

## **V. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

### **EL CASO PARADIGMÁTICO DE LA TUTELA AL DERECHO A LA SALUD. LAS CIRUGÍAS ESTÉTICAS**

*Dra. María del Pilar Hernández\**

#### **PARTE I. CONSIDERACIONES CONTEXTUALES Y JURÍDICAS DE LAS CIRUGÍAS ESTÉTICAS**

##### **1. EXCURSUS**

La cirugía plástica es una rama especializada de la cirugía dedicada a la reparación de las deformidades y la corrección de los defectos funcionales. Etimológicamente el nombre deriva de dos vocablos griegos *girurugiiki* (cirugía, mano, obra) y *plastikos* (moldear).

Los orígenes de tal práctica médica se remonta a la historia antigua; ya en el año 3500 a.C., los egipcios realizaban transplantes de tejidos, tal como se evidencia en el Papiro de Ebers (1500 a.C.); es hasta el siglo XVIII que se utiliza por primera ocasión la expresión *plastique* por Pierre-Joseph en su denominada *Oeuvres chirurgicales* (1798) erigiéndose, así, en el pionero de tales intervenciones. Von Graefe lo incorporó

\* Investigadora Titular C, Definitiva de TC, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

en su monografía *Rhinoplastik* (Berlín, 1818), pero fue un cirujano alemán, Edmund Zeis quien lo populariza al publicar en 1838 su tratado *Handbuch der Plastischen Chirurgie*, bautizando a esta rama quirúrgica que a partir de la Segunda Guerra Mundial ha experimentado un gran desarrollo.

Es menester señalar que la cirugía plástica, en principio, es parte especializada de la medicina general la cual se erige en una necesidad de orden social, cuyo fin último es la protección de bienes jurídicos tutelados por los diversos sistemas normativos, a saber: la vida y la salud.

Así lo prescriben, en el caso del orden jurídico mexicano, los artículos 1o. y 4o. de nuestra Constitución General, que los reconocen, en su plenitud de derechos fundamentales.

Al lado de la medicina necesaria, terapéutica o curativa, se encuentra la denominada medicina voluntaria. Aquélla se determina en razón de la necesidad terapéutica y la exigencia de realizar determinada práctica para mantener la vida o buena salud del paciente, definiéndose, en sentido negativo, en que de no verificarse, la vida del paciente podría perderse o perder éste la función o ver notoriamente agravado su estado de salud. Por su parte, la cirugía voluntaria, perfectiva o embellecedora, es aquella en la que una persona acude al médico no para ser tratado de una patología, sino con el propósito de embellecimiento o mejoramiento de otra índole. Vale subrayar que la diferencia objetiva entre ambas la hace la necesidad terapéutica.

Se trate de una u otra, más allá de las indicaciones que en el ámbito médico se realizan en torno a la responsabilidad que deviene en cada caso (penal, civil, administrativa o ética) o bien de la diversidad de medios —cirugía curativa— o de resultados —medicina voluntaria—, es necesario señalar que la configuración especial de la diligencia que debe guardar el médico en su actuación profesional gira en torno a la figura de la *lex artis ad hoc*, que exige que el médico ejerza su profesión con la pericia y conocimientos que demanda su condición y la ciencia médica.

## **2. LAS CIRUGÍAS ESTÉTICAS NO ESPECIALIZADAS: RIESGO DE SALUD Y VIDA**

Durante las últimas décadas las sociedades han experimentado el aumento en la frecuencia de procedimientos estéticos y cosméticos, fenómenos por demás sintomáticos en razón del constante bombardeo de los *mass media* respecto de la "óptima imagen de la mujer/hombre/adolescente triunfador", orillando a un buen número de personas a obtener a cualesquier costo el rostro y/o cuerpo que le permita un eventual, y en muchas ocasiones imaginario, acceso al éxito. Nuestro país no es la excepción, el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) indica que la práctica de cirugías estéticas ha aumentado 80 por ciento, ocupando el segundo lugar en América Latina; el primer lugar lo tiene Brasil.

Las cirugías más recurrentes son: de perfil facial (nariz/ rinoplastia, aumento de mentón, aumento de malar, cirugía de orejas/onoplastia); de envejecimiento facial (estiramiento/ ritidectomía, de párpados/blefaroplastia, *peeling* químico); de contorno corporal (aumento de mamas/mamoplastia de

aumento, reducción de mamas/mamoplastia de reducción, flacidez mamaria/prótesis mamaria, abdominoplastia/dermolipsectomía abdominal, liposucción) e inyección de *botox*.

El grupo de mayor riesgo lo constituye el de las mujeres, sin obviar el creciente número de hombres y adolescentes que se someten a procedimientos que ponen en peligro inminente su vida y salud, al acudir a establecimientos y personas no calificados, denominadas/os cosmetólogas/os, y mucho menos especialistas médicos, en donde se les aplican sustancias tóxicas que van desde las propiamente médicas hasta los aceites cosméticos o industriales, que pueden llegar a provocar reacciones orgánicas y funcionales de diversa índole que derivan en enfermedades (patologías propiamente dichas), inflamación, alergias, infecciones e incluso la muerte.

Médicamente, el someterse a un procedimiento quirúrgico ambulatorio o no, terapéutico/estético, en sí mismo constituye un riesgo, que se maximiza cuando se concretan en establecimientos al margen del orden jurídico establecido. En este sentido, las cifras de las cirugías estéticas ilícitas son alarmantes y en un 60% con consecuencias negativas en la salud orgánica/funcional o la vida misma de los pacientes.

El riesgo es exponencial cuando las prácticas estéticas o cosméticas se realizan en establecimientos de embellecimiento en los que se ofrecen servicios que exigen una especialización y pericia médicas. En nuestro país dichas prácticas son recurrentes, en mayor número en ciudades como Tijuana, Ensenada, Nuevo Laredo, Monterrey, Guadalajara, Puebla, Mérida, Cancún, y zonas como la Riviera Maya y, particularmente, el Valle de México (Distrito Federal y área metropolitana).

### 3. LA NEGLIGENCIA Y MALA PRÁCTICA: LAS CIRUGÍAS ESTÉTICAS EN CIFRAS

La consecuencia lógica de la mala práctica<sup>1</sup> y/o negligencia de las cirugías así realizadas, es la directa proporción en las demandas judiciales, especialmente cuando han sido verificadas por personal que ni es médico y, en caso de que lo sean, no cuentan con la especialidad correspondiente.

Muchos de los casos a los que se da publicidad obedecen, inopinadamente, a errores culposos de los profesionales y, sin embargo, un número apreciable de demandas presentadas, bien civiles o penales, llegan a sentencias condenatorias.

