

EL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO Y SU GARANTÍA JUDICIAL

Odalinda CHÁVEZ SÁNCHEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Que entendemos por salud*. III. *La salud como derecho humano fundamental*. IV. *Auge y cambio paradigmático de la salud*. V. *Acceso a la justicia*. VI. *Los mínimos esenciales justificables de la salud*. VII. *Mecanismos jurisdiccionales nacionales de protección a la salud*. VIII. *Balance final*.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra reflexión plantea un tema muy actual, la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. La preocupación reinante se centra en asegurar su verdadera vigencia.¹ Mas, dada la variedad de temas insertos bajo ese rubro, dirigimos la atención al derecho a la protección de la salud, pues es un bien jurídico primordial para la vida y condición del progreso estatal. Para ello nos acercamos a revisar cuáles son las posibilidades de los particulares para exigir vía judicial, el cumplimiento de las obligaciones correlativas —al menos las imprescindibles—, derivadas del derecho a la protección de la salud.

II. QUE ENTENDEMOS POR SALUD

Para abordar nuestra temática es menester decir qué se entiende por salud. La Organización Mundial de la Salud, órgano especializado del Siste-

* Doctora en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Se está en la búsqueda de mecanismos efectivos que proporcionen opciones verificables para garantizar su exigencia o en su defecto, indemnizar a los afectados cuando se vean violentados en sus derechos. En 2006, se renegocia el mandato del grupo de trabajo, que ha hecho una labor ardua para adoptar el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

ma de Naciones Unidas, ha señalado que la salud es “no sólo la ausencia de enfermedades, sino un estado completo de bienestar físico y mental... que descansa en la esfera de prácticamente todas las interacciones, sociales y culturales, y es, un componente sinérgico de bienestar social”.²

Existen también ordenamientos jurídicos internacionales³ como es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC),⁴ que en su artículo 12, nos da una noción muy similar de lo que debemos entender por derecho a la protección de la salud: “el derecho de toda persona al disfrute más alto posible de salud física y mental”.

III. LA SALUD COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

Ya introdujimos la concepción del derecho a la salud; pero a qué tipo de derecho nos referimos cuando disertamos sobre la salud. Para explicarlo debemos retomar algunas de las principales ideas expuestas en la teoría del desarrollo de los derechos humanos.

El reconocimiento de los derechos humanos es una consecuencia histórico-racional para proteger a los seres humanos de las constantes transgresiones, en todos los órdenes, que atentan contra su dignidad. La concepción moderna data del siglo XVIII con las declaraciones norteamericana y francesa; movimiento que se ha enriquecido con ordenamientos jurídicos internacionales cada vez más especializados. El punto álgido de internacionalización se da a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (en adelante DUDH), su mérito consiste en elevar en el ámbito internacional la protección de los derechos humanos,⁵ y en ella se recoge inicialmente el derecho a la salud como un derecho huma-

2 Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Nueva York, 22 de junio de 1946.

3 Véase artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 de noviembre de 1988.

4 Adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

5 Buergenthal, Thomas, “Derecho e instituciones internacionales sobre derechos humanos”, en Fuenzalida-Puelma, Hernán L. y Scholle Connor, Susan (coords.), *El derecho a la salud en las Américas: estudio constitucional comparado*. Washington, D. C., núm. 509, 1989, p. 5.

no,⁶ que luego sería abordado puntualmente por instrumentos jurídicos internacionales vinculantes y específicos de gran trascendencia como el PIDESC.

Tan importante es la atención de la salud de la población, que este rubro ha sido tomado como un referente de primer orden para medir mundialmente el desarrollo humano por parte del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Ya no se concibe el progreso de los Estados, ni la riqueza de los pueblos sin una adecuada atención a la salud.⁷

En 1978, una trascendente reunión de Ministros de Salud en Alma-Ata, ex URSS, auspiciada por la Organización Mundial de la Salud y el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, con motivo de la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de la Salud, reconoció expresamente a la salud como un derecho fundamental, subrayándose su importancia social a escala mundial en prácticamente cualquier actividad humana.⁸

Desde una perspectiva jurídica moderna, Prieto Sanchís⁹ nos ofrece parámetros para discernir cuándo estamos en presencia de un derecho humano fundamental. Los rasgos de universalidad (que el derecho les pertenecen a todos de igual manera) y la primacía (que el derecho debe prevalecer en cualquier caso) son los elementos distintivos. Si aplicamos al derecho a la protección de la salud el primer parámetro, vemos que efectivamente todos lo deben gozar, aunque la condición social de algunos “grupos” haga de éste una demanda más que urgente para que contribuya el Estado, mientras que para otros no.

En cuanto a la preeminencia, hay que considerar que si el derecho a la salud está inserto en el bien jurídico mayormente tutelado que es la vida,¹⁰ entonces, qué otro bien le puede ser oponible; estimamos que ninguno. Al proteger la salud estamos protegiendo el consagrado valor de la vida; por tanto, necesidades básicas.¹¹

6 Véase artículo 25 “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica...”.

7 Derbez, Julio, “Son los países sanos los que se vuelven ricos”, entrevista con Julio Frenk Mora, secretario de Salud, *Vértigo*, pp. 13 y ss.

8 Declaración de Alma Ata, en Kazajastán ex Unión Soviética; Aprobada en la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud del 6-12 de septiembre de 1978, OMS, Ginebra, Suiza.

9 *Derecho y justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 502 y ss.

10 Véase artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

11 Las necesidades básicas son una buena razón para justificar la exigencia del derecho a la salud. El motivo es estrictamente orgánico, de supervivencia, de la que depende

IV. AUGE Y CAMBIO PARADIGMÁTICO DE LA SALUD

Previa a la Segunda Guerra Mundial, la atención sanitaria era parte de las actividades tradicionales del Estado. En el cambio de paradigmas, la Organización Internacional del Trabajo jugó un papel relevante al subrayar la importancia de la salud para el desarrollo social.¹² Esto, junto con las cada vez más agobiantes condiciones de salud pública, urgió la intervención del Estado, ya no con prácticas caritativas o de beneficencia en materia de higiene pública; sino con actuaciones positivas, obligatorias e inaplazables por parte del gobierno, esto es; se sustrae el margen de discrecionalidad para actuar.

