

EL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO: SUPERANDO ASPIRACIONES CONSTITUCIONALES MEDIANTE SU EXIGIBILIDAD JUDICIAL

Jimena SUÁREZ IBARROLA*
Alejandro MADRAZO LAJOUS**

SUMARIO: I. *Introducción: origen del derecho a la salud.* II. *El derecho a la salud en la Constitución mexicana.* III. *La dicotomía tradicional de los deberes del Estado frente a la protección judicial a la salud.* IV. *La interpretación judicial en México y el derecho a la salud: tres casos que trazan algún progreso.* V. *Conclusiones: hacia la construcción de una nueva conceptualización del derecho a la salud.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN: ORIGEN DEL DERECHO A LA SALUD

La primera disposición en consagrar el derecho a la salud, la más extensa y completa, se encuentra en el derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹ establece la definición general de este derecho como el “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”,² y

* Maestra en derecho por la Universidad de California, Berkeley. Coordinadora del Proyecto de Investigación en el Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Programa de Derecho a la Salud de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

** Maestro y doctor en derecho por la Universidad de Yale. Profesor/investigador en el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), Región Centro y Coordinador del Programa de Derecho a la Salud.

¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A.G., Res. 2200 A (XXI), U.N. GAOR Supp. (núm. 16), p. 49, U.N. Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S 3, entrada en vigor el 3 de enero de 1976. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

² El derecho a la salud aparece en una variedad de tratados y declaraciones pertenecientes al sistema universal de protección de derechos humanos, los cuales hacen referencias semejantes al artículo de PIDESC: artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, AG, Res. 217A (III), U.N. Doc. A/810, p. 71(1948); artículos 11 y 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, AG, Res. 34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (núm. 46), p. 193, U.N.

JIMENA SUÁREZ IBARROLA / ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

los elementos prioritarios que del mismo derivan. El derecho a la salud³ ha sido tradicionalmente entendido bajo la lógica que dividió el marco de los derechos humanos⁴ en dos categorías. La primera de ellas, los derechos de primera generación, integrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). El segundo grupo, los denominados derechos de segunda generación, son los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

El razonamiento subyacente a la división que se da desde el ámbito transnacional entre los DESC —entre ellos, el derecho a la salud— de los derechos de naturaleza civil y política, otorga primacía a estos últimos sobre los primeros. En la concepción tradicional, los DESC requieren de una erogación de recursos públicos, por lo que son garantizados, principalmente, a través de obligaciones positivas o “de hacer” por parte de los Estados.⁵ Los altos niveles de intervención estatal —que dicha visión percibe como necesarios para garantizar los DESC— implican que son de realización progresiva⁶, tal como lo reconoce el artículo 2o. del PIDESC y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las medidas que

Doc. A/34/46 (1979), entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981; artículo 5 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, Res. de la AG 2106 (XX), Annex, 20 U.N. GAOR Supp. (núm. 14), p. 47, U.N. Doc. A/6014 (1966), U.N.T.S 195, entrada en vigor: 4 de enero de 1969; artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, AG, Res. 44/25, Annex, 44 U.N. GAOR Supp. (núm. 49), p. 167, U.N. Doc. A/44/49 (1989), entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990; artículo 25 de la Convención Internacional sobre la Protección y la Promoción de los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad, AG, Res. 61/106, Annex I, U.N. GAOR, Sess., Supp. núm. 49, p. 65, U.N. Doc. A/61/49 (2006), entrada en vigor el 3 de mayo de 2008.

³ Se incluye, igualmente, en instrumentos regionales como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el Protocolo de San Salvador) en su artículo 10. El artículo replica, de manera general, la disposición del PIDESC: Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, Organización de los Estados Americanos, Serie de Tratados, núm. 69 (1988), entrada en vigor el 6 de noviembre de 1999; el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) incluye, igualmente, el compromiso de los Estados Parte de adoptar “las providencias necesarias para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos...”: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Organización de los Estados Americanos, Serie de Tratados núm. 36 (1969), entrada en vigor el 18 de julio de 1978.

⁴ Para el presente trabajo se utiliza el término “humanos”, ya que es la nomenclatura adoptada por la Constitución federal a partir de la reforma constitucional de junio de 2011 y, por otra parte, el sistema universal, así como el regional adoptan prioritariamente el término “humanos”. Sin embargo, y a pesar de sus orígenes distintos, las expresiones “derechos humanos” y “derechos fundamentales” serán utilizadas de manera intercambiable, sin que, por ello, se sostenga o se explore cualquiera de las posturas iusnaturalista o positivista respecto a los derechos individuales.

⁵ Annotations on the Text of the Draft International Covenants on Human Rights (Anotaciones sobre el texto del borrador Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos), UN Doc. A/2929 (1955), pp. 7 y 8.

⁶ Alston, Philip *et al.*, *International Human Rights, The Successor of International Human Rights in Context (Derecho internacional de los derechos humanos, el sucesor del derecho internacional de los derechos humanos en contexto)*, Oxford, 2013, p. 284.

deben adoptar los gobiernos para garantizar dichos derechos son, bajo esta concepción, en función de los recursos que disponga el Estado, lo que exige un margen de discrecionalidad importante por parte de las autoridades administrativas para determinar qué prestaciones privilegiar. En consecuencia, se entiende que su exigibilidad desde la esfera judicial es inadecuada o sumamente restringida. En contraste, la posición tradicional suele concebir a los PIDCP como consistentes en obligaciones de abstención a cargo del Estado —no censurar, no afectar la esfera privada sin justificación suficiente y un debido proceso, etc.—, y, en consecuencia, exigibles con independencia de los recursos públicos asequibles.

Así, la posición doctrinal que prioriza el cumplimiento de los derechos civiles y políticos por no depender de los recursos disponibles y, en consecuencia, ser exigibles y de realización inmediata, caracteriza al derecho a la salud —y el resto de los DESC—, como un derecho “programático”, que funciona como una directriz a los poderes legislativo y ejecutivo en la elaboración de la política pública, dejando en esos espacios un amplio margen discrecional.⁷ En síntesis: para la doctrina tradicional los derechos de carácter civil y político infieren obligaciones negativas por parte de los Estados y son justiciables ante un juez, mientras que los DESC son de carácter prestacional y, como regla general, no son exigibles por la vía judicial.⁸ En décadas recientes, la doctrina y el aumento en litigios vinculados con el derecho a la salud (y otros derechos sociales) han venido minando esta distinción categórica entre derechos, y explorando cuándo y cómo todos los derechos fundamentales pueden y deben ser exigibles.

El presente trabajo tiene la intención de entender la evolución del derecho a la salud en el contexto de la tensión que aún persiste entre las posiciones doctrinales tradicional y contemporánea. Buscamos resaltar la necesidad de retomar el diálogo sobre el alcance del derecho a la salud, trazando los avances e identificando los retos que aún persisten ante la protección judicial de la salud en México. La primera sección revisa los principales componentes del reconocimiento explícito del derecho a la protección a la salud de toda persona, contenido en el artículo 4o. de la Constitución federal. La segunda sección revisa las distintas perspectivas sobre la intervención judicial en la protección del derecho a la salud. Se exploran las objeciones tradicionales, a la luz de los debates teóricos más recientes sobre la exigibilidad judicial del derecho a la salud, con base en la propia doctrina de los derechos humanos. Por último, el tercer capítulo expone tres casos importantes que han producido avances para la exigibilidad del derecho a la salud de nuestro país, mediante la intervención de los jueces en asuntos de redistribución como el reconocimiento de las necesidades específicas de ciertos grupos y en el robustecimiento, a la par, del alcance de las obligaciones estatales que derivan de la Constitución federal y de sus compromisos internacionales.

⁷ *Ibidem*, pp. 278 y 285.

⁸ Para más información sobre esta postura, véase Kelley, David, *A Life of One's Own: Individual Rights and the Welfare State (La vida uno mismo: los derechos individuales y el Estado de Bienestar)*, Cato Institute, 1998.

JIMENA SUÁREZ IBARROLA / ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

II. EL DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

A lo largo del texto constitucional, el concepto de salud aparece en distintas y numerosas ocasiones. El término tiene distintos significados y propósitos. Podemos hablar de tres tipos de funciones constitucionales de este término: *a)* como derecho fundamental, *b)* como una prestación laboral, esto es, como un beneficio derivado de la relación entre patrones y trabajadores, y *c)* como un bien constitucional distinto de, e inclusive en ocasiones contrapuesto a los derechos fundamentales.⁹ La presente sección se enfoca en el uso constitucional del concepto de salud como un derecho fundamental protegido.

