptar las medidas necesarias... hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

El derecho a la salud aparece protegido en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador:

Artículo 10. Derecho a la salud

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

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a. la atención primaria de la salud, entendiéndose como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

²⁰ “El Protocolo entrará en vigor tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión”.

- e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
- f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

En cuanto a la exigibilidad de la justiciabilidad de los DESC ante el sistema interamericano, se ha indicado que ha sido mediante la denominada “exigibilidad indirecta” la más exitosa. Aquello implica el denunciar alguna violación de los DESC como un derecho reconocido directamente en la Convención Americana, es decir, como un derecho civil y político.²¹ Esto ha sido apoyado indirectamente por la propia CIDH, al enfatizar que existe una interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.²²

Se ha dividido dicha estrategia en tres partes: 1) respecto al derecho a la igualdad; 2) respecto a los derechos a la protección judicial y a las garantías judiciales, y 3) respecto a los demás derechos de la CADH.²³

²¹ Urquilla, Carlos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 196.

²² Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Sentencia del 1o. de julio de 2009, Serie C, núm. 198, párr. 101.

²³ No obstante, Abramovich considera seis estrategias respectivas: 1) protección de los DESC por la vía de la argumentación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación; 2) protección de los DESC por la vía de las garantías del debido proceso; 3) protección de los DESC por la vía de la protección de derechos civiles y políticos; 4) protección de los DESC por la vía de la protección de otros DESC; 5) protección de los DESC por la vía de las limitaciones que se encuentran en los derechos civiles y políticos, y 6) protección de los DESC por la vía del acceso a la información. Abramovich, Víctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana

En cuanto al derecho a la igualdad, implica el identificar si una prestación otorgada por el Estado que se relacione con un DESC ha sido otorgada de forma en que pueda ser identificada como discriminatoria.²⁴ Respecto de los derechos a la protección judicial y a las garantías judiciales, las ONG podrían entablar demanda de tutela de un DESC ante los órganos jurisdiccionales locales si de dicho proceso resulta una resolución negativa sin motivación o con faltas al debido proceso; además, si la resolución es positiva pero no se ejecuta, el caso podría ser presentado a la CIDH por violación al derecho a la tutela efectiva de los derechos (artículo 25 de la CADH) o del derecho al debido proceso (artículo 8o. de la CADH).²⁵ Con relación a los demás derechos de la CADH, se presentan los DESC como parte del contenido de otros derechos de la CADH; por ejemplo, tenemos a la salud como parte de la integridad personal, o la educación, la vivienda y la alimentación como parte del derecho a la vida (digna).

Existen, por ende, derechos de carácter económico, social, cultural y ambiental, protegidos por “vía indirecta” a propósito de otros artículos, como es el caso del derecho a la salud, cuya exigibilidad puede operar a partir de los artículos 4o., 5o., 7o., 8o., 9o., 11, 17, 13 y 25 de la CADH, y el artículo 10 del Protocolo de San Salvador.

na de Derechos Humanos”, *Presente y futuro de los derechos humanos: ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, IIDH, 1998, pp. 169-249.

²⁴ Lo que se conoce como trato diferenciado injustificado entre grupos comparables. En este caso, los migrantes indocumentados son excluidos de los sistemas de salud por su condición migratoria; el caso podría presentarse ante la CIDH por violación al derecho a la igualdad (artículo 24) y la prohibición de discriminación (artículo 1o.), y no por el derecho a la salud. El resultado sería la inclusión de estas personas en el sistema de salud y, por tanto, la tutela de dicho derecho.

²⁵ En el caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, la Corte IDH encontró la violación de los artículos 8o. y 25 de la CADH por la falta de tutela judicial ante las denuncias por deficiencia de prestación de servicios médicos, y aprovechó para desarrollar algunos estándares sobre el control que debe ejercer el Estado sobre quienes prestan servicios de salud.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte Interamericana) ha emitido diversas sentencias en materia de derecho a la salud:²⁶