Como vemos, no es que en la actualidad las cuestiones de salud se hayan sencillamente puesto de moda. Los constantes y cada vez mayores embates a la atención de la salud pública de los pueblos ha evidenciado que se requieren mayores técnicas e infraestructura para su protección. De ahí que en el reconocimiento de los derechos humanos, el pensamiento jurídico hable de generaciones de derechos humanos, tomándose como base las razones históricas de su exigencia, cuya evolución ha estado ligada al papel que juega el Estado.

El derecho a la protección de la salud, aunque ya forma parte de los derechos sociales, no fue inicialmente reconocido junto con los primeros derechos. Simplemente, en el protagónico ejemplo mexicano, el derecho universal a la salud aparece mucho después— casi 66 años— de aprobada la Constitución de 1917, a pesar de que la Constitución mexicana ya había marcado una etapa evolutiva hacia el siglo XX, con el reconocimiento expreso de algunos de los derechos humanos de carácter social, v. g. educación, trabajo.

La adición del derecho a la salud en el marco constitucional buscó una intervención dirigida, con acciones concretas y eficientes por parte del Estado, hacia un rubro que estaba con gran rezago —la salud de la población¹³— y

la vida. Doyal, Len y Gought, Ian, *Teoría de las necesidades humanas*, Madrid, Icaria, 1994, citado por Añón Roig, María José y Añón, José María (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 141 y 143.

¹² Fuenzalida-Puelma, Hernán L. y Susan Scholle Connor (coords.), “Análisis y Reflexiones”, *El derecho a la salud en las Américas: Estudio constitucional comparado*, cit., nota 5, p. 546.

¹³ Se recomienda ver la exposición de motivos de la adición al artículo 4o. constitucional, Soberón Acevedo, Guillermo *et al.*, *El derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Porrúa, 1983, p. 161.

que el libre mercado no podía reactivar por sí solo,¹⁴ ni tampoco podrían ser aseguradas por esfuerzo personal de aquellos en condiciones más desventajosas que el resto de la población.

En México la inserción constitucional del derecho a la salud se dio hasta el 3 de febrero de 1983, con la reforma al artículo 4o. en el que se reconoció textualmente: “Toda persona tendrá derecho a la protección de la salud...”. De ninguna manera lo ocurrido significa que las demandas revolucionarias que dieron pie a los primigenios derechos sociales en nuestra Carta Magna, hayan olvidado los reclamos de salud en el país de aquel momento; tan fueron considerados que se plasmó el derecho a la atención médica de los trabajadores¹⁵ en el artículo 123 constitucional; sentándose así las bases para la seguridad social, vital pilar del Sistema Nacional de Salud. No obstante, se hizo necesaria la inclusión del artículo 4o. para alcanzar a la población abierta, que no estaba amparada por sistemas de seguridad social, es decir; ya no se trataba del derecho de unos cuantos, sino de todos.

La característica de universalidad es propia del catálogo de derechos humanos. Término usado para decir que no cabe frontera alguna para su validez¹⁶ o bien, que importan igualmente a todos. No obstante lo llano de la idea, la universalidad como rasgo común a todos los derechos humanos, ha sido no pocas veces debatido en virtud de las dificultades de operatividad entre unos y otros derechos. Prieto Sanchís¹⁷ profundiza en las diferencias entre derechos individuales y derechos sociales, y subraya que éstos últimos tienen características de concreción y por tanto cuestiona la supuesta universalidad. Los derechos económicos, sociales y culturales no interesan a todos por igual — agrega —; sino más bien se instalan en las esferas de desigualdad; por ello es que se perciben bajo la perspectiva comunitaria, en donde grupos concretos hacen un llamado urgente por sus condiciones de precariedad, mientras que otros grupos ya han colmado satisfactoriamente esos requerimientos.

¹⁴ Eide, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales, Estrategia del nivel mínimo”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, núm. 43, diciembre de 1989, p. 50.

¹⁵ Bojorquez, Juan de Dios, *Crónica del Constituyente*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1992, pp. 103-115.

¹⁶ Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., *Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2004, pp. 21 y 22.

¹⁷ Véase del autor, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1980, p. 45.

Al parecer, ese relativismo o analogía —como lo dice Beuchot¹⁸— se percibe de la lectura integral del artículo 12 del Pacto citado. En aquel momento la evolución del concepto de salud se mostraba como un propósito escalonado de estado, dirigido en primera instancia a grupos concretos i.e. niños: reducción de la mortinatalidad, mortalidad infantil y el sano desarrollo.

A pesar de los anteriores argumentos, la universalidad - como derecho válido en cualquier lugar — está inserta en el derecho social a la salud, pues no es que a unos se les permita o autorice proteger su derecho a estar saludables y a otros no; es decir, vale para todos. La supuesta relatividad estriba en que unos grupos sociales urgen ayuda externa y otros sectores, que también les interesa su salud, tienen recursos para atenderse en instancias privadas.

Ha quedado comprendido que el derecho a la protección de la salud es un derecho humano fundamental que tenemos todos. Este derecho subjetivo inmanente a la persona —a todos nosotros—, nos permite afianzar jurídicamente su respeto con el reconocimiento en el derecho positivo vigente.¹⁹

V. ACCESO A LA JUSTICIA

El punto medular de este trabajo es analizar cuándo se puede ejercer este derecho.²⁰ Dicho de otro modo, cómo se hace efectiva su garantía ante el sistema de justicia. Entraremos a una discusión por sumo vigente, la tutela efectiva de los derechos considerados por muchos de contenido programático, que más que traer aparejada una obligación, son meras buenas intenciones.²¹ En última instancia, se trata de contar con mecanismos que proporcionen la real exigibilidad a los derechos sociales.²²

¹⁸ Véase su trabajo intitulado *Derechos humanos: historia y filosofía*, México, Fontamara, 1999, pp. 67-69.

¹⁹ *Ibidem*, p. 13.

²⁰ La distinción entre garantía y derecho es que aquélla es el mecanismo para la protección del derecho. Las garantías jurisdiccionales permiten una defensa específica del derecho a través de procesos e instituciones, esto es; recursos, juicios, etcétera. Y por último están las garantías institucionales, cuando otras instituciones indirectamente permiten la protección del derecho, por ejemplo la iniciativa popular, el referéndum, el Defensor del Pueblo. Añón Roig, María José y Añón, José María (coords.), *op. cit.*, nota 11, pp. 205 y 206.

²¹ *Ibidem*, p. 101.

²² La exigibilidad del derecho es la esencia de la noción de lo jurídico. *Ibidem*, p. 103.