La inclusión del derecho a la salud como derecho fundamental en nuestro régimen constitucional data de 1983, por iniciativa del titular del Poder Ejecutivo Federal. Previamente, una atención médica adecuada era, constitucionalmente, una prestación laboral derivada del derecho a la seguridad social consagrada en el artículo 123; o bien como medidas destinadas al desarrollo social, derivadas de la agenda política del gobierno en turno.¹⁰

Antes de la reforma, las acciones gubernamentales dirigidas a atender la salud de las personas, se entendieron, comúnmente, como actividades altruistas y benefactoras.¹¹ En cuyo caso, la falta de atención médica por marginación y exclusión podría justificarse como un efecto natural a las condiciones de vida en la pobreza, y no como una *violación a un derecho*.¹² La reforma elimina la discrecionalidad con la que se abastecieron los servicios de salud durante décadas por el gobierno mexicano, sobre todo, a la población no derechohabiente. Con todo, la herencia conceptual que enmarca a los servicios de salud como un componente de los derechos laborales enmarcados en el 123 aparece en la iniciativa. Precisamente, se invoca y reafirma el vínculo entre el acceso igualitario a los servicios de salud y la mejora en las condiciones del trabajo, la distribución del ingreso y la productividad.¹³

⁹ Madrazo Lajous, Alejandro *et al.*, *El derecho a la salud en el sistema constitucional mexicano*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), División de Estudios Jurídicos, Publicación núm. 62, octubre, 2013. Disponible en: <http://www.cide.edu/publicaciones/status/dls/DTEJ%2062.pdf>.

¹⁰ *Ibidem*, p. 10.

¹¹ *Ibidem*, p. 5: “La senadora Senties de Ballesteros, hablando ante el Pleno del Senado por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Salubridad señalaba con toda claridad la transformación hacia la exigibilidad que implicaba la consagración constitucional del derecho fundamental a la salud: “Los defectos del concepto de salud y del propio derecho social, como actividades altruistas, no se deben más que a las ideas dominantes en la materia, que daban a las leyes de protección un carácter de concesión graciosa del Estado, ideas que se han transformado en el desarrollo del derecho social que introduce un nuevo sentido”.

¹² Sobre el proceso de desarrollo de la conciencia de los derechos como parte fundamental en la lucha contra la injusticia social, véase Felstiner, William L. F. *et al.*, “The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming... (El surgimiento y transformación de las disputas: nombrando, culpando, reclamando...)”, 15 *Law & Society Review*, 631, 1981.

¹³ Poder Ejecutivo Federal, Iniciativa de adiciones al artículo 4o. de la Constitución Política, 22 de diciembre de 1982.

En la iniciativa de reforma constitucional y los registros del proceso legislativo, se reflejan las preocupaciones principales que motivaron la elevación de la salud como *derecho fundamental* a la protección de la salud de toda persona.

Estas preocupaciones se refieren esencialmente al acceso por parte de toda la población a los sistemas de seguridad social, materializado en el abastecimiento de “servicios institucionales que contribuyan a la protección, restauración y mejoramiento de sus niveles de salud”.¹⁴

A partir de la consagración de un derecho a dicha protección, surge la obligación o deber correlativo a cargo del Estado de actuar para asegurar el goce efectivo del mismo por sus titulares.

La exigencia que el Estado tome las medidas a su alcance para proteger la salud, porque es derecho de todas las personas en territorio nacional, implica, uno esperaría, la exigibilidad de la protección a la salud. A pesar de ello (y como relata la descripción sobre los orígenes del derecho a la salud en la sección introductoria), aún no existe un consenso sobre los mecanismos para hacer exigibles los derechos vinculados a la salud.

Como resultado de la reforma constitucional, el artículo 4o., en su párrafo tercero, dice lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.

Del texto constitucional se desprenden dos características torales del derecho a la salud. Primero, al emplear la frase “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud”, el texto denota: *a)* se trata de un derecho fundamental, que corresponde a toda persona en territorio nacional, sin distinciones; *b)* establece un mandato dirigido al Estado de tomar medidas positivas que protejan la salud de las personas y no limitarse a abstenerse de vulnerar la salud de las personas; *c)* finalmente, el constituyente permanente explícitamente determinó que la salud constituía una materia que se regía por el sistema de facultades concurrentes entre Federación y entidades federativas (y, dependiendo del régimen constitucional interno de cada estado, potencialmente los municipios).¹⁵

A continuación se describen los componentes y características fundamentales del derecho de toda persona a la protección de la salud, tal como se desprende del texto constitucional.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Madrazo Lajous, Alejandro, *op. cit.*, 2013, p. 1: “Al respecto, la Iniciativa de reforma señalaba: “El carácter concurrente de la materia sanitaria se ajusta a lo dispuesto por el Constituyente de Querétaro, al prevenir el Consejo de Salubridad General y la dependencia del ejecutivo encargada de las tareas sanitarias en el ámbito federal. El empeño descentralizador ha de comprender la entrega paulatina a las jurisdicciones locales de funciones, programas y recursos hasta hoy manejados por la Federación... Así se abatirán las inequidades regionales, el centralismo y el manejo dispendioso de los recursos que la nación asigna a esta prioridad”.

JIMENA SUÁREZ IBARROLA / ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

1. *La salud como derecho humano: orientación igualitaria*

Los argumentos esgrimidos por el Ejecutivo Federal en la exposición de motivos, se basan, principalmente, en los ideales revolucionarios sobre igualdad de hecho entre las clases sociales.¹⁶ Dentro de la exposición de motivos de la reforma al artículo 4o. sobre el derecho a la protección a la salud de diciembre de 1982, se reafirma la necesidad de expandir la cobertura universal de los servicios sanitarios adecuados como una de las reivindicaciones de la agenda de justicia social.¹⁷ En este sentido, el derecho a la salud tiene una orientación fundamentalmente igualitaria. La iniciativa señala: “El mejoramiento de la salud... es uno de los retos a los que se enfrentan las sociedades que buscan ser cada vez más igualitarias”.

Una protección igualitaria de la salud se traduce en dos exigencias que justifiquen la elevación del derecho a rango constitucional: *a)* universalidad de la cobertura y *b)* igualdad en la calidad de la protección de la salud. Estas exigencias se dirigen a los sectores que no tienen acceso a los servicios que proveen las instituciones de seguridad social —a través de los centros de salud— y atienden la necesidad de redistribuir los insumos públicos en aras de que el sistema de salud opere bajo el principio de igualdad. Por consiguiente, introduce la necesidad de que la subsistencia del sistema de salud —así como los insumos que deba proveer para lograr la cobertura universal— siga las pautas en que se basan el resto de los sistemas de seguridad social para financiar los gastos, esto es, en la capacidad contributiva y redistribución del ingreso.¹⁸

En el entender del constituyente permanente que en 1982 discutía la elevación de la materia de salud a rango de derecho fundamental, la materia de salud es amplia, abarcando desde la prestación de servicios de atención médica, la prevención, la rehabilitación, la regulación de productos para el consumo humano (“alimentos, bebidas y medicamentos, estupefacientes y psicotrópicos”), la educación, el medio ambiente, la tecnología, el financiamiento de los servicios de salud, e inclusive la cultura en general.¹⁹

¹⁶ Iniciativa Derecho a la Salud, Exposición de Motivos.

¹⁷ Iniciativa Derecho..., *cit.*: “Este derecho es una vieja aspiración popular congruente con los propósitos de justicia social de nuestro régimen de convivencia y con los compromisos que en cuanto a derechos humanos, México ha asumido en la Organización de las Naciones Unidas y en la Organización de los Estados Americanos desde hace décadas”.

¹⁸ Madrazo Lajous, Alejandro, *op. cit.*, 2013, p. 3.

¹⁹ Madrazo Lajous, Alejandro, *cit.*, p. 3: Al hacer un recuento de “la rica y vasta” legislación sanitaria que había producido el régimen, la Iniciativa menciona la incorporación de materias como “la prevención de invalidez y rehabilitación de los inválidos, disposición de órganos, tejidos y cadáveres; control de alimentos, bebidas y medicamentos, estupefacientes y psicotrópicos; protección de la salud de la niñez y de los ancianos; mejoramiento y cuidado del medio ambiente”. Más adelante, la iniciativa menciona “sistemas de control de calidad de fármacos”; “medicina preventiva y educación para la salud” precisando el vínculo de éstas con la “comunicación masiva”. Sostiene que la responsabilidad de la “custodia, restauración y mejoramiento” de la salud “está estrechamente vinculada a lo cultural”. Iniciativa Derecho a la Salud. Por su parte, la intervención de la senadora Hoyos de Navarrete, en la presentación del dictamen ante la cámara de origen antes citado, alude, en términos amplios, al concepto de salud de la OMS: “Según la Organización Mundial de la Salud ésta se define

2. *Obligaciones positivas como base de la eficacia progresiva*

Uno de los rasgos distintivos de la protección a la salud que se desprenden del proceso legislativo, es la atribución de un papel activo y protagonista para el Estado. Desde el inicio, se plantea su eficacia como gradual y progresiva, pero materializada preponderantemente por la actividad estatal. En este sentido, la iniciativa reitera la percepción proveniente, originalmente, del sistema universal de protección de derechos²⁰ sobre el origen programático del derecho a la salud. Se determina que la progresividad es una de las características que conlleva la protección a la salud,²¹ pues la provisión de servicios con cobertura universal e igualitaria no puede ser automática, pero tampoco inalcanzable. La Iniciativa lo señala explícitamente:

Si bien la garantía social que proponemos, vendría a enriquecer el contenido programático de la Constitución de Querétaro, compendio supremo del proyecto nacional, sabemos que no implica que este derecho sea de cumplimiento automático; pero tampoco su efectividad es propósito ingenuo y por ello inalcanzable. Por el contrario, los recursos que el Estado y la sociedad destinan a la salud... muestran que es factible que en mediano plazo los mexicanos tengan acceso a servicios institucionales que contribuyan a la protección, restauración y mejoramiento de sus niveles de salud.