- *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* (2004).
- *Caso Tibi vs. Ecuador* (2004).
- *Caso De la Cruz Flores vs. Perú* (2004).
- *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005).
- *Caso Comunidad indígena Sawhoyaxama vs. Paraguay* (2006).
- *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil* (2006).
- *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú* (2005).
- *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela* (2006).
- *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006).
- *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador* (2007).
- *Caso Fernández Ortega vs. México* (2009).
- *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010).
- *Caso Rosendo Cantú vs. México* (2010).
- *Caso Vélez Loo vs. Panamá* (2010).
- *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador* (2011).
- *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras* (2012).
- *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012).
- *Caso Díaz Peña vs. Venezuela* (2012).
- *Caso Furlan y familiares vs. Argentina* (2012).
- *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* (2012).
- *Caso Mendoza y otros vs. Argentina* (2013).
- *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013).
- *Caso J. vs. Perú* (2013).
- *Caso Espinoza Gonzales vs. Perú* (2014).
- *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (2015).
- *Caso I. V. vs. Bolivia* (2016).

²⁶ Tomado de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*, México, UNAM-CNDH, 2017, pp. 237-239.

En todas las sentencias enunciadas, la Corte Interamericana estableció la justiciabilidad por vía indirecta; esto es, a través de otros derechos diversos al de salud, aunque conexos a éste.

Sería con el *caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, de sentencia de marzo de 2018, cuando la Corte Interamericana estableció por primera vez la justiciabilidad directa sobre el derecho a la salud. En este caso se declaró por unanimidad la responsabilidad internacional del Estado chileno por no garantizar al señor Vinicio Antonio Poblete Vilches su derecho a la salud sin discriminación, mediante servicios necesarios, básicos y urgentes en atención a su situación especial de vulnerabilidad como persona adulta mayor, lo cual derivó en su muerte (artículos 26, 1.1 y 4o. de la Convención Americana), así como por los sufrimientos derivados de la desatención del paciente (artículo 5o. de la misma Convención). Además, la Corte Interamericana declaró que el Estado chileno vulneró el derecho a obtener el consentimiento informado por sustitución y el derecho al acceso a la información en materia de salud, en perjuicio del señor Poblete y de sus familiares (artículos 26, 13, 7o. y 11, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana), así como el derecho al acceso a la justicia (artículos 8o. y 25 de la misma) e integridad personal, en perjuicio de los familiares del señor Poblete (artículo 5o. de la misma).²⁷

VI. A NIVEL CONSTITUCIONAL COMPARADO

En todas las Constituciones de los Estados iberoamericanos se incluye el derecho a la salud, aunque no siempre es consagrado como derecho fundamental (Colombia, Argentina, Costa Rica y El Salvador) y en algunos casos se le clasifica como un derecho social fundamental (Brasil, Perú, Portugal y Venezuela).

²⁷ Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Resumen oficial*, Sentencia del 8 de marzo de 2018, p. 1.

Cabe mencionar que en Ecuador el derecho a la salud se establece como un derecho del buen vivir y es justiciable (artículos 11 y 32).

A continuación, veremos la distinción que se presenta en torno al derecho a la salud.

1. *Dentro del catálogo de los derechos fundamentales*

La salud se consagra como un derecho fundamental en las Constituciones de Bolivia, Brasil, Cuba, Chile, Ecuador, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, además de la mexicana.

En este sentido, en algunos países, además de incluirse a la salud dentro del catálogo de derechos fundamentales, se estipula que el sistema de salud debe ser de carácter universal, gratuito y público, a saber:

- Bolivia, artículo 18.
- Brasil, artículo 6o.
- Cuba, artículos 46,²⁸ 69²⁹ y 72.³⁰

²⁸ Artículo 46 constitucional cubano: “Todas las personas tienen derecho a la vida, la integridad física y moral, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, la salud, la educación, la cultura, la recreación, el deporte y a su desarrollo integral”.

²⁹ Artículo 69 constitucional cubano: “El Estado garantiza el derecho a la seguridad y salud en el trabajo mediante la adopción de medidas adecuadas para la prevención de accidentes y enfermedades profesionales. La persona que sufre un accidente de trabajo o contrae una enfermedad profesional tiene derecho a la atención médica, a subsidio o jubilación en los casos de incapacidad temporal o permanente de trabajo o a otras formas de protección de la seguridad social”.