Antes de proseguir, queremos anotar lo que entenderemos por justicia. No pretendemos abordar aquí la teoría de la justicia, solo expresar la idea del resultado que se espera obtener con la exigencia de un derecho. La justicia es un término que desde Aristóteles se ha asimilado a la igualdad. Pero, tanto la justicia como la igualdad, a veces entendida ésta como equidad, son conceptos que cobran sentido a partir de un orden social.²³ Todavía más, la equidad va más allá del carácter abstracto, aplica la justicia a los casos concretos.²⁴

Dicho lo anterior habría que desentrañar cuál es la justicia que reclama la protección de la salud. En términos amplios, conforme al principio de equidad, podemos decir que la salud se traduce en igualdad de oportunidades de acceso de atención sanitaria, dicho de otro modo; nivela las desigualdades de hecho —niños de la calle, desempleados, amas de casa, ancianos abandonados, etcétera— con acciones legislativas, políticas, sociales, etc., y por supuesto, con instancias legales accesibles, justas y efectivas para exigir al sujeto o sujetos obligados la observancia del derecho. Nuestro interés aquí se mueve hacia las garantías judiciales que resguardan el derecho.

De lo que hablamos aquí es, si la defensa de la salud como derecho humano fundamental trae aparejada o no, y en qué medida, la garantía judicial. Expresado en otros términos; si en México el derecho a la salud es justiciable ante los tribunales domésticos.

El término justiciabilidad se enuncia cuando se tiene la posibilidad de reclamar ante las autoridades judiciales el cumplimiento de las obligaciones correlativas al derecho.²⁵ Sabemos que no exclusivamente los jueces administran justicia; existe lo que se conoce como justicia alternativa²⁶ y las vías administrativas de solución de conflictos.

²³ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, 7a. ed., trad. Garzón Valdés, Ernesto, México, Fontamara, 1997. p. 46.

²⁴ Perez Portilla, Karla, *Principio de Igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 17.

²⁵ Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002. p. 37.

²⁶ Habitualmente se entiende la actividad judicial como el único acceso a la justicia; pero esta concepción se ha expandido hasta incluir vías alternativas, muchas veces en sede judicial, para dirimir conflictos a través de la mediación o conciliación. En México las experiencias son muy recientes; apenas en 1997 apareció en Quintana Roo el primer centro, luego de algunos años se ha llegado a conformar 20 centros. En el Distrito Federal el Centro de Justicia Alternativa se estatuye el 1o. de diciembre de 2003. Para mayor información puede consultarse <http://www.tsjdf.gob.mx/justiciaalternativa/index.html>.

VI. LOS MÍNIMOS ESENCIALES JUSTICIABLES DE LA SALUD

Un primer paso para tratar las garantías de protección del Derecho de Protección a la Salud (en adelante DPS), es identificar los compromisos generales del Estado respecto a los derechos sociales; además de los contenidos mínimos, en este caso del DPS.

En cuanto a las obligaciones de los Estados parte del PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (órgano supervisor de la observancia del Pacto) ha hecho referencia a las obligaciones en general.²⁷

Las *obligaciones de respeto* están vinculadas con la no—interferencia en el ejercicio protegido. Aunque parezca repetitivo y obvio, primero debe abstenerse de lesionar el ejercicio del derecho, lo que es lo mismo no mandar o ejecutar acto alguno que dañe la salud de una comunidad o un individuo, por ejemplo, abstenerse de establecer una planta con uso de materiales peligrosos cerca de una población.

Obligaciones de protección, el Estado tiene que establecer mecanismos que garanticen el goce del derecho, con medidas que puedan accionarse contra cualquiera que pretenda limitar o quebrantar el derecho. La omisión es la violación común; como cuando no se prevén recursos eficaces para canalizar las demandas de la población.

En las *obligaciones de cumplimiento* se precisa una actuación positiva por parte del Estado para hacer, promover o dar a cada persona oportunidades que le permitan obtener la satisfacción de las necesidades mínimas reconocidas por los derechos sociales, que de lo contrario no podrían ser aseguradas por esfuerzo propio.²⁸ Estas pueden expresarse en políticas preventivas, de dotación directa de bienes, v.g. vacunas, despensas, etcétera. Las omisiones a este mandato constituirán evidentes violaciones. Por ejemplo, dejar de administrar vacunas a un grupo poblacional, piénsese en comunidades indígenas o la falta de atención médica²⁹ o medicamentos, etcétera.

²⁷ Cfr. E/1991/23 del 14 de diciembre de 1990, *Índole de las obligaciones de los Estados partes*, Observación General, núm. 3.

²⁸ Obligación que puede ser realizada en forma indirecta a través de asistencia o apoyo a la comunidad: como la capacitación para el trabajo o directamente por medio del otorgamiento de los recursos, ejemplos: ayuda social, despensas en casos de desastres, apoyo a personas de edad avanzada o con deficiencias. Asbjørn, Eide, *op. cit.*, nota 14, pp. 47-51 y Añón Roig, María José y Añón, José María (coords.), *op. cit.*, nota 11, p. 206.

²⁹ El artículo 32 de la Ley General de Salud entiende por atención médica: el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud.

La acotación sobre niveles esenciales de salud es relevante porque el tema tiene una dimensión amplísima, tanto en su vertiente individual (atención materna, infantil, de planificación, salud mental, rehabilitación, salud bucal, diagnóstico temprano, nutrición, actividades de asistencia social a grupos vulnerables, etcétera.) como en su vertiente pública (relacionada con situaciones variadas que afectan la salud de la comunidad, cuyo contenido incluye vacunas, agua potable, medio ambiente, productos para el consumo humano, educación para la salud y tanto más).

Sobre este particular tenemos un estudio cuyo propósito fue exactamente ese, desentrañar los contenidos de protección inexcusables de la salud de la población para establecer parámetros de eficacia.³⁰ En los resultados pudimos apreciar que hay mucha cercanía con lo que la propia Suprema Corte de Justicia resolvió,³¹ para resumir se trata de atención primaria³² o servicios básicos de salud³³ que se traduce en atención médica con disponibilidad de medicamentos. Si partimos del hecho que el precepto constitucional es totalmente omiso; en cierta medida, el criterio del máximo tribunal de justicia vino a colmar algunas lagunas y hasta posibles confusiones respecto al tipo de servicios que derivan de la garantía constitucional.