A la vez, dispone que debe existir una corresponsabilidad de la sociedad y de los individuos, que se traduce —de acuerdo con la iniciativa— en “la participación inteligente, informada, solidaria y activa de los interesados”,²² esto es, los titulares del derecho a la salud. Sin esta participación, continúa el texto, “no es posible que se conserve, recupere e incremente la salud”. Como resultado, la responsabilidad de proteger a la salud la comparte el Estado con el resto de las personas: “...es una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados”.²³

como el bienestar biológico, psicológico y social del individuo”, y menciona “servicios”, “alimentación suficiente”, “condiciones ambientales”. El diputado Viterbo Cortez Lobato, en su intervención, alude a la definición de salud de la OMS y señala explícitamente que “el concepto de salud es más amplio y abarca las condiciones físicas y mentales del sujeto y aspira a establecer el armónico equilibrio de todas sus manifestaciones en el medio social”.

²⁰ Iniciativa Derecho a la Salud, Exposición de Motivos, *op. cit.*, 5, p. 8. Véase también Alston, Philip, *op. cit.*, p. 316.

²¹ Iniciativa Derecho a la Salud, Exposición de Motivos.

²² *Idem.*

²³ Existe un riesgo en señalar que los individuos tienen interés en ver su derecho a la salud protegido, cuando no son beneficiarios directos o indirectos de las instituciones de seguridad social. Los sectores de la sociedad que han sido históricamente marginados y excluidos de los mecanismos de protección institucional —que satisfacen sus necesidades de salud con mecanismos informales, tradicionales o a través de dádivas gubernamentales—, generalmente encuentran enormes dificultades para ejercer una participación inteligente, informada, solidaria y activa.

El riesgo es, entonces, que sean responsabilizados en caso de haber deficiencias en la protección a su salud, tomando en cuenta que son corresponsables en el ejercicio de este derecho. Seguir esa lógica puede justificar la inacción estatal, cuando la fuente de las omisiones en la cobertura de la atención

JIMENA SUÁREZ IBARROLA / ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

Cabe destacar que el papel del Estado no se limita a la prestación de servicios de salud. Los rubros de protección y mejoramiento fijados por la iniciativa remiten a la prevención y al fomento de los hábitos sanos, así como a la regulación de productos y actividades potencialmente nocivos para la salud. La prevención y el fomento son obligaciones que recaen en el ámbito operacional estatal. La amplitud de la protección de la salud, por consiguiente, incluye una gama amplia de actividades tales como la prestación de servicios de salud, la regulación de los productos farmacéuticos, la educación e información y el financiamiento.

Finalmente, la Iniciativa señala que existe un deber correlativo entre los poderes públicos en la protección de la salud: "...el carácter social de este derecho impone a los poderes públicos un deber correlativo al que consideramos se puede hacer frente, si existe solidaridad, responsabilidad pública, voluntad política y capacidad de ejecución. El sector público deberá poseer esos atributos para que el reiterado propósito de disponer de un Sistema Nacional de Salud, sea una realidad".²⁴

Se puede hacer una crítica al lenguaje que elige el Ejecutivo Federal en la iniciativa. Los factores mencionados en el pasaje anterior de la iniciativa no representan el lenguaje del marco teórico de los derechos humanos actual. El uso de los factores que deben de nutrir el cumplimiento del "deber correlativo" en la iniciativa —solidaridad, responsabilidad, voluntad política, y capacidad de ejecución— abren la posibilidad de sostener que el Estado decide hasta qué punto garantiza el derecho, según considere las circunstancias y condiciones que enfrente. La voluntad política, sobre todo, debilita los mecanismos de rendición de cuentas y encubre arbitrariedad en la selección de las intervenciones gubernamentales para proteger el derecho a la salud, de acuerdo con factores subjetivos contingentes a cada administración.

3. *Efecto descentralizador: concurrencia entre la Federación y los estados*

La iniciativa reafirma la necesidad de descentralizar los recursos económicos, materiales y humanos, ya que el manejo centralizado pierde de vista las necesidades que puedan surgir en cada entidad federativa. De esta forma, el reconocimiento constitucional de la protección de la salud trasladó a los estados y municipios res-

provenza de fallas estructurales, que no han sido resueltas para evitar formas más complejas y profundas de discriminación sistémica. La población más vulnerable siempre se encuentra en una posición de sufrir efectos negativos, en la implementación de políticas públicas elaboradas con base en criterios neutros.

²⁴ El uso de los factores que deben de nutrir el cumplimiento del "deber correlativo" —solidaridad, responsabilidad, voluntad política, y capacidad de ejecución— abren, de nuevo, la posibilidad de sostener que el Estado decide hasta qué punto garantiza el derecho, según considere las circunstancias y condiciones que enfrente. Desgraciadamente, estos argumentos debilitan mecanismos de rendición de cuentas y pueden encubrir arbitrariedad en la selección de las intervenciones gubernamentales para proteger el derecho a la salud, de acuerdo con factores subjetivos contingentes a cada administración. La exigencia constitucional de compartir responsabilidades con las entidades federativas, a través de la concurrencia (que se estudia en la siguiente sección), necesariamente requiere de la acción conjunta de los distintos niveles del Estado. Como regla general, la Federación tiene un menor acercamiento con las particularidades de las poblaciones locales.

ponsabilidades y facultades monetarias, organizacionales y técnicas en materia de salud,²⁵ con el fin de hacer frente a los problemas específicos del contexto que se vive en cada entidad. La reforma tiene entonces un objetivo descentralizador, a través de la concurrencia competencial entre la Federación y las entidades federativas. De ahí que los estados y, en los casos que éstos así lo decidan, los municipios constituyen autoridades corresponsables —junto con la Federación— en la cobertura de la atención médica universal.

La concurrencia se presenta como parte de una reestructuración institucional y económica del sistema de salud para la atención de la población no derechohabiente y que no tienen la capacidad de asistir a sustitutos privados.²⁶ Como era de esperarse, esto significó que la cobertura ha resultado en una desigual cobertura en servicios de salud en las diferentes entidades federativas, debido a la insuficiencia presupuestal y a la infraestructura deficiente.²⁷ En la actualidad, persiste una desigualdad en el acceso a los servicios de salud, ocasionada, con frecuencia, por la ubicación geográfica, entre otros factores relacionados con la pertenencia a una “categoría sospechosa”.²⁸

La exigencia constitucional de compartir responsabilidades con las entidades federativas, a través de la concurrencia (que se estudia en la siguiente sección), necesariamente, requiere de la acción conjunta de los distintos niveles del Estado. Como regla general, la Federación tiene un menor acercamiento con las particularidades de las poblaciones locales.

III. LA DICOTOMÍA TRADICIONAL DE LOS DEBERES DEL ESTADO FRENTE A LA PROTECCIÓN JUDICIAL A LA SALUD

El establecimiento de los dos Pactos que conforman la Carta Internacional de los Derechos Humanos²⁹ separó dos agendas que se traducen en actitudes contrapuestas por parte del Estado. El primero de los Pactos tradicionalmente se entiende que

²⁵ López-Arellano, Olivia *et al.*, *La polarización de la política en salud en México*, Río de Janeiro, Cad. Saúde Pública, vol. 17, núm. 1, enero-febrero de 2001, p. 45.

²⁶ *Ibidem*, p. 46.

²⁷ López-Arellano, Olivia, *op. cit.* El trabajo presenta una revisión más completa del proceso descentralizador, incluyendo el estudio de las deficiencias que persisten y los retos que enfrentan las instituciones de salud locales. Véase también Fajardo-Dolci, Germán *et al.*, “Acceso efectivo a los servicios de salud: operacionalizando la cobertura universal en salud”, México, *Salud Pública de México*, vol. 57, núm. 2, marzo-abril de 2015.