³⁰ Artículo 72 constitucional cubano: “La salud pública es un derecho de todas las personas y es responsabilidad del Estado garantizar el acceso, la gra-

- Ecuador, artículos 3.1³¹ y 32.³²
- Panamá, artículos 109³³ y 110.³⁴

tud y la calidad de los servicios de atención, protección y recuperación. El Estado, para hacer efectivo este derecho, instituye un sistema de salud a todos los niveles accesible a la población y desarrolla programas de prevención y educación, en los que contribuyen la sociedad y las familias. La ley define el modo en que los servicios de salud se prestan”.

³¹ Artículo 3o. constitucional ecuatoriano: “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”.

³² Artículo 32 constitucional ecuatoriano: “La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional”.

³³ Artículo 109 constitucional panameño: “Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República. El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social”.

³⁴ Artículo 110 constitucional panameño: “En materia de salud, corresponde primordialmente al Estado el desarrollo de las siguientes actividades, integrando las funciones de prevención, curación y rehabilitación:

1. Desarrollar una política nacional de alimentación y nutrición que asegure un óptimo estado nutricional para toda la población, al promover la disponibilidad, el consumo y el aprovechamiento biológico de los alimentos adecuados.

2. Capacitar al individuo y a los grupos sociales, mediante acciones educativas, que difundan el conocimiento de los deberes y derechos individuales y colectivos en materia de salud personal y ambiental.

3. Proteger la salud de la madre, del niño y del adolescente, garantizando una atención integral durante el proceso de gestación, lactancia, crecimiento y desarrollo en la niñez y adolescencia.

- Perú, artículo 7o.³⁵
- Portugal, artículo 64.³⁶

4. Combatir las enfermedades transmisibles mediante el saneamiento ambiental, el desarrollo de la disponibilidad de agua potable y adoptar medidas de inmunización, profilaxis y tratamiento, proporcionadas colectiva o individualmente, a toda la población.

5. Crear, de acuerdo con las necesidades de cada región, establecimientos en los cuales se presten servicios de salud integral y suministren medicamentos a toda la población. Estos servicios de salud y medicamentos serán proporcionados gratuitamente a quienes carezcan de recursos económicos.

6. Regular y vigilar el cumplimiento de las condiciones de salud y la seguridad que deban reunir los lugares de trabajo, estableciendo una política nacional de medicina e higiene industrial y laboral”.

³⁵ Artículo 7o. constitucional peruano: “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene el derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.

³⁶ Artículo 64 constitucional portugués: “De la salud. 1. Todos tendrán derecho a la protección de la salud y el deber de defenderla y promoverla.

2. Se hará efectivo el derecho a la protección de la salud por la creación de un servicio nacional de sanidad universal, general y gratuito, por la creación de condiciones económicas, sociales y culturales que garanticen la protección de la infancia, de la juventud y de la ancianidad y por la mejora sistemática de las condiciones de vida y de trabajo, así como por la promoción de la cultura física y deportiva, escolar y popular y también por el desarrollo de la educación sanitaria del pueblo.

3. Incumbe prioritariamente al Estado, con el fin de asegurar el derecho a la protección de la salud:

a) garantizar el acceso de todos los ciudadanos, cualquiera que sea su condición económica, a los cuidados de la medicina preventiva, curativa y de rehabilitación;

b) garantizar una racional y eficaz cobertura del país desde el punto de vista médico y hospitalario;

c) orientar su actuación hacia la socialización de la medicina y de los sectores médico-farmacéuticos;

d) disciplinar y controlar las formas empresariales y privadas de la medicina, articulándolas con el servicio nacional de la salud;

e) disciplinar y controlar la producción, la comercialización y el uso de los productos químicos, biológicos y farmacéuticos y otros medios de tratamiento y diagnóstico”.

— Venezuela, artículos 83,³⁷ 84³⁸ y 85.³⁹

En otros textos constitucionales, si bien se especifica como derecho en su articulado, hay diferencias de prestaciones, como veremos a continuación.

A. *Chile*. Su Constitución recoge el derecho a la protección de la salud y establece el derecho de toda persona a acogerse al sistema de salud que prefiera, sea estatal o privado, en su artículo 19.9:

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

...

³⁷ Artículo 83 constitucional venezolano: “La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República”.

³⁸ Artículo 84 constitucional venezolano: “Para garantizar el derecho a la salud, el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad. El sistema público nacional de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad. Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados. La comunidad organizada tiene el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud”.