Las cifras que se han documentado en términos de denuncias desvelan que del personal que las realizan:<sup>2</sup>

- El 45% carece de estudios formales superiores a la educación media;
- El 12% menciona haber estudiado algún nivel de educación media superior;
- El 15% refiere haber recibido capacitación en área cosmética; sin embargo, no todos tienen secundaria o preparatoria concluida;

<sup>1</sup> La *mala praxis* o *dispraxis* connota y denota el ejercicio no idóneo de una actividad que se traduce, necesariamente, en la ausencia de diligencias apropiadas de conformidad con la naturaleza de la prestación que forma parte del contenido de una obligación. Jurídicamente, implica el obrar discorde con un deber jurídico que puede sustentarse en una estipulación contractual previa o en el deber general de no dañar que se encuentra implícito en todo ordenamiento jurídico. La mala práctica se concreta, esencialmente, por incompetencia o deficiencias que comprenden, eventualmente, falta de habilidad, falta de experiencia, torpeza, negligencia y/o imprudencia.

<sup>2</sup> 'Actualidad normativa de la medicina estética en México', *El sol de Chiapas en línea*, 21 de septiembre de 2010, consulta electrónica: 15 de noviembre de 2010.

- El 3% declara tener estudios formales de Técnica en Cosmetología;
- El 12% de los denunciados indica haber cursado la educación primaria.

Del 35% de los denunciados que demostraron contar con título y cédula profesional a nivel licenciatura, se encontró lo siguiente:

- El 8% practicaba la medicina con documentación que carece de registro en universidades y en el Registro Nacional de Profesiones, por lo que se dictaminó la documentación aportada como falsa;
- El 22% practicaba la medicina con títulos y cédulas que los amparaban capacitados en otras áreas del conocimiento, excepto como médicos cirujanos, destacando profesiones como dentistas, mecánicos dentales, psicólogos, nutriólogos, ingenieros, arquitectos e ingenieros químicos;
- El 23% eran médicos cirujanos plásticos que por resultados no cumplieron con las expectativas del paciente, sin que en todos los casos se pudiera demostrar la mala práctica o técnica;
- El 19% correspondía a médicos dermatólogos, con características semejantes a los mencionados anteriormente;
- El 16% eran médicos generales que carecían de una capacitación profesional en el área de la medicina estética;
- El 8% comprendía a médicos diplomados en medicina estética; con resultados que no cumplieron las expectativas del paciente, sin que en todos los casos se demostrara mala práctica médica;

- El 4% correspondía a denuncias contra médicos por procedimientos a cargo de personal empleado por ellos, destacando en este segmento, procedimientos ejecutados con equipos y máquinas que no demuestran el resultado ofrecido. Aquí se encontraron dos grandes vertientes: la falta de capacitación del personal empleado y la ineficacia de las terapias ofertadas.

Independientemente de las causas originales de las demandas presentadas, cerca del 40% de los demandantes presentaron lesiones cutáneas secundarias a las terapias.

Al hilo discursivo, la numeralia es denotativa del fenómeno de ilicitud tanto en lo que hace a establecimientos clínicos como a los informales, lo cierto es que no lo es del todo comprensiva de aquellos casos en los que ni se da el arbitraje médico por parte de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), ni es presentada la demanda correspondiente ante el desmesurado crecimiento de las prácticas embellecedoras y negligentes en los últimos años; incluso se indica que en el año 2009 se concretaron 9 325 consultas, que se tradujeron en 8 783 demandas.

#### **4. HACIA EL CONTROL NORMATIVO DE LA PRÁCTICA DE CIRUGÍAS ESTÉTICAS Y COSMÉTICAS EN EL ÁMBITO FEDERAL PATRIO**

En el año 2009, la cantante mexicana Alejandra Guzmán quería mejorar su aspecto y aceptó la propuesta de inyectarse *polivinil metacrilato* en los glúteos. La sustancia, una especie de plástico, le causó una infección que casi le cuesta la vida; la sustancia está prohibida en virtud de sus comprobados daños a la salud humana, ya que:

... es un medicamento que en forma líquida está proscrito. En el mundo circulan ese y otras sustancias que son utilizadas por los intrusos, como se les denomina a quienes no están capacitados ni avalados para hacer estos tratamientos y los hacen. El efecto de este producto es fatal. Produce una reacción, es un cuerpo extraño y el organismo se defiende formando una cápsula protectora y, cuando está en gran cantidad en el cuerpo hace microfibromas, como un panal de abejas. Lo peor es que es muy difícil remover ese tejido, en especial del rostro y en el caso de las mamas, se debe extirpar la glándula. Si se deja ese producto, con el tiempo se producirá una infección.<sup>3</sup>

El caso de la cantante se inició en el mes de abril de 2009 y, tal como lo señalamos líneas arriba, las reacciones a la sustancia inoculada, como sucede con otras sustancias tóxicas, se presentaron con posterioridad; los diversos medios de comunicación informaron en su momento que la infección se generó por la aplicación de sustancias que se inyectan en clínicas cosméticas para moldear los glúteos, y que en el particular contenía guayacol,<sup>4</sup> utilizado para fines de tratamientos pulmonares y metilmetacrilato.

Este tema resonó en los medios por tratarse de un personaje público, lo que generó una reacción positiva que impactó hasta la Cámara de Diputados,<sup>5</sup> pues tomó mayor importancia

<sup>3</sup> "A Alejandra Guzmán le pudieron inyectar metacrilato", *La Revista de cirugía estética.com*, México, 6 de noviembre de 2009, consulta electrónica 2 de octubre de 2010, <http://www.larevistadecirugiaestetica.com./2009/11/alejandra-guzman-le-inyectaron.html>

<sup>4</sup> Líquido oleoso incoloro que se obtiene de la creosota; éter monometílico de la piroca-tequina soluble en alcohol, éter y aceites, ver: Melloni, Biagio John et al., *Diccionario de Medicina Ilustrado*, Barcelona/Bogotá/México, Ed. Reverte, 1983, p. 26

<sup>5</sup> La Diputada Federal María Cristina Díaz Salazar, del PRI, presentó el 4 de octubre de 2005, la iniciativa del adición de un segundo párrafo al artículo de mérito, la cual fue aprobada el 19 de abril de 2006 y turnado al Senado, quien aprueba con 93 votos el 26 de abril de 2007.



la adición de un segundo párrafo al artículo 271 de la Ley General de Salud,<sup>6</sup> que amén de remitir al artículo 81 del mismo cuerpo legal, prescribió, *mutatis mutandis*, que la verificación de cirugías estéticas y cosméticas relacionadas con el cambio o corrección del contorno o forma de diferentes zonas o regiones de la cara y del cuerpo, es necesario que se practiquen en "... establecimientos o unidades médicas con licencia sanitaria vigente, atendidos por profesionales de la salud..." y de conformidad con el diverso indicado y que "... se encuentren autorizados por la Secretaría de Salud conforme con el reglamento correspondiente".