²⁸ Para una descripción más detallada de las distintas categorías sospechosas bajo las cuales existen motivos prohibidos de discriminación (en cualquiera de sus variantes: formal, sustantiva, sistémica, entre otras), véase *Observación General 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

²⁹ Compuesta por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

JIMENA SUÁREZ IBARROLA / ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

obliga al Estado a no intervenir u organizarse de tal forma que infrinja la esfera privada del individuo y violente derechos civiles y políticos. La decisión se explica con frecuencia como resultante de bagajes ideológicos. La distinción entre dos tipos de derechos consagrados en pactos diferenciados, surge de la idea que es necesario sostener un mercado libre y evitar que sea distorsionado por intervenciones estatales a gran escala —en su mayoría entendidas por un liberalismo económico como “arbitrarias”— en asuntos internos económicos y políticos.³⁰ Generalmente hablando, las razones que forjaron la elaboración de dos Pactos distintos instaura la idea tradicional que los derechos “jurídicos” son, en realidad, los civiles y políticos. Así, el procedimiento para reclamar su incumplimiento corresponde a la sede judicial. La Organización de las Naciones Unidas concluyó, en su momento, que, debido a las diferencias entre los procesos de implementación y los mecanismos para acceder a la justicia, lo más lógico y conveniente era formular dos Pactos separados.³¹

1. *La capacidad de los jueces en la protección del derecho a la salud*

La mayor parte de los países han tomado una posición más moderada de esta distinción discreta entre tipos de derechos. En este sentido, el derecho a la salud ha sido uno de los derechos que mayor auge ha tenido desde la creación del PIDESC. Gran parte de los litigios vinculados a los DESC que se han llevado en el llamado “Sur Global”, corresponden a la defensa del derecho a la salud. Además, algunos Estados han emprendido reformas a sus sistemas de salud a iniciativa gubernamental fincadas en la idea que la salud debe tutelarse como un derecho universal (como es el caso de México); o bien, como resultado de los casos llevados ante los tribunales que evidencian violaciones generalizadas a este derecho producidas por arreglos estructurales. Las reformas han tenido por objeto eliminar la discriminación en el acceso y sustento económico de los servicios de salud —primordialmente, por la segregación entre quienes contribuyen y quienes no—, como es el caso de Colombia.³²

La posición intermedia suele suponer que los Estados Parte del PIDESC deben ir más lejos y defender los derechos que otorga en el constitucionalismo nacional, crear disposiciones administrativas y legislativas que validen explícitamente ciertos DESC como derechos humanos reconocidos internacionalmente y, por último,

³⁰ Al tomar la decisión de emitir un documento vinculante y someterlo a la firma de los diferentes Estados, los gobiernos occidentales se negaron a redactar un solo pacto que incluyera derechos de índole civil, política, social, económica y cultural. Véase Alston, Philip, *op. cit.*, pp. 281 y 282.

³¹ *Ibidem*, p. 7.

³² Posterior a la sentencia estructural T-760 en materia de acceso a los servicios de salud. Para un estudio más completo de los factores que llevaron a la sentencia estructural y los retos e impactos de su implementación, véase Uprimny, Rodrigo *et al.*, *Aciertos e insuficiencias de la Sentencia T-760 de 2008: implicaciones para el derecho a la salud en Colombia*, Observatorio de la Seguridad Social, vol. 7 (18): 12-16; Ely Yamin, Alicia *et al.*, “Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: from Social Demands to Individual Claims to Public Debates (La protección judicial del derecho a la salud en Colombia: de demandas sociales a litigios individuales a debates públicos)”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 33 (2): 101-129, 2010 y Lamprea, Everaldo, *Derechos en la práctica. Políticas de salud, litigio y cortes en Colombia (1994-2014)*, Bogotá, Uniandes.

proporcionar medios efectivos para obtener las reparaciones adecuadas para los individuos que alegan la violación de estos derechos.³³ Sin embargo, aún subsisten los debates teóricos sobre la “factibilidad” de que el derecho a la salud sea justiciable.³⁴ Con frecuencia —y no sin algo de razón—,³⁵ se objeta que los juzgadores sean la instancia adecuada para interceder en la protección del derecho individual, más allá de haber sido obstaculizado el acceso a los servicios de salud de una persona en la forma de una “distinción, exclusión o restricción... basada en los motivos prohibidos de discriminación”.³⁶ Esto es, se cuestiona la competencia técnica y la legitimidad política de la sede judicial para tomar decisiones que afectan las políticas públicas que absorben recursos públicos de forma significativa.

Este debate, generalmente, se da entre las y los que perciben a los derechos sociales y económicos como correlativos a las obligaciones legislativas y administrativas del Estado —excepcionalmente exigibles ante un tribunal—, y los que consideran que estos derechos deben tener el mismo estatus que los civiles y políticos. La primera postura refleja un escepticismo ante la capacidad de los jueces para entrar al fondo de la falta de cumplimiento de las responsabilidades que competen a los gobiernos,³⁷ ya que frecuentemente involucran a los jueces en asuntos de inversión y redistribución del gasto público.³⁸

Los jueces que tienen un enfoque de derechos amplio, fallan en contra del Estado cuando se trata de reclamaciones sobre el derecho a la salud —y, sobre los DESC, en general—. Además, incluyen remedios “fuertes” en sus sentencias³⁹ que

³³ Alston, Philip, *op. cit.*, p. 277.

³⁴ Yamin, Alicia Ely *et al.* (coords.), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013, p. 15.

³⁵ Para consultar los trabajos que han evidenciado cómo los litigios en ciertos contextos han profundizado las desigualdades en el derecho a la salud, véase Motta Ferraz, Octavio Luiz, “The Right to Health in the Courts of Brazil: Worsening Health Inequities (El derecho a la salud en las Cortes de Brasil: empeorando las desigualdades en salud)”, *Health and Human Rights Journal*, 11(2): 33-45; Bergallo, Paola, “Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina (Las Cortes y el cambio social: lecciones de la lucha por universalizar el acceso al tratamiento de VIH/SIDA en Argentina)”, *Texas Law Review* 89, 2011 y Portugal Gouvea, Carlos, “Social Rights against the Poor (Derechos sociales contra los pobres)”, *Vienna Journal on International Constitutional Law*, vol. 7, 4/2013, pp. 454-475. Disponible en: https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA11_Gouvea_CV_Eng_20110519.pdf, última consulta: 26 de junio de 2016.

³⁶ Observación General 20, *op. cit.*, p. 3: “Cabe señalar que por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto”.

³⁷ Abramovich, Víctor *et al.*, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 37-47, 2002, el cual integra un estudio sobre las diversas fuentes jurídicas y doctrinales que defienden la exigibilidad judicial de los derechos sociales.

³⁸ Neier, Aryeh, “Social and Economic Rights: A Critique (Los derechos sociales y económicos: una crítica)”, *Human Rights Brief*, vol. 13, Iss. 2, 2006, Art. 1, pp. 1 y 2.

³⁹ Rodríguez Garavito, César *et al.*, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, pp. 212 y 213. Sobre las diferentes vías que pueden tomar los jueces para hacer exigibles los derechos sociales, véase Tushnet, Mark, *Courts, Weak, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law (Tribunales débiles,*

JIMENA SUÁREZ IBARROLA / ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

deben cumplir los Estados para reparar el daño y realizar los cambios estructurales necesarios para asegurar el acceso de las personas a la protección de la salud. Estos jueces son aplaudidos o criticados por incurrir en activismo judicial.⁴⁰

La concepción tradicional de la separación de poderes sostiene que los jueces no cuentan con orígenes democráticos, por lo que no deben incurrir en las decisiones que impliquen la elaboración de políticas públicas y el gasto del ingreso público; estas decisiones, se arguye, deben ser tomadas por una mayoría electa democráticamente.⁴¹ Además, se sostiene con frecuencia, los jueces no tienen la competencia técnica para asignar recursos eficientemente.⁴² Este último argumento aparece en la mayor parte de las críticas a los esfuerzos por denunciar las violaciones y acceder a la justicia a través de los órganos jurisdiccionales.