³⁹ Artículo 85 constitucional venezolano: “El financiamiento del sistema público nacional de salud es obligación del Estado, que integrará los recursos fiscales, las cotizaciones obligatorias de la seguridad social y cualquier otra fuente de financiamiento que determine la ley. El Estado garantizará un presupuesto para la salud que permita cumplir con los objetivos de la política sanitaria. En coordinación con las universidades y los centros de investigación, se promoverá y desarrollará una política nacional de formación de profesionales, técnicos y técnicas y una industria nacional de producción de insumos para la salud. El Estado regulará las instituciones públicas y privadas de salud”.

9o. El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control único de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.

Este precepto constitucional insta a un modelo liberal de concebir el derecho y de estructurar el sistema de salud; así, se pasa de un “derecho a la salud” a la “protección de la salud”, ante lo cual el Estado se limita sólo a proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de salud. Además, el Estado abandona la gestión y garantía del sistema y se reduce a proteger acciones relacionadas con la salud desde la óptica de derecho subjetivo. Asimismo, el sistema de salud se constituye como un seguro médico, en donde los privados son libres de “contratar” y tienen la obligación de cotizar o pagar una “prima”. En definitiva, es un sistema de cotización individual que cubre ciertos riesgos en salud, y en donde el Estado tiene un rol de supervigilancia y sólo marginalmente de prestación.⁴⁰

A pesar de lo anterior, la Corte Suprema chilena ha emitido una serie de sentencias que amplían para los casos concretos:

En enero de este año, la Corte hizo referencia al principio de interdependencia de los derechos humanos, al indicar que el derecho a la vida puede ser afectado tanto por actos como por omisiones; por lo tanto, al privársele al afectado de la cobertura requerida para cubrir un tratamiento médico, igualmente se podría llegar a amenazar o vulnerar el derecho a la vida.⁴¹

⁴⁰ García Pino, Gonzalo y Contreras Vázquez, Pablo (coords.), *Diccionario constitucional chileno*, Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, 2014, pp. 300 y 301.

⁴¹ Corte Suprema, Causa Rol No. 25.009-2018, sentencia del 2 de enero de 2019.

En la misma causa anterior, también indicó que los miramientos del orden económico no deberían invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona.⁴²

En septiembre de 2018, la Corte señaló que se debe justificar la negativa a otorgar la cobertura de una prestación médica que haya sido previamente cubierta, y que, de lo contrario, se infringe el derecho a la igualdad de la ley.⁴³

En febrero de 2008, se refirió respecto de las isapres (instituciones de salud previsional), resolviendo que la negativa de éstas a otorgar la cobertura de un tratamiento médico a un paciente, incumpliendo las obligaciones de su contrato de salud, vulnera su derecho de propiedad.⁴⁴ Igualmente, hay que indicar que desde 2006 entró en marcha el Plan de Acceso Universal de Garantías Explícitas (conocido como Plan AUGE),⁴⁵ reglamentación en la cual cada tres años se agregan nuevas patologías al sistema sanitario, que garantiza el acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud. Cuando el Plan comenzó plenamente en julio de 2006, cubría 56 problemas; más tarde aumentó a 69, y en julio de 2013 se incrementó a 80. El Plan, que hoy se llama Plan de Garantías Explícitas de Salud (GES), otorga una serie de garantías, que se pueden desglosar de la siguiente forma:

- *Garantía explícita de acceso*: es la obligación de Fonasa (sistema público de salud) y las isapres (sistema privado de salud) de asegurar las prestaciones de salud.

⁴² *Idem.*

⁴³ Corte Suprema, Causa Rol No. 25-2018, sentencia del 19 de abril de 2018. El artículo 19.2 constitucional chileno señala: “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas... 2o. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

⁴⁴ Corte Suprema, Causa Rol No. 69-2008, sentencia del 13 de febrero de 2008.

⁴⁵ Ley No. 19.966, que Establece un Régimen de Garantías en Salud, publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile* del 3 de septiembre de 2004.