Precisamente el precepto de remisión fue reformado en el año 2005,<sup>7</sup> disponiendo, desde entonces la atribución a cargo tanto de la Secretaría de Salud como del Comité Normativo

<sup>6</sup> *Diario Oficial de la Federación*, de 19 de junio de 2007.

<sup>7</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 12 de enero de 2006.

<sup>8</sup> Está formado por cuatro miembros de la Academia Nacional de Medicina, cuatro de la Academia Mexicana de Cirugía y cuatro elegidos en la Asamblea de Presidentes de los Consejos; doce en total, su finalidad es vigilar que los Consejos cumplan con la responsabilidad de discernir quiénes realmente son especialistas que formalmente se prepararon en las instituciones de salud y educación superior. Esta vigilancia se logra con los exámenes y por ello éstos deben ser excelentes. Los Consejos son cuerpos colegiados formados por prestigiados y probos representantes de la comunidad profesional de la misma disciplina; elegidos por sus propios pares para asumir la responsabilidad de establecer el proceso de certificación y recertificación periódica de sus compañeros de profesión y de los nuevos especialistas, con base en los requisitos de preparación y adiestramiento en cada campo de la práctica médica y la demostración de competencia en exámenes de certificación, o bien la evaluación de la actualización de los especialistas por medio de pruebas de recertificación. El acto de certificación de las aptitudes de los especialistas, único propósito y objetivo de los Consejos, es la respuesta organizada de la comunidad para constatar la calidad de preparación de los profesionales para el ejercicio competente de un campo específico de la medicina. Asimismo, es la manera en que los Consejos pueden intervenir para proteger los intereses de quienes son el objeto y el sujeto de su atención: los pacientes y el público en general, ayudándoles a distinguir a los especialistas mejor preparados. Como consecuencia, los médicos se ven estimulados para mantener al día sus conocimientos, perfeccionar sus destrezas y desarrollar sus actitudes fortaleciendo sus valores profesionales y personales. Un efecto de gran importancia para la población, es que la certificación promueve la mejora de la calidad de la práctica médica especializada y se estimula, además, el estudio y permanente capacitación y actualización de quienes profesan una especialidad y, de manera agregada, se cuida el nivel de calidad de la práctica de los verdaderos especialistas. Ver: [www.conacem.org.mx/](http://www.conacem.org.mx/), consulta electrónica del 12 de enero de 2011.

Nacional de Consejos de Especialidades Médicas<sup>8</sup> para emitir opinión, a solicitud de las autoridades educativas competentes, tratándose de registro de certificados de especialización expedidos por academias, colegios, consejos o asociaciones de profesionales de las disciplinas para la salud.

Es de especial relevancia aludir a los argumentos que motivaron la iniciativa de adición del segundo párrafo del artículo 271, de la ley en comento, en virtud de la clara expresión de:

1. El riesgo al que se exponen las personas que acuden a establecimientos en los que se utilizan sustancias que siendo inyectadas sirven para dar relleno, contorno o forma a diferentes zonas o regiones de la cara y el cuerpo;
2. Que quienes realizan tales actos las más de las veces no cuentan con registro sanitario alguno, defraudan y ponen en peligro la salud y la vida de los usuarios;
3. El reconocer como valores superiores y derechos fundamentales del ordenamiento patrio la vida y la salud de los mexicanos;
4. El dimensionar como un problema de salud pública la práctica riesgosa de las cirugías estéticas y necesidad en su regulación.

No obstante que el artículo Primero Transitorio del decreto de adición, que es motivo de análisis, preveía la emisión de un reglamento en un plazo no mayor de 180 días naturales a partir de la entrada en vigor de aquél, en puridad lo que el Ejecutivo Federal sancionó fue una reforma al Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de

Atención Médica<sup>9</sup> para prescribir, desde entonces, en los artículos 95 bis 1, 95 bis 2, 95 bis 3 y 95 bis 4, lo relativo a:

1. La connotación de cirugía estética o cosmética, en tanto procedimiento quirúrgico que se realiza para cambiar o corregir el contorno o forma de diferentes zonas o regiones de la cara o del cuerpo, con el propósito de modificar la apariencia física de las personas con fines estéticos;
2. La obligación de los establecimientos o unidades médicas de contar con licencia sanitaria vigente;
3. La obligación de los establecimientos que practiquen dichas cirugías de tener los recursos, áreas y equipamiento que haya menester y conforme a las normas oficiales emitidas por la Secretaría de Salud;
4. Se autoriza exclusivamente a los médicos con título profesional y cédula de especialidad otorgada por la autoridad competente, en una rama quirúrgica de la medicina, y conforme a los artículos 78 y 81 de la Ley General de Salud, para realizar tales procedimientos quirúrgicos. Cuando se trate de médicos en formación se exige, en la realización de los procedimientos, la presencia de un especialista en la materia.

Pero el tema de la afectación a la vida y salud de las personas adquirió tal magnitud que dos años después de la entrada en vigor de la adición al artículo 271 de la Ley General de Salud, la Cámara de Senadores aprobó el dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y de Estudios Legislativos mediante el cual se pretendía:

---

<sup>9</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 4 de diciembre de 2009. Segunda Sección.

... el marco jurídico para evitar que los médicos y pseudo profesionistas continúen ocasionando problemas a la salud y por ende, en la economía de los pacientes, en especial en la práctica de cirugías plásticas, estéticas y reconstructivas; lo anterior, debido a que es una de las ramas de la medicina que mas (sic) se practica en la actualidad, dando con ello lugar y oportunidad a que se presenten una mayor cantidad de fraudes.<sup>10</sup>

El proyecto de decreto se aprobó en el Senado en los términos que se transcriben:

**Artículo Unico.-** Se reforman los artículos 81, 83, 271, y se adiciona un Capítulo IX-bis, al Título Decimosegundo con los artículos 272 bis, 272 bis 1, 272 bis 2 y 272 bis 3 de la Ley General de Salud, para quedar como sigue:

**Artículo 81.-** ...

Para el registro de certificados de especialización expedidos por academias, colegios, consejos o asociaciones de profesionales de las disciplinas para la salud, las autoridades educativas competentes solicitaran la opinión de la Secretaría de Salud. Si se tratare del registro **de la certificación** de especialidades médicas o del registro de la recertificación de éstas, las autoridades ya señaladas también deberán solicitar la opinión del Comité Normativo Nacional de Consejos de Especialidades Médicas.