En el segundo y más reciente debate, ya no se trata de un encuentro entre objeciones a la justiciabilidad del derecho a la salud por su naturaleza social, ni tampoco sobre la legitimidad y capacidad de los tribunales para protegerlo. El núcleo de la discusión se refiere a si es deseable la protección judicial al derecho a la salud, según sea la naturaleza de los litigios.⁴³ La intervención judicial será deseable, siempre y cuando no se profundicen las desigualdades que existen con relación a la protección de la salud. Los derechos que se hacen exigibles para permitir el acceso de los grupos más privilegiados a los medicamentos y tratamientos más costosos —a expensas de los fondos públicos— no conllevan a un mejor desempeño en las políticas de salud, y tienden a invisibilizar los reclamos de la población más vulnerable.⁴⁴

Cuando los jueces refuerzan el contenido de las obligaciones estatales, al llamar a los gobiernos a rendir cuentas y garantizar el derecho a la salud, ello implica que los jueces sean quienes dotan de contenido a los remedios exigidos. Por ejemplo, el juez puede pedir a las instituciones públicas de salud que revisen la asignación de los recursos destinados a los servicios que fueron negados o que no están disponibles pero son vitales para la protección a la salud de una persona, o bien que justifiquen la ausencia de los recursos necesarios para la protección de la salud en ciertas circunstancias.⁴⁵ Sin embargo, los órganos jurisdiccionales no serían quienes determinan la cantidad de recursos o el presupuesto que debe destinarse a los diferentes servicios de salud.

derechos fuertes: el control judicial y los derechos de bienestar social en el derecho constitucional comparado), Princeton, Princeton University Press, 2009.

⁴⁰ Langford, Malcolm, “The Justiciability of Social Rights: from Practice to Theory (La justiciabilidad de los derechos sociales: de la práctica a la teoría)”, en *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law (La jurisprudencia de los derechos sociales: patrones emergentes en el derecho internacional comparado)*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.

⁴¹ Neier, Aryeh, *op. cit.*, p. 38.

⁴² Portugal Gouvea, Carlos, *op. cit.*, p. 469.

⁴³ Yamin, Alicia Ely, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁴ Motta Ferraz, Octavio Luiz, *Brasil: desigualdades en salud, derechos y tribunales. El impacto social de la judicialización de la salud*, en Yamin, Alicia Ely et al. (coords.), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.

⁴⁵ Un ejemplo de ello es el Amparo en Revisión 278/2014 resuelto por la SCJN, que analizaremos en el último apartado.

EL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO: SUPERANDO ASPIRACIONES CONSTITUCIONALES...

El debate, no obstante, ha comenzado a desplazarse hacia el análisis del proceso que debe seguir la implementación de los fallos judiciales y el rol que deben tomar los jueces para lograr que las sentencias repercutan en cambios institucionales que prevengan futuras violaciones. La literatura reciente sugiere mecanismos judiciales basados en el diálogo que refuercen y, en ciertos casos, desbloqueen el actuar de la administración pública.⁴⁶ Esto significa que los jueces pueden dar seguimiento a la implementación de la sentencia, sin necesidad de sustituir la función que, conforme al principio de separación de poderes, corresponde al Poder Ejecutivo la repartición del gasto público, así como la elaboración y aplicación de las políticas en salud. Por ende, la intervención judicial que “fomenta la acción comunicativa, dirigida a solucionar problemas”,⁴⁷ fomenta la rendición de cuentas “horizontal”,⁴⁸ misma que se ejerce entre los poderes del Estado.

La justicia que entabla y promueve el diálogo entre las partes interesadas o afectadas por el litigio es parte de un proceso inclusivo, que permite la participación ciudadana en la edificación de las políticas de salud. Se trata de que, como resultado del fallo, las personas que buscan justicia, las instituciones que violentaron el derecho a la salud, la sociedad civil especializada (entre otros), formen parte de un proceso “dialógico”,⁴⁹ facilitado por el órgano jurisdiccional.⁵⁰ Además, la exigibilidad del derecho a la salud por la vía judicial abre la posibilidad de despertar a los poderes públicos para que revisen de qué manera las fallas en las instituciones de salud que se reclaman, representan problemas sistémicos cuyos efectos negativos trastocan con mayor intensidad a los sectores más desfavorecidos.

La evidencia recabada por distintos expertos arroja la posibilidad de enfrentar litigios y sentencias que tiendan a propiciar medidas regresivas e inequitativas,⁵¹ también existen fallos que tienen la capacidad de engendrar cambios redistributivos y democráticos. Las tendencias doctrinales más recientes, que apoyan un tipo de intervención judicial basada en el diálogo interinstitucional, no pretenden ignorar que

⁴⁶ Rodríguez Garavito, César, *op. cit.*, p. 44. El término acuñado por los autores de esta obra se denomina como el *efecto desbloqueador*, cuyo resultado es “romper con la inercia institucional y provocar la actuación del Poder Ejecutivo”, a través de la implementación de la sentencia emitida por el Tribunal.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 228.

⁴⁸ O'Donnell, Guillermo, “Horizontal Accountability in New Democracies (La rendición de cuentas horizontal en democracias nuevas)”, en Schedler, Andreas *et al.* (eds.), *The Self Restraining State: Power and Accountability in New Democracies (El Estado autorrestringido: poder y rendición de cuentas en nuevas democracias)*, Boulder, Lynne Rienner, 1999.

⁴⁹ Gargarella, Roberto, “Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida”, en *La lucha por los derechos de la salud*, p. 293.

⁵⁰ Gargarella, Roberto, *op. cit.* Es importante mencionar que esta forma de hacer valer el derecho a la salud por los órganos jurisdiccionales no es ajena a nuestro país, aun cuando la exigibilidad de los derechos sociales (incluido el de la salud) resta por fortalecerse. En 2008, la Corte estableció un procedimiento de audiencias y debates públicos, como resultado de las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007, que buscaban invalidar las reformas y adiciones al Código Penal y a la Ley de Salud para el Distrito Federal que despenalizaban el aborto hasta la décimo segunda semana de gestación.

⁵¹ *Ibidem*, p. 35.

JIMENA SUÁREZ IBARROLA / ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

existen vías alternativas para señalar las deficiencias en el andamiaje institucional para el suministro de bienes y servicios destinados a proteger la salud.

Lo cierto es que no deja de ser imperativo retomar el discurso que promueve la exigibilidad del cumplimiento del derecho a la salud ante los tribunales, pues la valorización que concede un estatus superior a los derechos civiles y políticos, clasificándolos como derechos subjetivos con la capacidad de ser justiciables, falla en tomar en cuenta las desigualdades materiales, así como la marginación y exclusión sistémica de bienes públicos que informan patrones altamente arraigados de discriminación y desigualdad. Pero, sobre todo, la justiciabilidad del derecho a la salud —y los demás DESC— es deseable porque sólo existen distinciones útiles y reales entre las obligaciones que el Estado debe ejercer para lograr el goce y acceso a cada derecho, y no entre los derechos mismos.⁵² La realización de cada derecho requiere del cumplimiento de distintos deberes, que implican formas de actuación gubernamental distintas.

La aseveración simplista de que cada derecho —según el conjunto al que pertenezca— acarrea un solo tipo de obligación correlativa no es viable.⁵³ ¿Acaso los derechos civiles y políticos son realizables de manera inmediata y no imponen erogaciones de recursos públicos escasos?

La clasificación tradicional de los derechos falla en ver que todos los derechos requieren de acción positiva y negativa por parte de los Estados. En otras palabras, la realización del derecho a la salud no depende ni más ni menos de acciones positivas estatales que el derecho a la propiedad privada.⁵⁴

El Estado mexicano protege la propiedad privada a través de leyes que prohíben su actuación (interferencia) arbitraria: esto es, se auto-restringe a través de obligaciones negativas. Pero también debe proveer los mecanismos que den seguridad jurídica a propietarios y a terceros.

El Estado invierte recursos materiales, financieros y humanos que se materializan en el establecimiento de un Registro Público de la Propiedad, por ejemplo, para la protección del derecho a la propiedad.

La introducción de una tipología obligacional cuatripartita, que aplica a todos los derechos humanos —independientemente del Pacto (o instrumento jurídico) al que pertenezcan— a raíz de la reforma constitucional de 2011, es una herramienta importante para el acceso a la justicia en casos que involucren la vulneración del derecho a la salud. La Constitución federal no habla de hacer o no hacer —deberes positivos frente a negativos—, sino que sofisticada el entendimiento de las obligaciones del Estado a través de cuatro categorías que no responden a la dicotomía tradicional, sino que la derriban: promover, respetar, proteger y garantizar.⁵⁵

⁵² Shue, Henry, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy* (*Derechos básicos: subsistencia, opulencia, y la política exterior estadounidense*), Princeton, Princeton University Press, 1996, pp. 52 y 53.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 45.

⁵⁵ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917, artículo 1o., tercer párrafo adicionado, reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

2. *La reforma constitucional de 2011:*

¿un nuevo paradigma para la exigibilidad del derecho a la salud?

Los casos vinculados al derecho a la salud de mayor relevancia en México para el debate teórico sobre la participación jurisdiccional en temas de redistribución, que se han promovido en los últimos diez años, se distinguen por el reconocimiento de la exigibilidad del derecho a la salud. No obstante, las sentencias ambiciosas que logren repercutir en la mejora de la política en salud mediante criterios igualitarios, universales y lograr la eliminación del estigma que caracteriza la incapacidad contributiva, aún escasean en el Poder Judicial mexicano. En este sentido, los casos que otorgan el contenido más fuerte al derecho a la salud en México no han tenido el suficiente impacto como para generar la coordinación interinstitucional que conlleven las modificaciones en la estructura que producen violaciones sistémicas, aunque los criterios en que se basen las políticas públicas parezcan neutros.