- *Garantía explícita de calidad*: otorgar la atención de salud garantizada por un prestador registrado o acreditado.
- *Garantía explícita de oportunidad*: existencia de un plazo máximo para el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas, dentro de las etapas de diagnóstico, tratamiento y seguimiento.
- *Garantía explícita de protección financiera*: es la contribución, pago o copago máximo que deberá efectuar el afiliado por prestación o grupo de prestaciones, considerando el monto de sus ingresos.

B. *España*. Su carta fundamental establece el derecho a la protección de la salud en el título I “De los derechos y libertades”, dentro del capítulo tercero “De los principios rectores de la política social y económica”. La Constitución Española señala en su artículo 43 que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública con las medidas preventivas, las prestaciones y los servicios que se requieran.⁴⁶

C. *Guatemala*. Su Constitución reconoce el derecho al goce de la salud sin discriminación, en su artículo 93: “Derecho a la salud. El goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna”.

D. *Honduras*. Su texto constitucional incluye el derecho a la protección de la salud, en su artículo 145, estableciendo que es “El deber de todos participar en la promoción y preservación de la salud personal y de la comunidad”, además de que el Estado “conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas”.

En la regulación del derecho a la salud, la norma fundamental hondureña estipula normas sobre la coordinación de las acti-

⁴⁶ Artículo 43 constitucional español: “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

vidades públicas de los organismos del sector salud y el control de las actividades privadas de salud (artículo 149).⁴⁷

E. *México*. Como profundizaremos más adelante, en el texto constitucional se señala que toda persona tiene derecho a la protección de la salud y que el acceso a los servicios de salud se debe definir mediante ley, específicamente en su artículo 4o., párrafo 4o.

F. *Nicaragua*. Su norma fundamental determina que los nicaragüenses tienen derecho a la salud y que el Estado debe establecer las condiciones para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación, específicamente en su artículo 59.⁴⁸

G. *Panamá*. La Constitución determina que la salud se entiende como el completo bienestar físico, mental y social, y es una función esencial del Estado velar por la salud de la población. Las personas tienen derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud (artículo 109). La Constitución panameña contiene un amplio desarrollo del derecho a la salud; en ella se establecen varias obligaciones del Estado, como la alimentación de la población; garantizar la salud materna, de la niñez y de la adolescencia; combatir las enfermedades transmisibles; dotar de servicios de salud integral y de prestación de medicamentos; vigilar la salud y la seguridad laboral (artículo 110). En referencia al acceso a los medicamentos, en la Constitución de Panamá se apunta el deber del Estado de desarrollar una política nacional de medicamentos (artículo 111).

⁴⁷ Artículo 149 constitucional hondureño: “El Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, coordinará todas las actividades públicas de los organismos centralizados y descentralizados de dicho sector, mediante un plan nacional de salud, en el cual se dará prioridad a los grupos más necesitados. Corresponde al Estado supervisar las actividades privadas de salud conforme a la ley”.

⁴⁸ Artículo 59 constitucional nicaragüense: “Los nicaragüenses tienen derecho, por igual, a la salud. El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación. Corresponde al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud y promover la participación popular en defensa de la misma. Los ciudadanos tienen la obligación de acatar las medidas sanitarias que se determinen”.

H. *Paraguay*. Su norma fundamental señala que el Estado protege y promueve la salud como derecho fundamental de las personas (artículo 68).⁴⁹ A continuación, se regula el Sistema Nacional de Salud (artículo 69),⁵⁰ el control de calidad de los productos y el acceso a medicamentos esenciales (artículo 72).⁵¹

I. *República Dominicana*. La Constitución, en su artículo 61,⁵² protege el derecho a la salud, entendida como no estar enfermo, a fin de que toda persona llegue a gozar de adecuada protección contra la enfermedad.

J. *Uruguay*. Su texto constitucional, en el artículo 44, indica que el Estado tiene la obligación de legislar en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas. Además, todos los

⁴⁹ Artículo 68 constitucional paraguayo: “El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad. Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes. Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana”.

⁵⁰ Artículo 69 constitucional paraguayo: “Se promoverá un sistema nacional de salud que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que posibiliten la concertación, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado”.

⁵¹ Artículo 72 constitucional paraguayo: “El Estado velará por el control de la calidad de los productos alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos, en las etapas de producción, importación y comercialización. Asimismo facilitará el acceso de factores de escasos recursos a los medicamentos considerados esenciales”.