**Artículo 83.-** Quienes ejerzan las actividades profesionales, técnicas y auxiliares y las especialidades a que se refiere

<sup>10</sup> "Proyecto de Decreto por el que se reforman los artículos 81, 83 Y 271, y se adiciona un Capítulo IX-BIS al Título Decimosegundo de la Ley General de Salud", *Diario de los Debates* No. 37, Primer periodo ordinario de sesiones, Senado de la República LXI Legislatura, diciembre de 2009.

este Capítulo, deberán poner a la vista del público un anuncio que indique la institución que les expidió el título, diploma o certificado, **el número de su correspondiente cédula profesional, y en su caso, si su especialidad requiere de una colegiación obligatoria, el nombre del colegio, consejo, asociación o federación al cual pertenecen.** Iguales menciones deberán consignarse en los documentos y papelería que utilicen en el ejercicio de tales actividades y en la publicidad que realicen a su respecto.

**Artículo 271.-** Los productos para adelgazar o engrosar partes del cuerpo o variar las proporciones del mismo, así como aquellos destinados a los fines a que se refiere el artículo 269 de esta Ley, que contengan hormonas, vitaminas y en general, sustancias con acción terapéutica que se les atribuya esta acción, serán considerados como medicamentos y deberán sujetarse a lo previsto en el Capítulo IV de este Título.

## CAPITULO IX BIS

### Cirugías Plásticas y Reconstructivas

**Artículo 272 bis.-** Para la práctica de la cirugía plástica y reconstructiva, así como para la realización de cualquier procedimiento invasivo cuyo único fin sea estético, los profesionales que la ejerzan requieren de:

I. **Cédula de especialista en cirugía plástica y reconstructiva, expedido por las instituciones de enseñanza superior o las instituciones de salud reconocidas oficialmente, o certificado que acredite capacidad y experiencia en la práctica de la cirugía plástica y reconstructiva, expedido por las instituciones de enseñanza superior o las instituciones de salud reconocidas oficialmente, y\***

\* Las negritas son del autor.

II. Una colegiación obligatoria, cuyas bases de organización y funcionamiento estarán a cargo de los colegios, consejos, asociaciones o federaciones de profesionales de su especialidad; agrupaciones que se encargarán de garantizar el profesionalismo y ética de los expertos en esta práctica de la medicina.

Artículo 272 bis 1.- Cualquier cirugía plástica y reconstructiva relacionada con cambiar o corregir el contorno o forma de diferentes zonas o regiones de la cara y del cuerpo, deberán efectuarse en establecimientos o unidades médicas con licencia sanitaria vigente, atendidos por profesionales de la salud especializados en dichas materias, de conformidad con lo que establece el artículo 272 bis.

Artículo 272 bis 2.- La oferta de los servicios que se haga a través de medios informativos, como lo son: periódicos, revistas, cine, radio, televisión, Internet, entre otros, por profesionistas de la especialidad en cirugía plástica, estética, cosmética y reconstructiva; así como, los establecimientos o unidades médicas en que se practiquen dichas cirugías, deberán prever y contener con claridad en su publicidad los requisitos que se mencionan en los artículos 83, 272 bis, 272 bis 1 y en lo previsto en el Capítulo Único del Título Decimotercero de esta Ley.

Artículo 272 bis 3.- Los colegios, consejos, asociaciones o federaciones de profesionistas pondrán a disposición de la Secretaría de Salud, un directorio electrónico, con acceso al público que contenga los nombres y datos de los profesionistas de la especialidad en cirugía plástica y reconstructiva, además de proporcionar el nombre y datos de la institución y/o instituciones educativas, que avalen su ejercicio profesional.

## Transitorios

**Primero:** El presente Decreto entrará en vigor a los 120 días de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

**Segundo:** Para cumplir con los requisitos a que se refiere el presente Decreto se otorgará un periodo de 120 días contados a partir de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

Por desgracia, después de más de año y medio que se turnara a la Cámara de Diputados, no se ha sometido a discusión en esta colegisladora.<sup>11</sup>

## **PARTE II. UNA RESOLUCIÓN PARADIGMÁTICA DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

### **1. LOS PORMENORES DE LA RESOLUCIÓN**

En obvio de reiteraciones con lo que se asienta en los comentarios a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, considero menester señalar los siguientes puntos en torno a la resolución y que, en principio, desde nuestra personal consideración, la erigen en paradigmática.

Se trata de un amparo en revisión (173/2008), que en razón de los argumentos de inconstitucionalidad en relación con los artículos 271, segundo párrafo y 81, segundo párrafo, ambos de la Ley General de Salud, ya indicados *supra*, deter-

<sup>11</sup> *Gaceta Parlamentaria*, No. 2909-I, México, Cámara de Diputados, 10 de diciembre de 2009.

minaron la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, en particular de su Primera Sala, siendo el responsable de la sustanciación el Ministro José Ramón Cossío Díaz, y cuyo *iter* procesal da inicio con la asunción de competencia por parte del Juez Cuarto de Distrito en el Estado de Querétaro para conocer del amparo identificado bajo el número 1069/2007, de 28 de agosto de 2007, el cual sobreseyó el juicio.

El fallo anterior fue conocido en vía de revisión por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, quien revocó el sobreseimiento y reservó jurisdicción en favor del Máximo Tribunal Federal con base en dos argumentos, a saber: que conociera de la inconstitucionalidad referida de los preceptos invocados por la quejosa; y, en razón del carácter de aquéllos en tanto autoaplicativas y, en consecuencia, de la no exigibilidad de acreditación de un acto de aplicación concreto, sino "sólo la ubicación del supuesto de hecho que contemplan".<sup>12</sup>

Analizados los conceptos de violación y las causas de improcedencia, el ponente Ministro José Ramón Cossío determinó la fijación de la *litis*, en la relación de constitucionalidad o no del artículo 271, párrafo segundo, de la Ley General de Salud y los diversos 5o., 13, 14, 16, 28, 73, 115, 121, 122, inciso a), y 124 de la Constitución Federal.

## **2. LOS LÍMITES/PONDERACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Uno de los temas cruciales del constitucionalismo contemporáneo, en general, y de los derechos fundamentales en particular,

---

<sup>12</sup> Amparo en revisión 173/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, abril de 2009, p. 164; IUS: 167530.



lo es sin duda la inevitable colisión entre derechos y bienes jurídicos que marca la necesidad de dilucidar en lo abstracto y operar en lo concreto, lo razonablemente justo en aquellos campos donde dos derechos parecen oponerse o, más generalmente, donde se presentan casos bajo la forma de conflicto entre diversos bienes constitucionales.

La colisión de derechos lleva, indefectiblemente, al tema de los límites, cuestión que plantea, desde esta perspectiva, las soluciones en función de la imposición de aquellos que las leyes establecen al ejercicio de los derechos y libertades, y que operan en tanto fronteras necesarias para el caso de que se abuse de la libertad otorgada. Esta postura se orienta a proteger los derechos fundamentales mediante la resolución de trazar restricciones a los mismos.