Aunado a lo anterior, el litigio en materia del derecho a la salud, no ha alcanzado los niveles que se han registrado en otros países que sí experimentaron modificaciones estructurales a raíz de la intervención judicial.⁵⁶ Así, los límites impuestos a los remedios de los reclamos individuales que caracterizan el juicio de amparo en México —a saber: la Fórmula Otero y la ausencia de interés simple— dificultan la posibilidad de provocar, por vía jurisdiccional, un análisis sobre las violaciones sistémicas y los arreglos institucionales que impiden que la tutela al derecho a la salud sea eficaz. Además, el carácter esporádico del litigio sobre el derecho a la salud —en parte, quizá, en función de lo limitado que puede ser su impacto dada la Fórmula Otero— contribuye a que el derecho a la salud en México no trascienda del todo la posición tradicional que aún relega la materialización de los DESC a la arena de los poderes políticos.

Sin embargo, el propio ordenamiento constitucional ya incorporó como pieza central un lenguaje que claramente rompe con la noción clásica del derecho a la salud como uno de realización progresiva o como pauta programática, que sólo obliga a los Estados hasta el máximo de los recursos disponibles conforme al buen juicio de las autoridades legislativas o administrativas.⁵⁷ La reforma constitucional en materia de derechos humanos y la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sobre el control difuso constitucional introducen un paradigma distinto a la protección de la salud. El caso Radilla Pacheco⁵⁸ resuelto por la Corte,

⁵⁶ Algunos ejemplos son Colombia y Argentina.

⁵⁷ Las principales disposiciones que obligan a los Estados hasta el máximo de los recursos disponibles derivan del artículo 2 del PIDESC y el 26 de la CADH. No obstante, el Comité DESC ha delimitado el criterio de progresividad, al imponer ciertas condiciones que los Estados deben cumplir al justificar un incumplimiento por la ausencia de recursos disponibles. Véase *Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1, artículo 2 del Pacto), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (Quinto periodo de sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1991/23 (1990).

⁵⁸ Caso Rosendo Radilla Pacheco, Expediente Varios 912/2010, SCJN. Resolución dictada por el Tribunal en Pleno el 14 de julio de 2011, Ministra Ponente Margarita Beatriz Luna Ramos. Disponible en: http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/RADILLA%20VARIOS%20912-2010.pdf, última consulta: 27 de junio de 2016.

JIMENA SUÁREZ IBARROLA / ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

implicó un viraje desde un sistema de control concentrado constitucional hacia uno de control difuso.⁵⁹

Igualmente, la reforma al texto constitucional de junio de 2011 dio lugar a la Contradicción de Tesis 293/2011,⁶⁰ mediante la cual la SCJN establece que las disposiciones en materia de derechos humanos que contengan los tratados internacionales, tienen rango constitucional. Además, la reforma encamina el reconocimiento por parte de la Corte de que las normas de derechos humanos, “independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos”, sino que debe aplicarse aquella que ofrece la mayor protección a la persona, obedeciendo al principio *pro persona*.

Los cambios introducidos por la reforma son relevantes para el derecho a la salud por dos razones. La primera razón emana del cambio en el paradigma sobre la jerarquía normativa que existía entre normas referentes a los derechos humanos, previo a la reforma. Al inicio del trabajo se exponen las fuentes principales del derecho a la salud, siendo la más extensa el artículo 12 del PIDESC. Cabe mencionar que el órgano encargado de vigilar el cumplimiento de este tratado —el Comité DESC— ha desarrollado la doctrina más completa y autorizada⁶¹ sobre el alcance de las obligaciones que emanan del derecho a la salud comprendido en el Pacto. En segundo lugar, permite que mediante el control difuso, este derecho pueda ser protegido no sólo por el Poder Judicial de la Federación a través de la Suprema Corte, sino también por jueces federales, locales o administrativos si alguna ley o disposición va en contra de él.⁶²

IV. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN MÉXICO Y EL DERECHO A LA SALUD: TRES CASOS QUE TRAZAN ALGÚN PROGRESO

La interpretación del derecho a la salud en México ha sido heterogénea, en su mayor parte. No ha habido un movimiento masivo por la demanda de acceder a servicios

⁵⁹ Anteriormente existían dos tesis (Tesis de jurisprudencia P./J. 73/99 y la P./J. 74/99 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) que prohibían el control difuso. Éstas señalan que el control judicial de la Constitución es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación y que el control difuso de la constitucionalidad de normas generales no está autorizado por el artículo 133 de la Constitución. Esto aseguraba que la SCJN fuera el único órgano que pudiera estimar la constitucionalidad de una norma.

⁶⁰ Contradicción de Tesis 293/2011, “SCJN determina que las normas sobre derechos humanos contenidas en Tratados Internacionales tienen rango constitucional”. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientooid=556>, última consulta: 26 de junio de 2016.

⁶¹ Aunque las Observaciones Generales que elabora el Comité DESC —o cualquier órgano de vigilancia que emana de la creación de un tratado— sean de carácter recomendatorio (o derecho suave), forman parte del sistema universal de protección de derechos y constituyen la doctrina más autorizada sobre el alcance de los derechos y obligaciones contenidos en el Pacto.

⁶² Madrazo Lajous, Alejandro, *op. cit.*, p. 29.

y bienes vinculados a la atención de la salud⁶³ (como medicamentos y tratamientos específicos), soslayando las deficiencias del sistema de salud. Aunque existen ciertos elementos en común, seleccionamos tres casos que presentan aciertos y avances en la eficacia y exigibilidad de este derecho. Se trata de los siguientes casos: Amparo 1157/2007-II (el caso Mini Numa), Amparo en Revisión 315/2010 (el caso “Balderas Woolrich”) y Amparo en Revisión 378/2014 (el caso “Pabellón 13”), los dos últimos resueltos por la Corte.

Los tres casos presentan un avance cronológico distinto en la percepción de los juzgadores con respecto a la naturaleza del derecho a la salud. Los tres exponen situaciones en las que permean diversas causas de impedimento al goce efectivo del derecho a la salud, entre las que se encuentran formas de discriminación indirectas, redistribución como forma de reconocimiento a la interseccionalidad entre la marginación socioeconómica, la ausencia de protección frente a las acciones de terceros que sean dañinas a la salud, y, finalmente, la inobservancia de las obligaciones referentes a no hacer cuando la actividad del Estado es regresiva para la protección de la salud. Cada caso expone la diferenciación entre los beneficios y las cargas que existen entre distintos miembros de la sociedad en el derecho a la salud.

Además, los casos son seleccionados por los efectos simbólicos que continúan surtiendo efecto, a pesar de los (escasos) resultados materiales que surgen una vez concluida la fase de la implementación.⁶⁴ De acuerdo con la teoría constructivista,⁶⁵ los símbolos y discurso jurídicos que emanan de los fallos judiciales resultan útiles para reformular las expectativas de las personas sobre el ejercicio de sus derechos

⁶³ El Amparo en Revisión 2231/1997 es un ejemplo de un litigio utilizado para hacer exigible un tratamiento como esencial para el goce del derecho a la salud. Otras formas de hacer valer la exigibilidad de este derecho se han dado por la vía del derecho a la no discriminación: el Amparo en Revisión 2543/1998 y el Amparo en Revisión 259/2005 ejemplifican el uso de la justicia para exigir el ejercicio del derecho a la salud sin discriminación.

⁶⁴ Rodríguez Garavito, César, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America (Más allá de la sala del Tribunal: el impacto del activismo judicial sobre los derechos socioeconómicos en Latinoamérica)”, *Texas Law Review*, vol. 89: 1669, p. 1678.

⁶⁵ La mayor parte de los estudios en torno al impacto de las resoluciones judiciales en el cambio social pueden ser divididos en dos grupos distintos que tienen posturas más o menos optimistas sobre los efectos y la naturaleza de los mismos. Primero, encontramos a los autores de corte positivista que miden el impacto material distinguible que deriva de fallos paradigmáticos. La obra que mejor representa esa postura es *The Hollow Hope (La esperanza vacía)*, de Gerald Rosenberg, que estudia, principalmente, los efectos de la decisión histórica *Brown vs. Board of Education*, emitida por la Suprema Corte de Estados Unidos.