Con lo ya avanzado, podemos deshilvanar la garantía judicial del derecho a la salud en relación con sus mínimos esenciales. Al hablar de exigencia jurídica de un derecho, nos lleva a retomar al sujeto obligado frente al titular del derecho subjetivo. En los tratados internacionales de derechos humanos, como se sabe, se apunta a los Estados con el compromiso principal para garantizar los derechos en ellos contenidos.³⁴ La forma en que el estado enfrentará sus compromisos en materia de salubridad general, dependerá de la distribución de las competencias entre la federación y las entidades federativas (artículo 73 fracción XVI Constitución Política de los Estados Unidos Me-

30 "El problema de efectividad del derecho a la protección de la salud".

31 Amparo en revisión 2231/97. Suprema Corte de Justicia (Pleno), "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", novena época, materia constitucional, fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; tomo: XI, marzo de 2000, tesis aislada, p. XIX/2000, p. 112.

32 Véase Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, punto 6 de la Declaración de Alma-Ata, de 1978.

33 Artículo 27, fracciones II, III, VIII y X de la Ley General de Salud.

34 Artículo 2o. del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales.

xicanos [en adelante CPEUM]) y conforme a las bases y modalidades que defina la propia ley reglamentaria (artículo 4o. CPEUM³⁵)

La Ley General de Salud (en adelante LGS),³⁶ ley reglamentaria del artículo 4 párrafo 3 constitucional, se ha encargado de establecer con mayor detalle las formas para hacer operante el derecho de todos de atención a su salud. En ella se hace referencia a los servicios de salud, formas de servicio, grupos prioritarios, a los prestadores de servicios y otros (artículo 3o., 13 y 18 de la LGS). La ley considera, además del estado, a otros prestadores de servicios médicos. El artículo 34 de la LGS clasifica a los servicios de salud atendiendo al prestador del servicio: por una parte están los servicios de salud que se brindan en establecimientos públicos, ya sea a población asegurada a través de instituciones de seguridad social, como Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) o Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), y a la no asegurada, vía Secretaría de Salud u otros programas específicos. Por la otra parte, los particulares: personas físicas o morales con licencia del Estado y de conformidad con lo que establezca la autoridad sanitaria, podrán igualmente ofrecer dichos servicios.

Entonces ¿qué compromisos vinculados con el derecho a la salud tienen los prestadores de servicios médicos particulares?³⁷ Quienes brindan servicios sanitarios privados sí tienen deberes; pero éstos, de entrada, no pueden ir más allá de lo contratado en el servicio; ya que el Estado, sea en el ámbito local, estatal o federal es el principal protector y garante del derecho a la salud. Sin embargo podría el Estado imponer a los prestadores privados, como parte de esas medidas positivas necesarias establecidas en el PIDESC artículo 12.2, obligaciones relacionadas con la atención de la salud, por ejemplo: exigiéndoles una cobertura específica. Ya que los servicios privados además de atender sus intereses comerciales, adquieren igualmente un compromiso social como lo supone su propia razón de existir; pues velan por bienes jurídicamente protegidos en los más im-

35 Dicho precepto sienta marco jurídico para la actividad estatal y las modalidades del servicio sanitario nacional. Moctezuma Barragán, Gonzalo, "Perspectivas de la Legislación de la Salud", *Los grandes problemas jurídicos. Recomendaciones y propuestas*, Estudios jurídicos en Memoria de José Francisco Ruiz Massieu, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 216.

36 *Diario Oficial de la Federación* del 7 febrero de 1984.

37 Entiéndase los servicios que no son del Estado, servidos privados o sociales en los términos del artículo 34 Ley General de Salud.

portantes ordenamientos legales, tanto constitucional como internacionalmente.³⁸

Ya delineados los elementos básicos incluidos en el derecho a la protección de la salud, podemos comenzar por decir que toda persona tiene derecho a exigir como mínimo: recibir atención preventiva.

La medicina preventiva es el primer rubro de la salud pública y también el primer elemento indispensable de protección del derecho a la salud. Las medidas preventivas tienden a evitar el daño y riesgos a la salud, mediante la ruptura del ciclo natural de la enfermedad o el incremento de la capacidad de resistencia individual. Es común que estas medidas se lleven a cabo mediante campañas nacionales, por lo que el Estado, a través de sus órganos designados, asume la responsabilidad principal.

Las autoridades de salud son quienes deben señalar la estrategia para el despliegue de una amplia gama de actividades generales como: educación para la salud (artículo 112 LGS), educación sexual y reproductiva, planificación familiar (acciones promotoras de salud, artículo 110 y 111 LGS), hábitos nutricionales y de higiene (condiciones para la preservación de la salud y prevención de enfermedades). Dentro de las actividades específicas encontramos la prevención de enfermedades transmisibles (abatimiento de enfermedades infecto-contagiosas³⁹), no transmisibles (prevención de enfermedades crónico-degenerativas) y accidentes.

Encontramos que las violaciones más persistentes de la atención preventiva se dan en prevención general,⁴⁰ siendo las mujeres las principalmente

38 La posibilidad de exigir derechos constitucionales a los particulares es motivo de grandes debates. En la actualidad la Corte Suprema de Argentina ha extendido efectos a los prestadores no estatales, sobre el cumplimiento de las obligaciones constitucionales en materia de salubridad. *Cfr.* Courtis, Christian, “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud en Argentina”, *Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos*, México-Unión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 294-305.

39 Es notorio el éxito que México ha tenido en las campañas de inmunización, desde que en 1979 instauró la cartilla nacional de vacunación dirigida a menores de cinco años y llegó a prácticamente toda la población. Es verdad que hay otros peligros pandémicos latentes: como la gripe aviar, donde se incurriría en violación en caso de que no se tomaran medidas para dar respuesta a la epidemia potencial de la enfermedad.