⁵² Artículo 61 constitucional dominicano: “Derecho a la salud. Toda persona tiene derecho a la salud integral. En consecuencia: 1) El Estado debe velar por la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable, el mejoramiento de la alimentación, de los servicios sanitarios, las condiciones higiénicas, el saneamiento ambiental, así como procurar los medios para la prevención y tratamiento de todas las enfermedades, asegurando el acceso a medicamentos de calidad y dando asistencia médica y hospitalaria gratuita a quienes la requieran; 2) El Estado garantizará, mediante legislaciones y políticas públicas, el ejercicio de los derechos económicos y sociales de la población de menores ingresos y, en consecuencia, prestará su protección y asistencia a los grupos y sectores vulnerables; combatirá los vicios sociales con las medidas adecuadas y con el auxilio de las convenciones y las organizaciones internacionales”.

habitantes tienen el deber de cuidar su salud y de asistirse en caso de enfermedad. No obstante, se dispone que el Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.

2. *Fuera del catálogo de los derechos fundamentales*

En la Constitución de Colombia, la salud se establece como un servicio público a cargo del Estado (artículo 49)⁵³ y como de-

⁵³ Artículo 49 constitucional colombiano: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Asimismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Asimismo, el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos”.

recho fundamental únicamente para los niños (artículo 44). No obstante, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que el derecho a la salud goza de carácter fundamental cuando su vulneración amenaza o compromete a otros derechos fundamentales, como la vida o la integridad física.⁵⁴ La Corte Constitucional ha determinado tres criterios para dotar de carácter fundamental al derecho a la salud: en razón de su conexidad con otros derechos fundamentales, debido a su importancia frente a sujetos de especial protección constitucional y como derecho fundamental autónomo en relación con su contenido mínimo.⁵⁵

Otros países en los que no se establece el derecho a la salud de forma expresa en el catálogo de derechos fundamentales son los siguientes: El Salvador, en donde la salud es clasificada como un bien público (artículo 65);⁵⁶ Argentina (artículo 42)⁵⁷ y Costa Rica

⁵⁴ Arango, Rodolfo, “El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, núm. 5, octubre-diciembre de 2008, pp. 13 y ss.

⁵⁵ Parra Vera, Oscar, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, Defensoría del Pueblo de Colombia, 2003, pp. 41 y ss.

⁵⁶ Artículo 65 constitucional salvadoreño: “La salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento. El Estado determinará la política nacional de salud y controlará y supervisará su aplicación”.

⁵⁷ Artículo 42 constitucional argentino: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

(artículo 46),⁵⁸ países que incluyen el derecho a la salud como parte de los derechos de los consumidores y usuarios.

VII. DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO

La tradición del derecho a la salud tiene una larga data en la historia de México. Ésta, como en otras partes del mundo, empezó a consagrarse a partir de la asistencia que la Iglesia católica realizó a favor de los enfermos desde el siglo XIII, que en el siglo XVI lo empieza a realizar la Corona española. Efectivamente, en el siglo XVI, en la Nueva España las Leyes de Burgos, en las Leyes de Indias y en las Ordenanzas del virrey Toledo disponen la atención a enfermos y la prevención de enfermedades con la consideración de trabajadores que no debían desarrollar ciertas labores, principalmente respecto a las mujeres embarazadas y los niños y su alimentación. También se llegan a mencionar algunos elementos que sirven para preservar la salud, tales como la alimentación y la vivienda en las Gobernanzas de las Antillas de 1501, en las Ordenanzas del virrey Toledo de 1577 y en las leyes relativas a jornadas laborales del siglo XIX.⁵⁹

Igualmente, en el país hubo entidades que otorgaron protección pública, asistencia social y prestación de servicios de salud desde el siglo XVII y hasta fines del siglo XIX, cuando se expide el primer Código Sanitario de 1891. Posteriormente, al comenzar el siglo XX, en 1917, se cuenta con un Departamento de Salubridad Pública, y en 1943 se crea la Secretaría de Salubridad y Asistencia, a la cual le corresponde conformar la infraestructura hospitalaria y que se transforma en la Secretaría de Salud a partir de 1985.⁶⁰

⁵⁸ Artículo 46, párrafo quinto, constitucional costarricense: “Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos”.