Diversa es aquella que viene dada en el sentido de considerar que no se trata del derecho y sus restricciones; sólo existe un derecho con un determinado contenido, por tanto, el problema no está en función del derecho y de si éste debe ser limitado o no; está en función de su contenido esencial (*Wesensgehalt*) y de su no vaciamiento (*aushöhlen*) en razón de los límites.<sup>13</sup>

Al poner el acento en el contenido del derecho, el punto determinante de la cuestión se desplaza hacia lo que el Tribunal Constitucional Español ha denominado "límites necesarios de los derechos", que son aquellos derivados del sentido y contenido mismo del derecho fundamental, o bien, lo que la

---

<sup>13</sup> Hernández, María del Pilar, "Los límites al control de constitucionalidad", en *Reformas y control de la Constitución. Implicaciones y límites*, México, IJ/UNAM, 2011, pp. 145-146.

doctrina alemana refiere como límites internos, o en la mejor doctrina la teoría relativa del contenido esencial, que es la que acepta precisamente el principio de proporcionalidad.

Es justamente en continuo con una línea de pensamiento y actuar interpretativo desde que se conociera el amparo en revisión 2146/2005, que el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que:

... en materia de derechos fundamentales el legislador está autorizado para desarrollar los límites constitucionales de dichos derechos y para reglamentar sus posibles conflictos, sin embargo, dicha actividad está condicionada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, lo cual deber ser tomado en cuenta si se considera que es jurídicamente imposible que una ley secundaria nulifique injustificadamente el contenido de cualquiera de los derechos constitucionales en pugna, máxime que éstas son de mayor entidad.<sup>14</sup>

En efecto, tal como lo realizó en el amparo en revisión 173/2008 que se analiza, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación entró a un ejercicio de ponderación entre dos derechos constitucionales, a saber: el derecho al trabajo y el derecho a la salud.

En impecable argumentación y sentando como premisa fundamental que **ningún derecho es absoluto, todos admiten**

---

<sup>14</sup> "La interpretación de los derechos fundamentales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación", Conferencia dictado por la Ministra Olga Sánchez Cordero en el Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 1o. de junio de 2007.

**Límites**, particularmente en lo que hace al derecho al trabajo,<sup>15</sup> reiterando lo establecido por el propio Tribunal Constitucional mexicano en el sentido de que no deben considerarse inconstitucionales las normas que regulen el ejercicio de una profesión, cuando éstas no impidan de forma absoluta el despliegue de las actividades realizadas bajo su amparo, cuando su propósito sea claramente no perjudicar otros bienes jurídicos, que de otra forma se provocaría si dicha actividad se realizara desordenadamente.<sup>16</sup>

Por tanto, es claro que una norma secundaria que imponga determinadas cargas jurídicas a los ciudadanos para que estén en posibilidades de realizar cierto tipo de actividades, no merece por este simple hecho la calificativa de incons-

<sup>15</sup> Tesis de jurisprudencia P./J. 28/99, emitida por el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 260 del Tomo IX (abril de 1999) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "LIBERTAD DE TRABAJO. NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 5o., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)."

<sup>16</sup> Tesis de jurisprudencia 1a./J. 20/2006, emitida por esta Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 120 del tomo XXIII (abril de 2006) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro y texto: "REGISTROS SANITARIOS. EL ARTÍCULO TERCERO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA EL NUMERAL 376 DE LA LEY GENERAL DE SALUD, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 24 DE FEBRERO DE 2005, AL OBLIGAR A SU REVISIÓN PARA EFECTOS DE RENOVACIÓN, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. El citado precepto transitorio, al establecer que los registros sanitarios de medicamentos y demás insumos para la salud, otorgados por la Secretaría de Salud por tiempo indeterminado, deberán ser sometidos a revisión para su renovación en un plazo de hasta cinco años a partir de la publicación en el Diario Oficial de la Federación del aludido decreto, so pena de que a sus titulares les sean revocados, no viola la garantía de libertad de trabajo contenida en el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello es así, porque si bien la referida norma transitoria puede constituir una mayor carga para el titular de los registros sanitarios, en tanto que deberá someterlos a renovación y, por ende, realizar nuevamente el procedimiento administrativo para obtenerlo, ello no quebranta la garantía constitucional citada, pues dicha obligación no implica un obstáculo para la realización de sus actividades como titular de los registros con que cuenta, pues podrá comercializar sus productos mientras dure el procedimiento de renovación, ya que si presenta la respectiva solicitud dentro del plazo legal, sus registros seguirán vigentes hasta que la autoridad competente los renueve o revoque; de ahí que la obligación aludida lleve implícita una certeza jurídica respecto a la vigencia y forma de renovación de sus registros."

titucional.<sup>17</sup> Tal como se desprende claramente de la prescripción contenida en el segundo párrafo del artículo 271 de la Ley General de Salud, al establecer una serie de exigencias que aseguran la buena práctica de las cirugías estéticas y cosméticas, particularmente la que se destina a la autorización por parte de la Secretaría de Salud, de aquellos profesionales de la medicina para realizar dichas prácticas a condición de contar con certificado en la especialización correspondiente.

Además, se reiteran los estándares a que se sujetan los límites externos de los derechos fundamentales y que obedecen, además, a los baremos de razonabilidad y proporcionalidad que se traducen en que son admisibles y constitucionales aquellos límites que el legislador ordinario fije a los derechos fundamentales cuando:

- a) La restricción reglamentada por el legislador sea admisible en la Constitución;

---

<sup>17</sup> Tesis de jurisprudencia P./J. 64/97, emitida por el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 62 del tomo VI (septiembre de 1997) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro y texto: "BEBIDAS ALCOHÓLICAS. LA LEY QUE REGLAMENTA SU VENTA, DISTRIBUCIÓN Y CONSUMO EN EL ESTADO DE TABASCO A PARTIR DEL 11 DE FEBRERO DE 1996, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE COMERCIO. La mencionada ley regula la comercialización de bebidas alcohólicas en dicha entidad federativa, pero en ninguno de sus preceptos impide el ejercicio del libre comercio, ni tampoco establece que tal actividad sea ilícita, sino que contempla la regulación respectiva para que no se vea afectada la sociedad con su ejercicio; para ello impone ciertos requisitos, obligaciones y prohibiciones a quienes explotan ese giro mercantil, como la consistente en que la venta de cerveza en envase cerrado sólo puede hacerse a temperatura ambiente, medida que no afecta la garantía de libertad de comercio consagrada en el artículo 5o. constitucional, ya que las disposiciones de esta naturaleza tienden a proteger la salud y el bienestar de la colectividad, sin limitar los derechos públicos subjetivos de los comerciantes, los que pueden libremente ejercer su actividad cumpliendo con las prevenciones fijadas, para hacer de éste un acto lícito que no afecte el interés público. Además, la imposición de modalidades a la venta, distribución y consumo de bebidas alcohólicas se sustenta y justifica en términos de lo establecido en el último párrafo del artículo 117 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme al cual las Legislaturas de los Estados se encuentran obligadas, al igual que el Congreso de la Unión, a dictar leyes encaminadas a combatir el alcoholismo, lo que deben hacer de acuerdo con las condiciones sociales, culturales e idiosincrasia de la población de su entidad, siendo esta función de orden público e interés social."