40 *Cfr.* Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Manual para la calificación de hechos violatorios de Derechos Humanos*, México, CNDH, 1998 y Soberanes Fernández, José Luis, “La protección de la salud en la Comisión Nacional de los Derechos Hu-

afectadas. Se han denunciado prácticas recurrentes por personal de instituciones de salud pública federales y estatales,⁴¹ donde sin mediar consentimiento de la mujer o de la pareja o habiéndolo obtenido mediante el engaño, se le coloca a la mujer por la fuerza, un dispositivo intrauterino para el control natal o bien se le esteriliza. La práctica no sólo vulnera el derecho de la protección de la salud, va en detrimento de la libertad de decisión de la vida reproductiva de la mujer y el derecho al consentimiento informado,⁴² se trata de un abuso que entraña violencia sexual grave.⁴³ Esta forma de abuso sexual, mediante imposición de métodos de planificación familiar, está comprendida en el fenómeno de pobreza y discriminación. Recientemente el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, órgano supervisor de la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁴⁴ instó al gobierno mexicano a perseguir judicialmente la esterilización forzada que sufren los pueblos indígenas⁴⁵ v.g. Chiapas, Guerrero y Oaxaca. Aquí podemos notar que la violación a derechos colaterales como la no discriminación, es una forma de exigibilidad indirecta de protección del derecho a la salud.⁴⁶

manos”, *Temas selectos salud y derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 182-184.

41 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de la Mujer* (en línea), disponible en: http://www.cidh.org/countryrep/Mexico98sp/capitulo-9.htm#N_179_párrafo_628_y_642 [accesado el 20/05/06].

42 Contemplado como derecho en la CPEUM artículo 4o., párrafo 2. En la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo 1994). En la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995).

43 Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer y el Protocolo Opcional, 1979/1999. También en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, del 17 de julio de 1998 (artículos 7o. y 8o.) considera la esterilización forzada como crimen de lesa humanidad.

44 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), del 21 de diciembre de 1965.

45 Véase 68 periodo de sesiones del Comité en Ginebra, donde compareció la delegación mexicana el 20 de febrero de 2006 a razón de su 15o. informe periódico (CERD/C/473/Add.1) presentado el 19 de mayo de 2005. Se hicieron observaciones, comentarios y consideraciones el 24, en párrafo 33.

46 Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 25, pp. 169 y ss. Otro caso digno de tomarse en cuenta, de protección indirecta a la salud, fue tesis aislada del Pleno de la Suprema Corte en relación a la violación al artículo 4o. constitucional por el tratamiento diferenciado que hacía la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, entre hombres y mujeres para acceder a los servicios sanitarios de la institución. Novena Época Instancia: Pleno Fuente: *Semanario Ju-*

En lo concerniente a la tutela judicial de tales prácticas, la LGS tipifica como delito la esterilización forzada (artículo 67⁴⁷), la que por negligencia, impericia o incluso dolo, da pie a presentar la denuncia correspondiente por el delito contra la vida y la salud en figura de homicidio culposo, lesiones, daño y lo que resulte.⁴⁸

Otro aspecto imprescindible de la salud es el derecho de recibir atención médica en caso de urgencia. Se considera servicio de urgencia todo problema médico-quirúrgico agudo, que ponga en peligro la vida, un órgano o una función y que requiera atención inmediata (artículo 72 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica [en adelante RLGS]). Los servicios de urgencias comprometen a todos los establecimientos que se dediquen a la atención médica, sean de naturaleza pública, social o privada, debiendo brindar el servicio el centro de atención cercano a donde ocurra la urgencia (artículo 71 RLGS). La atención de urgencia conlleva la valoración y el tratamiento hasta lograr la estabilidad del usuario o bien, hasta que el usuario pueda ser transferido a la institución médica de su elección o institución del sector (artículo 74 RLGS).

Por lo que a urgencias médicas se refiere, la violación más común es la negativa de atención médica,⁴⁹ omisión que no es exclusiva de los servicios de urgencias, sino de la atención médica en general. Excepto que en el caso de urgencias médicas ante la premura, es evidente que se ponen en peligro la vida. Si la urgencia es ante las instituciones públicas de salud, normalmente se establecen procedimientos administrativos sumarios internos que se tramitan en un plazo breve.⁵⁰ También se puede acudir a instancias

dicial de la Federación y su *Gaceta*, t. X, agosto de 1999, tesis: P. LIX/99, p. 58, materia: Constitucional, Laboral Tesis aislada.

⁴⁷ El artículo 421 del mismo ordenamiento previene como sanción una multa equivalente de 4,000 a 10,000 veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate. Que se duplicará en caso de reincidencia, artículo 423.

⁴⁸ Conforme al artículo 228 del Código Penal para el Distrito Federal, los profesionistas son responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, sin perjuicio de lo previsto en otras normas, además de la separación temporal o definitiva de su profesión.

⁴⁹ *Cfr.* Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Manual para la calificación de hechos violatorios de Derechos Humanos*, México, CNDH, 1998.

⁵⁰ Por ejemplo, la institución pública con mayor número de derechohabientes como es el Instituto Mexicano del Seguro Social, instauró una Coordinación General de Atención y Orientación al derechohabiente para dar atención inmediata —cuarenta y ocho ho-

no jurisdiccionales conciliatorias (Comisión Nacional de Arbitraje Médico o Comisión Nacional de los Derechos Humanos⁵¹); empero la vía coercitiva para establecer la responsabilidad civil o penal que proceda, así como la restitución de gastos es claramente la acción judicial.⁵²

Finalmente nos referiremos a los aspectos de diagnóstico temprano, tratamiento oportuno y rehabilitación como parte de los mínimos esenciales del derecho a la salud.

Por lo que se refiere a los servicios auxiliares de diagnóstico, éstos operan bajo licencia de las autoridades de salud y deben observar los requisitos que la misma Secretaría de Salud emite mediante normas técnicas.⁵³ De acuerdo con el RLGS, los servicios de estudio y evaluación de enfermedades humanas pueden ser: laboratorios de patología, histopatología, citología; gabinetes de radiología, ultrasonografía, tomología, etcétera (artículo 140 RLGS).

En la práctica se advierten dos situaciones de inobservancia del diagnóstico temprano, ajenas al titular del derecho. Una tiene que ver con las acciones progresivas del Estado para ir creando condiciones propicias, que podrían ser: centros de detección, valoración y diagnóstico de enfermedades humanas, conforme a los criterios establecidos en la norma oficial (artículo 15 RLGS). Cuando se detecte que la falta de infraestructura vulnera el ejercicio del derecho, las acciones judiciales de los particulares, pueden contribuir a

ras—, en tratándose de negativa o demora de los servicios por parte de la institución. *Cfr.* Bases de coordinación que celebran la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y el Instituto Mexicano del Seguro Social, para la atención de quejas médicas por la prestación de servicios; suscrito el 25 febrero de 1998, en México.