En segundo lugar, se encuentran las posturas constructivistas que perciben al derecho, incluyendo las decisiones judiciales, como normas formales que moldean el comportamiento y la percepción de distintos actores sociales. Además, argumentan que los símbolos que emanan de dichos fallos repercuten en las convenciones sociales, forjando la conciencia de los derechos. La obra clásica es de Michael W. McCann, un estudio sobre el movimiento por la igualdad en la remuneración laboral entre hombres y mujeres en Estados Unidos. La cita completa se encuentra en la siguiente nota al pie. Para una revisión exhaustiva sobre las características esenciales que representan cada postura. Véase Rosenberg, Gerald, “Positivism, Interpretivism, and the Study of Law (Positivism, interpretativismo, y el estudio del derecho)”, *Law & Social Inquiry* 435 (1996) y McCann, Michael W., “Causal vs. Constitutive Explanations (or, On the Difficulty of Being so Positive...) (Explicaciones causales contra explicaciones constitutivas [o, sobre las dificultades de ser tan positivista])”, *Law & Social Inquiry* 457, 1996.

JIMENA SUÁREZ IBARROLA / ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

en el futuro.⁶⁶ Las injusticias dejan de ser vistas como circunstanciales, y comienzan a desenvolverse como nuevas aspiraciones que surgen a la luz de nuevos derechos *descubiertos*, que antes no habían sido reconocidos o ejercidos.⁶⁷ Como parte de este proceso dinámico, los fallos pueden tener el efecto de dar legitimación a la visión del mundo de las personas que denuncian injusticias en el litigio.⁶⁸

De acuerdo con la misma teoría, las sentencias tienen la capacidad de generar transformaciones en las relaciones sociales —incluyendo entre ciudadanos e instituciones—, ya que pueden alterar las percepciones de diversos actores: las víctimas que reclaman actos violatorios, los funcionarios públicos, la sociedad civil, entre otros. El caso de la comunidad Mini Numa⁶⁹ —una comunidad Na Savi (mixteca) en la zona de la Montaña de Guerrero, una de las más pobres del país— fungió como el despertador sobre la necesidad de hacer exigible el derecho a la salud para abordar las violaciones generalizadas a los derechos sociales, en general.

El amparo presentando ante el juez séptimo de distrito del estado de Guerrero pretendía hacer justiciable el derecho a la salud contenido en el artículo 4o. constitucional no de forma individualizada, ya que los quejosos —integrantes de la comunidad— alegaban la titularidad del derecho a la salud por parte de la comunidad, a través del pedimento de la construcción de una unidad de salud. Siendo que las y los pobladores de Mini Numa enfrentan una de las formas de pobreza más crudas y extremas que se presencian en el país, la ausencia de la unidad de salud ponía en riesgo su vida y su salud. Los habitantes debían desplazarse a pie, lo que llega a tomar hasta una hora y media a la cabecera municipal para recibir una atención médica, de por sí deficiente.⁷⁰ Como resultado, de las condiciones de marginación que padece la comunidad entera, los quejosos demandan a través del juicio de amparo, la representación y la protección del derecho a la salud de toda la comunidad. En el caso de Mini Numa, se determina que no es posible otorgar reconocimiento a la

⁶⁶ McCann, Michael W., *Rights at Work. Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization (Los derechos operando. Reformas en torno a la igualdad en la remuneración y la política de la movilización jurídica)*, Chicago, University of Chicago Press, 1994.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 7.

⁶⁸ Sin embargo, el litigio como herramienta para generar cambios sociales también puede tener desventajas. Una de ellas se encuentra en el riesgo que, de perderse el litigio, se desarticulen movimientos sociales con capacidad transformadora, o bien, voltear la opinión pública en contra de la postura de los litigantes (víctimas). Véase Albiston, Catherine, “The Dark Side of Litigation as a Social Movement Tactic (El lado oscuro del litigio como táctica de los movimientos sociales)”, *Iowa Law Bulletin*, 2011. Disponible en: http://ilr.law.uiowa.edu/files/ilr.law.uiowa.edu/files/ILRB_96_Albiston.pdf, última consulta: 28 de junio de 2016.

⁶⁹ Para más información, se puede acudir al portal electrónico del Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollán, quien apoyó y acompañó a la comunidad durante el proceso. Disponible en: www.tlachinollan.org.

⁷⁰ Sentencia de amparo 1157/2007-II, p. 104: “...cuando sus enfermos se encontraban delicados de salud, acudían a Metlatónoc para ser atendidos por el médico responsable; empero la mayoría de las ocasiones, la clínica se encontraba cerrada o bien, si estaba abierta no alcanzaban turno a través de una ficha o si alcanzaban, su turno llegaba después de las tres de la tarde, por lo que el doctor encargado les negaba la atención, en razón de que era su hora de salida...”.

totalidad de la comunidad sobre las presuntas violaciones al derecho a la salud.⁷¹ El juez se basa en el principio de instancia de parte agraviada para concluir que el carácter “inminentemente individualista” del juicio de amparo implica que su función se agota en la protección de la persona que lo solicita, si demuestra que ha sufrido un agravio personal y directo.

La Fórmula Otero hace que el juicio de amparo sea, principalmente, de naturaleza “individualista”. Como consecuencia, otorga la protección reclamada, únicamente, a la persona, o grupo de personas que lo solicita.⁷² El juez, en el caso Mini Numa, reafirma la obligación estatal de construir la unidad de salud, que tendría efectos para el derecho a la salud de los habitantes de la comunidad. Los reclamantes en el caso sólo era un grupo limitado de personas: el delegado municipal y otros miembros del Comité de Salud de la Comunidad de Mini Numa.⁷³ Sin embargo, persiste la desorientación conceptual respecto a la tipología del derecho a la salud, ya que la argumentación judicial continúa refiriéndose al derecho a la salud como un derecho programático y prestacional.⁷⁴ A pesar de ello, concluye que existió una vulneración al derecho a la salud, al inferir que el sistema de prestaciones debe cumplir con tres funciones fundamentales: universalidad, equidad y calidad.⁷⁵

La concesión de un bien indivisible con consecuencias positivas para los accionantes y el resto de la comunidad de Mini Numa, se distingue de la sentencia emitida por la Corte en el caso Balderas Woolrich. En este caso, la Corte proporciona un robusto sentido de la necesidad de hacer exigible el derecho a la salud, pero no concede las medidas solicitadas para la protección de su derecho, ya que no es posible en el caso hallar remedios que le permitan a esta Corte restablecer los derechos del quejoso mediante la Fórmula Otero, que requiere el juicio de amparo. Sin embargo, el caso destaca por la exigibilidad del derecho a la salud por la actuación del Estado que desprotege a las personas frente a terceros, alejándose de la vieja tipología que asigna al derecho a la salud el rol de directriz para la elaboración de la política sanitaria.

El quejoso, Balderas Woolrich, alega que la reforma y derogación de los artículos 301, 308, 308 bis, 309 y 309 bis de la Ley General de Salud, que regulaban y determinaban los límites de la publicidad utilizada por la industria tabacalera, vulneran el artículo 4o. de la Constitución.⁷⁶ De esta manera, un “vacío legal tiene como resultado la colocación de anuncios publicitarios con características que podrían

⁷¹ *Ibidem*, p. 20. El juez basa la negación del reconocimiento a toda la comunidad para los fines del juicio de amparo en la fracción I del artículo 107 de la CPEUM.

⁷² Acuña, Juan Manuel, “El caso Mini Numa. Nuevos rumbos para la protección de los derechos sociales a través del juicio de amparo en México”, en González Oropeza, Manuel *et al.* (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. I, p. 43.

⁷³ Sentencia de Amparo 1157/2007-II, p. 17.

⁷⁴ Gutiérrez Rivas, Rodrigo *et al.*, “El caso ‘Mini Numa’: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 251, enero-junio de 2009, p. 104.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 64.

⁷⁶ Sentencia de Amparo en Revisión 315/2010.

JIMENA SUÁREZ IBARROLA / ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

inducir a una persona a ser consumidor de tabaco en perjuicio de su salud”.⁷⁷ Lo último se debe a que el contenido de la publicidad permitiría relacionar el consumo de tabaco con prácticas y comportamientos que manifiestan bienestar y salud. Los ciudadanos, en estos casos, quedan expuestos a la desinformación que proporcionen dichas empresas, sin que ésta sea “clara y exacta sobre los daños que ocasiona el consumo del tabaco”.⁷⁸ Se determina mediante la sentencia emitida por la Corte, que las modificaciones legislativas representan una regresión⁷⁹ y los agravios presentados por el quejoso, concluye la Corte, son fundados.⁸⁰

La sentencia rompe con la dicotomía clásica y determina que la omisión estatal de proteger la salud de las personas frente a las acciones de los terceros es violatoria del derecho a la salud. La propia Corte asevera que el derecho a la salud —protegido por la Constitución federal y por los tratados internacionales— impone al Estado obligaciones negativas. La obligación de proteger, por ejemplo, incluye el diseño de instituciones que eviten que los individuos e industrias con intereses deban ser quienes se obligan a evitar daños.⁸¹ Como menciona el filósofo canadiense, Henry Shue, esto generaría expectativas irreales en los individuos⁸² y la protección del derecho a la salud dependería de actitudes inesperadas.