- b) La medida legislativa sea necesaria para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional; y,
- c) Esta restricción sea proporcional. La medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales que pueda producir en otros derechos e intereses constitucionales.

El *iter* argumentativo de la sentencia guía por la lógica más contundente al satisfacer el *test* de razonabilidad y proporcionalidad; así:

- a) Se determina la admisibilidad de la limitación en términos de exigibilidad del certificado de especialización a los profesionales de la medicina, y la consecuente autorización de la Secretaría de Salud, toda vez que con aquélla se trata de mejorar las condiciones médicas de acceso a las cirugías estéticas y cosméticas de las personas.

...el artículo 271 de la Ley General de Salud actualiza una restricción como objetivo constitucionalmente válido —evitar la afectación de los derechos de terceros— que busca la realización de un objetivo expresamente previsto en la Norma Fundamental: proteger el derecho a la salud de las personas, establecido en el artículo 4o. constitucional.

- b) La medida legislativa se califica de idónea y **necesaria** para lograr el fin constitucionalmente legítimo, a saber: la protección de la salud de las personas que se sometan a cirugías estéticas y cosméticas, actualizadora

- de una de las restricciones previstas en el artículo 5o. constitucional al derecho al trabajo (evitar la afectación a los derechos de terceros); y,
- d) Se considera que la medida legislativa es proporcional en virtud de que si bien determina un grado de restricción a la libertad de trabajo que resienten los profesionales de la salud, lo es en la **medida necesaria** para poder garantizar la profesionalización y calidad que requiere la oferta médica de cirugías estéticas y cosméticas y, en consecuencia, garantizar la protección de la salud de los pacientes.

Lo anterior es admisible, toda vez que de no regularse la práctica de las cirugías estéticas, cosméticas y reconstructivas la libertad de trabajo entra en franco enfrentamiento con el derecho a la salud, en virtud de que aun siendo una práctica lícita pero no especializada, afecta tanto los derechos de terceros como de la sociedad en general.

### **3. EL CONTROL CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO**

Nuestro Tribunal Constitucional ha sentado una serie de *obiter dicta*<sup>18</sup> que evidencian el control convencional de los derechos

<sup>18</sup> Ver: Séptima Época, Primera Parte: Volúmenes 169-174, página 107. Amparo en revisión 7532/81. Desá Industries, Inc. 15 de marzo de 1983. Unanimidad de dieciocho votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. Secretario: Arturo Iturbe Rivas. Volúmenes 169-174, página 107. Amparo en revisión 4582/82. Harry J. Firard. 14 de junio de 1983. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. Secretario: Arturo Iturbe Rivas. Volúmenes 193-198, página 163. Amparo en revisión 430/83. Dart Industries Inc. 12 de marzo de 1985. Unanimidad de quince votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretario: Arturo Iturbe Rivas. Volúmenes 199-204, página 119. Amparo en revisión 3716/83. Desá Industries Inc. 17 de septiembre de 1985. Unanimidad de dieciséis votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretario: Arturo Iturbe Rivas. Volúmenes 199-204, página 119. Amparo en revisión 8887/83. AMP Incorporated. 12 de noviembre de 1985. Unanimidad de

humanos e, indefectiblemente, su réplica tuitiva en el esquema de derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que sumariamente citamos —siguiendo el análisis de Karlos Castilla—,<sup>19</sup> y sin ánimos de exhaustividad, los siguientes asuntos:

### a) *Amparos directos*

6/2008. En contra de actos de la Primera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal por estimarlos violatorios de los artículos 1o., 4o., 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Asunto: reasignación sexo-genérica, se invocó la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en particular el caso *Christine Goodwin*. Se invocan los siguientes instrumentos internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la

diecinueve votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Alfredo Villeda Ayala. Nota: En el Informe de 1985, la tesis aparece bajo el rubro 'TRATADO INTERNACIONAL, INCOMPETENCIA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA PARA CONOCER DEL RECURSO DE REVISIÓN CUANDO SE TRATA DE UN PROBLEMA DE OPOSICIÓN ENTRE UNA LEY Y UN'.

En el mismo sentido consultar: 'SUPLENCIA DE LA QUEJA EN EL AMPARO. PROCEDE TRATÁNDOSE DE VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y A LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO QUE ATENTEN CONTRA LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS Y SUS SECUELAS. Es posible aplicar la suplencia de la queja deficiente prevista por la fracción II, del artículo 76 Bis de la Ley de Amparo, en un caso donde se reclame el pago del daño moral derivado de la privación ilegal de la libertad personal pues, conforme al criterio del más Alto Tribunal de la Nación sobre la protección superior, jurídica y axiológicamente hablando de la libertad de las personas, ésta es susceptible de salvaguardar, con fundamento en los artículos 1o., 14, 16, 103 y 107 y demás relativos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A lo anterior, debe sumarse lo previsto por los tratados internacionales, en términos del artículo 133 constitucional, en lo referente a las medidas que deben adoptar los Estados para la protección de los derechos humanos, pues el acto privativo tiene consecuencias que atentan contra el honor y la reputación de las personas que también es un derecho fundamental inherente a los seres humanos que debe ser protegido con la misma intensidad que la privación ilegal de libertad por derivar de ésta.' SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 344/2008. Jesús Alejandro Gutiérrez Olvera. 10 de julio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz.

<sup>19</sup> "El derecho de origen internacional en la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de derecho constitucional*, No. 23, México, IJ/UNAM, julio-diciembre de 2010, pp. 219-243.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para desarrollar el principio de igualdad, así como para destacar que toda persona humana tiene derecho a la libertad, a la no discriminación, entre otros, por razón de sexo, al reconocimiento de su personalidad jurídica y que nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, teniendo el derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

30/2008. En contra de actos de la Primera Sala de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Asunto: divorcio y la pérdida de la patria potestad. La Corte por lo que hace a la participación de los menores en los procesos judiciales, invoca: Convención sobre Derechos del Niño; la Observación General no. 5 del Comité de Derechos del Niño; Opinión Consultiva "Reservas a la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio" emitida por la Corte Internacional de Justicia; caso *Austria vs. Italia* resuelto por la Comisión Europea de Derechos Humanos; Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Otros tratados. Objeto de la función Consultiva de la Corte" (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-1/82), "Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (OC-2/82); Comité de Derechos Humanos Observación General no. 13; y, "Condición jurídica y derechos humanos del niño" (OC-17/02).