51 También pueden acudir a la Conamed, a la CNDH o Comisiones estatales de Derechos Humanos. La primera es un órgano de la Secretaría de Salud que tiene como propósito conciliar conflictos entre usuarios y prestadores de servicios médicos. La CNDH es competente solo cuando se trate de hechos presuntamente violatorios de derechos humanos por servidores públicos.

52 Suprema Corte de Justicia (Pleno), “Seguro social. La acción de pago ejercitada contra el instituto por gastos efectuados con motivo de la negativa a brindar asistencia médica u hospitalaria a un asegurado, beneficiado o pensionado, o por resultar eficiente, es de naturaleza y su conocimiento corresponde a un juez del fuero común”. Contradicción de tesis 35/97, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito y el Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, novena época, 7 de diciembre de 2000, *Semanario Judicial de la Federación*, tesis P./J.1/2001, p. 12.

53 Por ejemplo: NOM-146-SSA1-1996 de rayos X o NOM-208-SSA1-2002 sobre ultrasonido.

revisar las políticas públicas sanitarias, presupuesto y planeación o más, de los centros de atención, a fin de permitir a los habitantes regionales o locales las condiciones idóneas para que protejan su salud.⁵⁴ La otra situación de infracción al derecho se presenta donde ya se cuenta con laboratorios o gabinetes de diagnóstico, pero se niega el acceso al servicio o no se informa debidamente al paciente de su estado de salud (artículo 30 RLGS), esta situación de incumplimiento parcial admite alegar discriminación.⁵⁵ México ya inició la ruta en ese camino, por ilustrar con un ejemplo: en 1995, se tramitó un caso de protección del derecho a la salud vía desacato al derecho de no discriminación.⁵⁶ Estrategia que es aplicable a todos los derechos sociales, especialmente cuando el cumplimiento es fragmentado.

En cuanto al derecho a tratamiento médico oportuno como parte de los mínimos esenciales del cuidado de la salud, hay que subrayar que los medicamentos del cuadro básico forman parte de ese rubro⁵⁷ y por tanto, el estado tiene que encontrar formas de hacerlos accesibles a través de sus diferentes instituciones de salud.

Las transgresiones comúnmente detectadas en cuanto a la atención curativa y a la rehabilitación⁵⁸ son: negativa del servicio, abandono o demora de la atención médica, aislamiento hospitalario, maltrato, mala prestación del servicio⁵⁹ y hasta investigaciones ilegales en los pacientes. En tratán-

54 Cuando el incumplimiento es total se hace más difícil concebir la exigencia concreta y directa vía judicial, v.g. la construcción de albergues, hospitales, etcétera, empero las acciones jurisdiccionales hasta ahora intentadas han contribuido a replantear las políticas estatales. Añón Roig, María José y Añón, José María (coords.), *op. cit.*, nota 11, pp. 211, 215 y 216.

55 *Ibidem*, pp. 211, 213, 214 y 215.

56 *Cfr.* Tesis aislada, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena época, 11 de diciembre de 1995, tesis VI.2º.37P, p. 574.

57 *Cfr.* Tesis aislada, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XI, marzo de 2000 tesis: P. XIX/2000, p. 112.

58 La rehabilitación incluye acciones tendientes a limitar el daño y corregir la invalidez física o mental. Se trata de un conjunto de medidas encaminadas a mejorar la capacidad de una persona para realizar por sí misma, actividades necesarias para su desempeño físico, mental, social, ocupacional y económico, por medio de órtesis, prótesis, ayudas funcionales, cirugía reconstructiva o cualquier otro procedimiento que le permitan integrarse a la sociedad. Artículo 135, fracción II, del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica.

59 La mala prestación del servicio, no se considera violación al derecho constitucional. Moctezuma Barragán, Gonzalo, "El derecho a la protección de la salud", *Memoria del IX Simposio, Revista Conamed*, vol. 10, núm. 1, enero-marzo, 2005, p. 15. A pesar de

dose de ancianos, existen quejas reiteradas por manejo indiscriminado de medicamentos poco eficaces en cárceles, hospitales, psiquiátricos, asilos, etcétera.⁶⁰

Como medidas para exigir estos aspectos del derecho a la salud, podemos retomar lo previamente anotado respecto de las posibles acciones judiciales —y hasta instancias administrativas— ya sea para reivindicar o indemnizar los daños causados; táctica también aplicable para servicios de naturaleza privada, cuando se demuestre haber obrado negligentemente, hecho investigaciones ilícitas, haber maltratado y en general, dado una inadecuada prestación del servicio médico.

VII. MECANISMOS JURISDICCIONALES NACIONALES DE PROTECCIÓN A LA SALUD

Desde otra perspectiva más amplia, veamos algunos mecanismos judiciales loables para la defensa del derecho a la salud en el sistema jurídico mexicano.

Las personas que se sientan lesionadas en su derecho a la salud con motivo de una relación profesional, cuentan para su defensa con mecanismos judiciales; sin descartar las vías administrativas internas de las instituciones públicas de salud y los mecanismos no-jurisdiccionales operables.

Los profesionales de la ciencia médica tienen responsabilidad⁶¹ por los servicios y trabajos realizados con los pacientes. El actuar con negligencia

ello nosotros pensamos que puede ser interpretado como violación al derecho constitucional de protección de la salud, pues el mismo precepto 4o., CPEUM, textualmente dice que la ley establecerá las bases y modalidades. Concibiéndose por base, los elementos de conformación, y por modalidades, la forma particular en que se manifiesta u ofrece el servicio. La obligada referencia a la Ley General de Salud nos remite al artículo 51: “Los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares”. De suerte que con una interpretación más extensa, la calidad del servicio forma parte del derecho constitucional a la salud.

⁶⁰ Las afectaciones recurrentes al derecho a la salud se consideraron a partir de los informes de la Conamed y la CNDH.

⁶¹ Entenderemos por responsabilidad: la obligación que se impone a toda persona de reparar, compensar y satisfacer de manera justa y en grado diverso, según sea la cualidad y la calidad del perjuicio, el daño ocasionado a un tercero o bien, por haber cometido un acto ilícito o bien, por haberse abstenido de cumplir la ley moral, civil o penal.

o impericia y por supuesto con dolo,⁶² permite la acción ante instancias judiciales. Bastaría la relación entre el médico, técnico o personal auxiliar y el paciente,⁶³ la falta médica (descuido, negligencia, impericia, morosidad, distracción, inadvertencia, apatía, precipitación) y el daño, como consecuencia directa de la falta.

a) El juicio civil es una vía jurisdiccional ante los juzgados civiles del orden común, para exigir el pago de daños⁶⁴ y perjuicios⁶⁵ causados en la persona o bienes del ofendido, siempre que el daño no se produzca con dolo, *i.e.* cuando el hecho causante del daño no se tipifique como delito.