⁵⁹ Lugo Garfias, María Elena, *El derecho a la salud en México. Problemas de su fundamentación*, México, CNDH, 2015, p. 115.

⁶⁰ *Idem*.

A nivel constitucional, fue recién con la reforma de febrero de 1983⁶¹ cuando se estableció que toda persona tiene el derecho a la protección de la salud, tal como dispone actualmente el párrafo cuarto del artículo 4o. constitucional:

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Posteriormente, en agosto de 2001 se realizaron las reformas respectivas al apartado B del artículo 2o. de la norma fundamental,⁶² en el contexto de la reforma que elevó a rango constitucional los derechos de los pueblos indígenas. Igualmente, las fracciones III y V del apartado B del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) se refieren al “acceso efectivo a los servicios de salud” de las comunidades indígenas, tomando en cuenta su medicina tradicional y los rasgos especiales de su alimentación, además del apoyo respectivo a lo relacionado con la educación en este tema. Lo anterior se extiende, desde la reforma constitucional de agosto de 2019, a los pueblos y comunidades afromexicanos (artículo 2o., apartado C, de la CPEUM).⁶³

Como en otros rubros, se ha pronunciado al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). El Pleno de nuestro

⁶¹ Decreto por el que se adiciona con un párrafo penúltimo el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de febrero de 1983.

⁶² Decreto por el que se adiciona un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se reforma el artículo 2o., se deroga el párrafo primero del artículo 4o.; y se adiciona un sexto párrafo al artículo 18 y un último párrafo a la fracción III del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001.

⁶³ Decreto por el que se adiciona un apartado C al artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de agosto de 2019.

máximo tribunal ha entendido que este derecho tiene, entre otras finalidades, el disfrute de servicios de salud; es decir, el goce de las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de las personas. Estos servicios fueron identificados en tres tipos:⁶⁴

- De atención médica, que comprende las actividades preventivas, curativas, paliativas y de rehabilitación.
- De salud pública.
- De asistencia social.

Como parte de los servicios de atención médica, se desprendió que su garantía comprendía la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, en la siguiente tesis aislada de 2000, bajo el siguiente rubro: “SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4O. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS”.⁶⁵

Para 2008, la Primera Sala de la SCJN emitió la tesis con rubro “DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”.⁶⁶ En ella se indicó que el criterio transcrito en el párrafo anterior era compatible con los preceptos convencionales referidos previamente, pues de tales se desprendía que el derecho a la salud conlleva a un conjunto de libertades y derechos con respecto a los cuales debe entenderse que toda persona disfrute de una gama de

⁶⁴ Cossío Díaz, José Ramón (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, México, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 169.

⁶⁵ Tesis P. XIX/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, marzo de 2000, p. 112.

⁶⁶ Tesis 1a. LXV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 457.

facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud, a partir de las medidas que el Estado emprenda para garantizarlos.

También en 2008 el Pleno agregó a su análisis que el derecho a la protección de la salud implicaba la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud. Sin embargo, tal análisis fue matizado, ya que se señaló que era una responsabilidad compartida entre el Estado, la sociedad y los interesados, por lo que el financiamiento de los respectivos servicios no era de exclusividad del Estado, sino que cabía la posibilidad de establecer cuotas de recuperación a partir de criterios relativos a la capacidad contributiva y redistribución del ingreso, a cargo de los usuarios de ciertos servicios públicos de salud y del sistema de protección social en salud. Esto se señaló en la jurisprudencia de rubro “SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 4, TERCER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL”.⁶⁷

Mucho después, ya con la reforma constitucional de 2011, la cual cambió el paradigma de los derechos humanos en nuestro país, en 2015 el máximo tribunal enfatizó, a través de la tesis de rubro “SERVICIOS DE SALUD. LAS OBLIGACIONES DEL PERSONAL MÉDICO DERIVADAS DE SU PRESTACIÓN EN LOS HOSPITALES PRIVADOS NO SE LIMITAN A LAS DISPOSICIONES DE DERECHO PRIVADO”,⁶⁸ que el contenido de este derecho se debía comprender como posibilidad para que las personas disfruten de una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud, por lo que el Estado mexicano tiene la obligación de respetar y hacer efectivo dicho derecho a partir de servicios en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Así, coincidente con la ac-

⁶⁷ Tesis P./J. 136/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 61.