9/2008. En contra de la sentencia definitiva de 12 de noviembre de 2007, dictada en el toca 251/2007 por el Primer Tribunal Unitario del Vigésimo Circuito. Asunto: homicidio califi-



cado, lesiones calificadas, portación de arma de fuego sin licencia y de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea. En razón de su condición de pertenencia a grupos étnicos, se hizo expresión de: Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas; Convenio 169 de la OIT; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Criterios fijados por el Comité de Derechos Humanos en su observación general no. 16, así como Observación General no. 20; Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Loayza Tamayo*, *Blake*, *Los "niños de la Calle"*, *Castañeda Gutman*, *Estrella* y *Quinteros*. La Comisión Interamericana es retomada en los casos *Mejía* y *Hermanas González Pérez*.

871/2007. Se impugnó la sentencia dictada por la Tercera Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y se argumentó que el artículo 224, párrafo primero, fracción VIII, en relación con el 220, párrafo primero, fracción IV, ambos del Código Penal para el Distrito Federal, era contrario al principio *non bis ibidem* contemplado en el artículo 23 de la Constitución. Se invoca tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el asunto *Loayza Tamayo*.

1624/2008. En este asunto se impugnó originalmente, por medio del amparo, la sentencia del Segundo Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito. Asunto: especificidad cultural del quejoso en su calidad de indígena. La Corte invocó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Asamblea General de este organismo el 13 de septiembre de 2007; Resolu-

ciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos: *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*; *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*; el de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*; y, *Pueblo Saramaka*; Recomendación General 23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas; Resolución sobre "Protección Especial de las Poblaciones Indígenas, Acción para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial" y en su Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador de 1997 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Connors*; y, caso *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights* resuelto por la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.

75/2009. Se impugnó la constitucionalidad de los artículos 1o., 2o. y 14 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado. Asunto: límite máximo a la indemnización que por daño moral debe pagar el Estado. Se hace expresión de: Convención Americana de Derechos Humanos; los asuntos resueltos por la Corte Interamericana de Justicia: *Velásquez Rodríguez*, *Ticona Estrada* y otros, *Valle Jaramillo* y otros, *Tristán Donoso*, *Los "niños de la calle"* (*Villagrán Morales* y otros), *Ivcher Bronstein*, *Baena Ricardo* y otros, *Tribunal Constitucional*, *Blake*, *Castillo Páez*, *Garrido* y *Baigorria*, *Apitz Barbera* y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") y *Heliodoro Portugal*; Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Chorzów*.

2044/08. Se denuncia la inconstitucionalidad de los artículos 1o., 3o., 4o., 5o. y 6o. de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato, por estimarlos contrarios a los ar-

tículos 6o. y 7o. de la Constitución Federal. Asunto: libertad de expresión vs. vida privada de los funcionarios públicos, alcance y restricciones de los dos derechos. Se invocan: Observaciones Generales 4, 7 y 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observaciones Generales 16 y 28 del Comité de Derechos Humanos; De la Corte Interamericana de Derechos Humanos se utilizan criterios fijados en los casos *Tristán Donoso*, *Herrera Ulloa*, *Ivcher Bronstein*, *La "última tentación de Cristo"* (*Olmedo Bustos y otros*), *Kimel*, *Palamara Iribarne*, *Ricardo Canese*, *Claude Reyes y otros*; así como en su opinión consultiva OC-5/85 y la resolución de las medidas provisionales del periódico *La Nación*; Comisión Interamericana de Derechos Humanos caso 11.00, Informe no. 1/95; y el capítulo III del Informe Anual sobre Libertad de Expresión 2008, elaborado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión; casos *Thoma*, *Feldek*, *Sürek* y *Özdemir*, *Dichand y otros*, y el caso *Lingens* de la Corte Europea de Derechos Humanos.

### **b) Amparos en revisión**

287/2007. Se impugnó el artículo 28 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo. Asunto: Tutela judicial. Se traen al caso: Convención Americana de Derechos Humanos; Opinión Consultiva OC-9/87 "Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; casos *Genie Lacayo*, *Comunidad Indígena Yakye Axa*, *Hermanas Serrano Cruz*, *Tibi*, *Ricardo Canese*, y la "Masacre de Mapiripán" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

514/2007. Se presentó el amparo en contra de la negativa de la libertad preparatoria por prohibición expresa de la ley (artículo 85, fracción I, inciso j) prevista en el Código Penal Federal. Asunto: Derecho de igualdad. Se apela a las Opiniones consultivas OC-4/84, "Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización", y OC-17/02 "Condición jurídica y derechos humanos del niño de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"; casos *Willis*, *Wessels-Bergervoet*, *Petrovic* y "*relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*" sustanciados por la Corte Europea de Derechos Humanos; casos *Marzioni*, *Marín Ramírez* y *Aylwin Azócar* conocidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; caso *Legal Resources Foundation* resuelto por la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos; así como lo establecido por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el caso *De Groot*.

715/2007. Se interpone en contra de lo prescrito por el 30 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos en tanto contrario al artículo 16 constitucional y al artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se traen al caso: Opinión Consultiva OC-9/87, "Garantías judiciales en estados de emergencia" (artículos 27.2, 25 y 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); casos *Tribunal Constitucional* y *Baena Ricardo*, *Genie Lacayo*, *Suárez Rosero*, *Comunidad Moiwana*, *Hermanas Serrano Cruz*, *Tibi* y "*Masacre de Mapiripán*" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; casos *Albert and Le Compte*, *Campbell and Fell*, *Deweer* y *Angel and others* de la Corte Europea de Derechos Humanos.

976/2007. En contra de una sentencia de amparo que resolvió respecto a la constitucionalidad del artículo 31 bis, segundo párrafo, de la Ley Federal de Competencia Económica. Se hace expresión del caso del *Tribunal Constitucional* y la opinión consultiva OC-9/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; casos *Campbell and Fell*, *Albert and Le Compte*, *Deweer* y *Angel and others* de la Corte Europea.

1099/2007. Se impugnó el artículo 41 del Código Federal de Procedimientos Penales por considerarlo contrario a los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal. Se apela a: Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; así como Opinión Consultiva OC-9/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, antes citada.

220/2008. Se impugnó la Ley del ISSSTE. Se alude a: Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Protocolo de "San Salvador" en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio número 102 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la seguridad social (norma mínima).