Para efectos de comprobar la mencionada relación en tratándose de prestaciones sociales a cargo del Estado, el acto jurídico requerido es la obligación de aquel de proporcionar servicios de salud. De hecho, hay instancias administrativas internas en las instituciones públicas de salud, que permiten la reparación del daño causado como una forma emergente y expedita de la acción civil. Siempre se está obligado a la reparación, independientemente de que el obrar configure un acto ilícito (artículo 1910 del CCDF). Para determinar los montos para la indemnización por el daño causado hacia una persona, se atenderá a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo y a la multa cuyo monto determina el juez (artículos 1915, 1916 y 1927, CCDF). Resta decir, que la acción civil de reparación por daño ante un juez de lo civil prescribe a los dos años después de causado (artículo 1934, CCDF).

62 Forma parte de la responsabilidad moral. El dolo ocasionado por la mala fe de causar daño al paciente trae consigo responsabilidad ante la jurisdicción penal. Moctezuma Barragán, Gonzalo, *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*, 1a. reimpresión de la 2a. ed., México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura-UNAM, 2002, p. 124.

63 Excepto que se trate de una urgencia, en que no se haya podido convenir o se haya intervenido con fines altruistas o científicos ajenos a los profesionales. *Ibidem*, pp. 126 y 127.

64 Por *daño* entendemos la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio de uno, por falta de cumplimiento de una obligación. El daño compromete la integridad física y mental. Daño moral es la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás (artículo 1916, CCDF). Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. En caso de daño moral la reparación debe ser en dinero con independencia de la indemnización por el daño físico (artículo 2108, CCDF).

65 Por *perjuicio*, la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación (artículo 2109, CCDF).

b) Las personas que resulten afectadas por omisiones o actos médicos a causa de culpa o dolo, pueden denunciar los hechos presuntamente delictivos.⁶⁶ En tratándose de profesionales de la salud, es común que la responsabilidad penal sea con motivo de impericia o negligencia; esto es, delitos culposos más que intencionales, que pueden tipificarse genéricamente desde homicidio hasta lesiones leves o específicamente como el delito de esterilización forzada prevista en la LGS.

Si el responsable del ilícito causa con su actuar daño a otro, con independencia de la sanción penal que resulte de los hechos dolosos o culposos que se le comprueben, a pesar de que no pueda establecerse sanción penal alguna, está obligado a la indemnización (artículo 29 del CPDF Código Penal para el Distrito Federal), la cuál tendrá carácter de pena cuando la realiza el infractor o bien de responsabilidad civil cuando la realiza un tercero.

c) Para la ministra Sánchez Cordero,⁶⁷ el desarrollo de las bases y modalidades del derecho a la protección de la salud establecen hipótesis para su exigencia por los particulares; incluso con vía de acceso al juicio de amparo.

Para efectos del juicio de amparo, se consideran autoridades sanitarias: el Consejo de Salubridad General (artículo 73, fracción XVI, 1a., CPEUM) y la SS (artículos 4o., fracciones II, III y 7o., LGS, y artículos 26 y 39, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal —LOAPF—⁶⁸). La LGS señala también como autoridades sanitarias: al Presidente de la República; a los gobernadores de los Estados, comprendido el jefe del ejecutivo del Distrito Federal (artículo 24, LGS). Sólo en algunos casos la Conamed y las instituciones públicas de salud.⁶⁹ De cualquier modo hay una visión ju-

⁶⁶ Delito es toda conducta, acto u omisión que sancionan las leyes penales, artículo 6o., CPDF.

⁶⁷ Sánchez Cordero, Olga, “El derecho constitucional a la protección de su salud. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes”, *cit.* por Moctezuma Barragán, Gonzalo, “El derecho a la protección de la salud”, *cit.*, nota 59, pp. 14 y ss.

⁶⁸ Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre de 1976, en vigor a partir del 1o. de enero de 1977; pero el 13 de marzo de 2002 se publicó la nueva Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (LFRASP) que reforma la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

⁶⁹ Las instituciones públicas de salud: IMSS, ISSSTE, SS, entre otras, no se considera autoridad para reclamaciones de servicios médicos, aunque sí en recaudación de cuotas o multas. El tema de quienes son autoridades responsables ha ido evolucionando, pri-

rídica restringida que impera en el derecho mexicano. El juicio de amparo en uso es un ejemplo vivo de ello, cuando limita formalmente la exigencia de derechos sociales; la exacta aplicación de la ley se ha entendido como literalidad, no del espíritu constitucional, más lejos aún del raciocinio a la luz de la teoría de los derechos humanos.

Una forma de reconducir la exigibilidad del DPS es solicitar el amparo contra leyes —como ya se ha logrado—, que en el mejor de los casos combate normas incongruentes o en su defecto, interpreta *pro homine* el derecho controvertido.⁷⁰ El proyecto de la nueva Ley de Amparo,⁷¹ en aras de abrir las posibilidades justiciables de los derechos fundamentales se propone ampliar los supuestos de procedencia y el ámbito de protección directa de los derechos humanos, ya no sólo por contravención a los artículos 14 y 16 constitucionales, como hasta hoy se hace; sino por trasgresión directa a los derechos recogidos en los instrumentos internacionales tales como la

mero se le identificó con el uso de la fuerza pública identificada con la estructura estatal, luego se consideró más la afectación material que formal, pero identificada con los órganos centrales del Estado. *Cfr.* Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 66, 67, 69 y 70. En el caso de fallos arbitrales, la Conamed se convierte en autoridad responsable para efectos del juicio de amparo. La SCJN emitió una tesis sobre “autoridad”, diciendo que serían aquellos funcionarios de organismos públicos que con fundamento en la Ley, *emiten actos unilaterales por los que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas* que afectan la esfera legal del gobernado. Por tanto; se debe atender a la norma legal y examinar si está facultada o no a tomar decisiones o resoluciones que afecten unilateralmente la esfera jurídica del interesado, y cuya decisión pueden exigirse mediante el uso de la fuerza pública o por medio de otras autoridades. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia (Pleno), “Autoridad, emiten actos unilaterales por los que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas”, *novena época, materia común, fuente Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. V, tesis jurisprudencial P XXVII/97, p. 118.