⁶⁸ Tesis 1a. CXXII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 16, t. II, marzo de 2015, p. 1117.

tual Décima Época (marcada por la aludida reforma constitucional de 2011), la SCJN reconoció que su protección implicaba la obligación del Estado de vigilar que actores no vinculados con él interfirieran en el goce de este derecho, puesto que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados.

Ya algo había señalado la Primera Sala de nuestro máximo tribunal en 2013, cuando, en concordancia con lo indicado por la Corte Interamericana (en el *caso Ximenes Lopes vs. Brasil*), estableció, en la tesis aislada de rubro “DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. IMPONE DEBERES TANTO A LOS PODERES PÚBLICOS COMO A LOS PARTICULARES QUE SE DEDICAN AL ÁMBITO DE LA SALUD”,⁶⁹ que el Estado tiene la obligación de prevenir que terceros interfirieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, que son particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud.

Por último, tenemos a la siguiente jurisprudencia emitida por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, de julio de 2016, con el rubro “DERECHOS HUMANOS A LA SALUD Y A UN MEDIO AMBIENTE SANO. LA EFICACIA EN EL GOCE DE SU NIVEL MÁS ALTO, IMPLICA OBLIGACIONES PARA EL ESTADO Y DEBERES PARA TODOS LOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD”.⁷⁰

Además, el derecho a la salud ha sido consagrado en la Constitución Política de la Ciudad de México, en su artículo 9o., literal D.

VIII. CONCLUSIONES

Como hemos podido desarrollar, el derecho a la salud responde quizás a uno de los derechos más importantes que podamos esta-

⁶⁹ Tesis 1a. XXIII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XVI, t. 1, enero de 2013, p. 626.

⁷⁰ Tesis I.7o.A. J./7 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 32, t. III, julio de 2016, p. 1802.

blecer para la existencia humana. Se transforma en el complemento esencial que permite preservar el derecho a la vida, así como a la integridad física y psíquica de cualquier persona.

La evolución de dicho derecho ha estado directamente relacionada con el avance científico, que, desde la segunda mitad del siglo XIX, y con especial énfasis a partir del siglo pasado, permitió encontrar la respuesta a enfermedades tradicionales, a mejorar la calidad de vida de las personas, y con ello aumentar las expectativas de vida de la humanidad.

Sin embargo, y a pesar de la importancia que este derecho implica para la supervivencia de los seres humanos, no hay un consenso respecto a que se trate de un derecho imprescindible y, por ende, que tenga que ser entregado de forma plena por el Estado.

Por tal motivo, su consagración en el catálogo normativo, tanto a nivel nacional como internacional, de los derechos humanos tiene un significado esencial para su exigibilidad y justiciabilidad. Desde la propia definición dada por el Preámbulo de la Constitución de la OMS, hacia 1946, el derecho internacional de los derechos humanos ha ido incorporando de pleno al derecho a la salud, como se ha reseñado que establecen los instrumentos tanto a nivel universal como regional.

De ahí, la salud se ha incorporado en gran parte de los textos constitucionales, especialmente latinoamericanos, ya sea como un derecho de exigibilidad inmediata o como el derecho al acceso a la salud. Igualmente, como es el caso chileno, han existido políticas públicas, de los poderes del Estado, que han permitido ampliar el espectro que cubre el derecho a la salud.

Sigue existiendo, con todo, un peligro actual referido a las negociaciones de los grandes acuerdos comerciales mundiales, como es el caso del TPP-11, que bajo el pretexto de la propiedad intelectual puede llegar a impedir el comercio de los medicamentos genéricos y, con ello, el acceso de amplios sectores de la población que no cuentan con recursos suficientes para pagar a las grandes empresas farmacéuticas.

Éste es el desafío que ha asumido históricamente México, pero que se profundiza a partir de la reforma constitucional de 1983 al artículo 4o., y que tiene plena vigencia hoy: la comprensión del derecho a la salud como un derecho colectivo, que permite el desarrollo pleno de las potencialidades humanas, y que requiere, para su plena exigibilidad, de políticas de Estado que permitan tanto su beneficio directo como de su justiciabilidad en el caso de que sea vulnerado.