619/2008. Se impugnó la resolución emitida en la causa penal número 206/2004-II-2, radicado en el Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de Chiapas. Asunto: delito contra la salud, en la modalidad de transporte de clorhidrato de cocaína. Se apela a: Observaciones Generales 31 y 32 del Comité de Derechos Humanos así como el caso *Henry*; Opinión Consultiva OC-11/90 de la Corte Interamericana de Derechos Humana-

nos y los casos *Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz, "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros), La Cantuta, Zambrano Vélez Tibi y otros, Garrido y Baigorria, Castañeda Gutman, Suárez Rosero, Juan Humberto Sánchez, Hilaire, Constantine, Benjamín y otros, y Valle Jaramillo.*

44/2009. La sentencia se emite con motivo de la facultad de atracción 33/2008; el amparo había sido interpuesto en contra del artículo 6o. del Reglamento para los Servicios Médicos del ISSSTESON, y en la sentencia para determinar si dicha disposición era contraria a la Constitución. Se invocan: Declaración Universal de los Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y Observaciones Generales 14 y 19 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

#### 4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

La invocación recurrente al derecho convencional se hace evidente en la protección más amplia del derecho a la salud de cara a la constitucionalidad de las limitantes en la ley ordinaria (Ley General de Salud) al ejercicio del derecho al trabajo, en particular del ejercicio de la profesión médica y la práctica de cirugías estéticas y cosméticas.

El análisis de constitucionalidad en clave de restricción a la libertad de trabajo como **medio necesario** para la protección del derecho a la salud, que establece el artículo 271, párrafo segundo, de la Ley General de Salud, además de

salvaguardar los derechos de terceros, que es una de las restricciones autorizadas constitucionalmente, es razonable para el fin que se busca, que es la protección de la salud de las personas.

Con la finalidad de definir los contornos y esclarecer la expresión "medida necesaria" en tanto limitante del derecho del trabajo, la Primera Sala concatena su interpretación con aquella que los tribunales internacionales han verificado a propósito del derecho a la salud contenido en diversos instrumentos universales y regionales, resoluciones, opiniones consultivas y observaciones de los diversos organismos del sistema de Naciones Unidas, por tanto asume que:

1. Necesaria.- implica la existencia de una necesidad social imperiosa, de un interés público imperativo; así, de entre varias opciones para alcanzar el objetivo se habrá de elegir la que restrinja en menor escala el derecho protegido,<sup>20</sup>
2. El contenido del derecho a la salud implica el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfaga las necesidades de la población; que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad,<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos y en sus respectivos ámbitos Convenio Europeo de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>21</sup> Párrafo 1o. del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (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); el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y que los Estados deberán adoptar las medidas a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho); el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos

3. La protección del derecho a la salud depende de la forma en que en el orden jurídico nacional se regulan las condiciones de acceso a los servicios médicos, así como en las peculiaridades que incidan en la calidad de éstas y, más aún, ya que en todas sus formas y niveles, "...abarca elementos esenciales e interrelacionados, tales como: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad", denotándose como contenido de esta última: el que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista científico y médico, con equipo hospitalario apropiado y en buen estado, así como condiciones sanitarias adecuadas; y por lo que hace al personal médico, que esté debidamente capacitado,<sup>22</sup>
4. La responsabilidad de los Estados en:<sup>23</sup> adopción de leyes y medidas que tiendan a rendir **igual el acceso** a la atención de la salud; velar porque la privatización del sector salud no atente contra la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios; control de la comercialización del equipo médico y medicamentos por terceros, y que los médicos como otros profesionales de la salud reúnan las condiciones

Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo De San Salvador" (toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social); lo establecido por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993; Los Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1991 (resolución 46/119), y la Observación general N° 5 del Comité sobre personas con discapacidad se aplican a los enfermos mentales; el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y la Declaración y Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, contienen definiciones de la salud reproductiva y de la salud de la mujer.

<sup>22</sup> Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General N° 14.

<sup>23</sup> *Ibidem*, párrafo 35.



de educación y experiencia.<sup>24</sup> Y más allá de la regulación, la fiscalidad en la prestación de los servicios<sup>25</sup> que posibilita una verdadera protección al derecho a la vida y a la integridad personal.<sup>26</sup>

## 5. COROLARIO

Nuestro más Alto Tribunal nacional de forma integral recurrente ha ingresado a la era del derecho convencional como estándar de control de la constitucionalidad de las normas en materia, específicamente de derechos humanos, actividad jurisdiccional que maximiza, indubitadamente, la dimensión de los derechos fundamentales de los mexicanos.

## 6. FUENTES DE CONSULTA

"Actualidad normativa de la medicina estética en México", *El sol de Chiapas en línea*, 21 de septiembre de 2010, consulta electrónica: [www.elsoldechiapas.com.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=10026&Itemid=37](http://www.elsoldechiapas.com.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=10026&Itemid=37), 15 de noviembre de 2010.

"Proyecto de Decreto por el que se reforman los artículos 81, 83 Y 271, y se adiciona un Capítulo IX-BIS al Título Decimosegundo de la Ley General de Salud", *Diario de los Debates No. 31*, Primer periodo ordinario de sesiones, Senado de la República LXI Legislatura, diciembre de 2009.

<sup>24</sup> Hernández, María del Pilar, *Derechos del personal de la salud*, México, IJ-UNAM/ Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, 2000, pp.

<sup>25</sup> Corte IDH, caso *Ximenes Lopes*, Fondo, Reparaciones y Costos, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, No. 149, párrafo.99.

<sup>26</sup> Corte IDH. Caso *Albán Carnejo y otros*, Fondo Reparaciones y Costos, sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C, No. 171, párrafo 121.

Amparo en revisión 173/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, abril de 2009, p. 164.

Corte IDH, caso *Ximenes Lopes, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, No.149, párrafo.99.

Corte IDH. Caso *Albán Cornejo y otros, Fondo Reparaciones y Costas*, sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C, No.171, párrafo 121.

*Diario Oficial de la Federación* de 12 de enero de 2006.

*Diario Oficial de la Federación* de 4 de diciembre de 2009. Segunda Sección.

*Diario Oficial de la Federación* de 19 de junio de 2007.

*Gaceta Parlamentaria*, No. 2909-I, México, Cámara de Diputados, 10 de diciembre de 2009.

HERNÁNDEZ, María del Pilar, "Los límites al control de constitucionalidad", en *Reformas y control de la Constitución. Implicaciones y límites*, México, IIJ/UNAM, 2011, pp. 145-146.

\_\_\_\_\_, *Derechos del personal de la salud*, México, IIJ-UNAM/Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, 2000.

KASTILLA, Carlos, "La interpretación de los derechos fundamentales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación", Conferencia dictada por la Ministra Olga Sánchez Cordero en el Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 1o. de junio de 2007.

LÓPEZ MESA, Marcelo (coordinador), *Tratado de responsabilidad médica*, Legis-Ubijus, Bogotá-México DF, 2007.

MELLONI, Biagio John *et al.*, *Diccionario de Medicina Ilustrado*, Barcelona/Bogotá/México, Reverte, 1983, p. 26

MUNAR BERNAT, Pedro A., "Daños causados por actos médicos", en *Estudios de jurisprudencia sobre daños*, Madrid, La Ley, 2006, pp. 453 y ss.

[www.conacem.org.mx/](http://www.conacem.org.mx/), consulta electrónica del 12 de enero de 2011.