⁷⁰ Se recomienda la revisión sobre la acción judicial de inconstitucionalidad del artículo 22 fracción IV la Ley del ISSFAM (Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas), por discriminatorio, atentatorio del derecho a la salud y al trabajo. *Cfr.* Tesis aislada, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XX, septiembre de 2004, tesis 1, 4o.A.437 A, p. 1807.

⁷¹ Incluye en el control jurisdiccional intereses colectivos que afectan a los particulares de manera económica o material. La propuesta está en el sentido de incluir el *interés legítimo* para promover el juicio de amparo cuando el acto reclamado viole garantías contenidas en el artículo 1o. de la Ley de Amparo, afectándose la esfera jurídica de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. *Cfr.* Comentarios al proyecto de Ley de Amparo, Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, *op. cit.*, nota 69, p. 214.

DUDH, el PIDESC. Con ello se abren enormemente las posibilidades de protección de los DESC⁷² y por ende, la tutela eficaz del DPS.⁷³

Antes de concluir, resulta ineludible comentar acerca de la eficacia de los mecanismos de tutela judicial del DPS. A las instancias jurisdiccionales se tiene por gratuitas y teóricamente expeditas; pero por el tiempo en que comúnmente se tarda el asunto hasta la resolución definitiva —2 a 3 años hasta concluir el juicio de amparo—, en la mayoría de los casos se pondría en riesgo de muerte al reclamante; sumado al pago de honorarios a los abogados litigantes y las erogaciones que en la praxis se ofrecen a los funcionarios de juzgado para que den celeridad al proceso; así como otros gastos que se pueden presentar; todos esos inconvenientes hacen que las instancias judiciales sean poco eficaces para que los particulares presenten reclamaciones para la defensa del derecho a la salud, lo que por supuesto envuelve la falta de idoneidad de los recursos.

La eficacia se vuelve un punto supremo para nuestra tambaleante democracia en la que se sostiene la certeza jurídica, no meramente por el debate teórico—académico en sí; sino además porque de ello depende tanto la credibilidad de los gobernados en sus instituciones como la certidumbre al tan mencionado estado de derecho, del cual pende ahora, no nada más nuestra vida armónica en sociedad, sino el desarrollo de todo el potencial que nuestro país tiene en sus relaciones con el exterior.⁷⁴

Ya no se puede meditar más en eficientizar o no los mecanismos de exigibilidad de los postergados derechos sociales. Establecer recursos justos y

72 Cano López, Luis Miguel y Rodríguez Manzo, Graciela, “Reflexiones sobre una decisión de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con el derecho fundamental a la salud”, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, Comisión Europea-México, SRE, 2005, pp. 360 y 361.

73 Cano Valle, Fernando y Jiménez Góngora, Antonio (coords.), *La administración de justicia en el contexto de la atención médica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 4 y 5. Para mayor información *cfr.* Zaldivar Lelo de Larrea, *op. cit.*, nota 69, *passim*.

74 Como sucedió con el Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre la Comunidad Europea y México, conocido como Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y México, que concede al respeto de los derechos humanos un carácter cardinal para las relaciones comerciales, con la llamada cláusula democrática y de derechos humanos.

eficaces es un compromiso del Estado de conformidad con los acuerdos internacionales en materia de derechos humanos.⁷⁵

Volvamos a las razones por las que se hizo indispensable el reconocimiento jurídico de derechos inmanentes a la existencia humana y por tanto previos. Que acaso no fue el afianzamiento y exigencia jurídicas de condiciones aberrantes que avasallaban la dignidad de seres humanos, Qué sentido tiene el recoger un derecho constantemente violado en el contexto empírico, en un documento jurídico de gran trascendencia, para darle un tratamiento de buenas intenciones. Ello se contrapone con el espíritu de la positivación de la norma.⁷⁶

Por último, queremos referirnos a operadores clave en la justiciabilidad eficaz de derechos sociales y por ende al derecho a la salud. Los jueces y demás agentes jurisdiccionales tienen en su haber las herramientas que les da el constructivismo jurídico que requiere una dosis de imaginación en el pensamiento y expresión técnica-argumentativa, de manera que permitan hacer avanzar el derecho acorde a las exigencias de su momento histórico. La exigencia de este tiempo, les reclaman mayor habilidad para impartir justicia, las pautas están dadas en las nutridas disposiciones y criterios internacionales.

VIII. BALANCE FINAL

El reconocimiento jurídico de los derechos humanos ha sido motivado por la urgencia de su reivindicación ante los históricos embates que laceran la dignidad de los seres humanos; el derecho a la protección de la salud no es la excepción. No obstante su reconocimiento internacional como derecho humano fundamental, las condiciones de gran rezago sanitario en el país hacia la década de los ochenta, hicieron inaplazable la inserción constitucional para eliminar la discrecionalidad tradicional con la que se trataba la salubridad pública y afianzar así el derecho a la salud para todos, siendo el Estado el principal obligado de respetarlo, protegerlo y cumplirlo. Con

⁷⁵ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997, puntos 22 y 23.

⁷⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 63 y 64. Martínez García, Jesús Ignacio, *La imaginación jurídica*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 72-76.

este propósito la reforma al artículo 4o. constitucional sentó las bases para conducir la actividad estatal.

El cumplimiento del derecho a la salud implica también establecer mecanismos que proporcionen una real exigibilidad, cuando las otras medidas que debieron adoptarse han fallado. En el caso de las vías judiciales disponibles para quienes hayan sufrido alguna afectación con motivo de una relación profesional de servicios de salud, al menos en sus condiciones elementales como: derecho a atención preventiva, derecho a servicio de urgencias, derecho a diagnóstico temprano, tratamiento oportuno y rehabilitación; se cuenta con la vía civil, penal y constitucional. Sin embargo, por las dificultades reales presentes en la práctica —estrechez jurídica del juzgador, apremio del bien jurídico protegido, tiempo y costos— hacen que dichas instancias sean poco eficaces para proteger el derecho a la salud. Las formas exploradas para eficientizar los mecanismos vigentes de exigibilidad a través de las instancias jurisdiccionales son —como ya se ha intentado con éxito—, recurrir al amparo contra leyes contrarias al garantismo *pro homine* y potenciar la capacidad de pensamiento y expresión argumentativa que les da el constructivismo jurídico a los agentes jurisdiccionales a la luz de los derechos humanos.