De esta forma, la Corte anuncia que dichas obligaciones, en este caso de “no hacer”, responden a que el Estado “se abstenga de dañar la salud y evite las conductas de los terceros que permitan ese daño”.⁸³ Aún antes de la reforma constitucional de 2011, la Corte se basa en los criterios emitidos por instancias internacionales como el Comité DESC,⁸⁴ particularmente la Observación General 14, el documento internacional más completo y autorizado sobre el contenido del derecho a la salud en el PIDESC. Determina que, de acuerdo con la Observación General 14, los Estados deben cumplir con obligaciones inmediatas. Éstas deben ir dirigidas a la toma de las medidas que aseguren la plena realización del derecho a la salud.⁸⁵

Por último, el caso “Pabellón 13” resulta una sentencia paradigmática para la justiciabilidad de los DESC, en general, en nuestro país, ya que la justicia distributiva para garantizar el derecho a la salud deja de ser una cuestión abstracta, que queda al arbitrio de los Estados sin necesidad de justificarse. En el caso los quejosos reclaman que las autoridades responsables violaron el derecho a la salud, ya que fallaron en destinar el máximo de los recursos que disponen para la ejecución del proyecto “Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para pacientes con VIH/

⁷⁷ *Ibidem*, p. 52.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 53.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 61.

⁸¹ Shue, Henry, *op. cit.*, p. 59.

⁸² *Idem*.

⁸³ Sentencia de Amparo en Revisión, *cit.*, p. 52.

⁸⁴ El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales nace en los años ochenta y es el órgano encargado de vigilar el cumplimiento del PIDESC. El Protocolo Facultativo del Pacto hace del Comité una sede adicional para la denuncia de violaciones a cualquiera de los derechos protegidos por el Pacto. Entró en vigor en 2013 y aún no ha sido firmado y ratificado por el Estado mexicano.

⁸⁵ Sentencia de Amparo en Revisión, *cit.*, p. 44.

SIDA y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea”.⁸⁶ Se alega que la vulneración deriva del hecho que los enfermos de VIH/SIDA ingresados al Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas” sean expuestos a contagios e infecciones de enfermedades oportunistas, debido a que el VIH/SIDA ataca al sistema inmunitario, debilitando a las personas frente a otras infecciones y tipos de cáncer.⁸⁷

Además, los quejosos alegan que sufren discriminación por parte del Estado por su estatus y capacidad socioeconómica, debido que “carecen de posibilidades para acudir con médicos privados que les puedan brindar el servicio especializado.”⁸⁸ La Segunda Sala concluye que el derecho a la salud ha sido vulnerado, ya que las instituciones citadas como responsables de la vulneración no demuestran que han desplegado el mecanismo institucional con todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que tienen a su disposición para garantizar el derecho humano al nivel más alto a la salud de los quejosos.⁸⁹

Por consiguiente, somete la carga de la prueba en las instituciones responsables en demostrar que no cuentan con los recursos suficientes para la construcción del Pabellón 13. Asevera que las autoridades responsables en el juicio omiten la aportación del material probatorio que logre comprobar que, en efecto, no contaban con los recursos⁹⁰ para proteger a las personas con VIH/SIDA que acudían a dicha institución de salud, mediante la remodelación o construcción de un espacio que los alejara de otros posibles contagios. El Estado no puede argumentar la falta de disponibilidad de recursos para justificar cuando no cumple con sus responsabilidades.⁹¹ Como conclusión, la Corte señala —con base en los criterios internacionales— que no habrá vulneración en todos los casos en que los derechos no hayan podido realizarse plenamente o “alcanzado un estado óptimo de eficacia”, siempre que el Estado sustente que ha utilizado todos los recursos que están a su disposición, además de haber tomado todas las medidas necesarias, de forma expedita para evitar el sufrimiento y los riesgos a la vida.

Finalmente, la sentencia rompe con esquemas judiciales anteriores y es de enorme relevancia para el contenido del derecho a la salud por tres razones: 1) refuerza las obligaciones que el Estado tiene frente a la población vulnerable —por ejemplo, personas contagiadas con VIH/SIDA—, como la necesidad de emprender medidas especiales para salvaguardar su derecho; 2) llama la atención de los jueces a “distinguir entre la incapacidad estatal para cumplir” con los deberes contraídos por los diversos instrumentos en derechos humanos y la “renuencia... de cumplir con esas obligaciones”, incluyendo la necesidad de vigilar que “la falta de asignación presupuestaria no derive de decisiones arbitrarias o discriminatorias”; 3) detalla que dentro del ejercicio de sus capacidades y facultades para la creación de políticas públicas

⁸⁶ Sentencia de Amparo en Revisión 378/2014.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 39-42.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 9.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 57 y 58.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 60.

⁹¹ *Observación General 3, op. cit.*

JIMENA SUÁREZ IBARROLA / ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

y en la (re)distribución de recursos, “la autoridad debe tomar en cuenta a los grupos vulnerables, así como a las situaciones de riesgo” con la finalidad de erradicar decisiones discriminatorias.

V. CONCLUSIONES: HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA NUEVA CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

La propia construcción del artículo 4o. constitucional señala una dirección medicalizada sobre los componentes del derecho a la salud. Uno de los problemas que se han experimentado en el litigio para proteger este derecho, es el grado de individualización que encierra la pugna por el acceso a la atención médica a costa de los recursos de la colectividad. Los tres casos descritos con anterioridad ofrecen un camino hacia una concepción colectiva del derecho a la salud. Es decir, cada uno de los reclamos inducía al bienestar de otros grupos, a través de su propia queja.

Lo más acertado sería que la exigibilidad del derecho a la salud continuara caminando en esa dirección para finalmente emancipar el derecho a la salud de su significado hegemónico: hay un paciente (el o la enferma, posiblemente), el personal técnico que materializa los servicios médicos y las autoridades que definen los lineamientos y los recursos bajo los cuales se suministran los bienes y servicios. Se trata de mirar más allá del recuadro sanitario y entender la manera en que la amalgama de instituciones y sus debidas facultades pueden aportar para resguardar el ejercicio de toda persona al derecho a la salud. Proteger la salud pasa por regular adecuadamente productos, procesos y servicios, por construir instituciones adecuadas y accesibles, por proporcionar información pertinente, veraz y oportuna, y un largo etcétera que incluye pero también trasciende la consulta médica, la vacuna o el medicamento.

En un esfuerzo por empujar la transversalidad del derecho a la salud en sectores distintos que afectan otro tipo de derechos, es necesario que los jueces, la academia jurídica y la sociedad civil comencemos a entablar la conexidad real entre derechos. Así, por ejemplo, el medio ambiente debe dejar de ser un limbo sin vínculo alguno con el bienestar humano. Uno de los pilares de la justicia ambiental se encuentra en la intersección que hay entre el daño ambiental y las diferentes violaciones al derecho a la salud. Parecería entonces que el reconocimiento de que ciertos actos de autoridad vulneran la salud de las personas toma un carácter *ex post*. Se determina que hubo un daño, una vez que se sufre el daño. Reflexiones semejantes se pueden hacer sobre la intersección del derecho a la salud y el derecho a la vivienda, o al deporte, o a la seguridad.

Complejo pero indispensable resulta el identificar que la actividad humana, incluyendo las omisiones del Estado que favorecen ciertos intereses, tiene un impacto definitorio en la salud de los humanos. Por ende, el esfuerzo por reconceptualizar el derecho a la salud como uno cuyas violaciones afectan a la colectividad, pero se materializan en los individuos debe sostenerse. Así puede ser factible que logremos discernir a distancia un vínculo concreto entre otros derechos, como a un medio

ambiente adecuado y sano y nuestra salud, la seguridad ciudadana o el acceso a la información.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor *et al.*, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 37-47, 2002.
- ACUÑA, Juan Manuel, “El caso Mini Numa. Nuevos rumbos para la protección de los derechos sociales a través del juicio de amparo en México”, en GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel *et al.* (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I, 2011.
- ALBISTON, Catherine, “The Dark Side of Litigation as a Social Movement Tactic (El lado oscuro del litigio como táctica de los movimientos sociales)”, *Iowa Law Bulletin*, 2011. Disponible en: http://ilr.law.uiowa.edu/files/ilr.law.uiowa.edu/files/ILRB_96_Al-biston.pdf, última consulta: 28 de junio de 2016.
- BERGALLO, Paola, “Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina (Las Cortes y el cambio social: lecciones de la lucha por universalizar el acceso al tratamiento de VIH/SIDA en Argentina)”, *Texas Law Review* 89, 2011.
- FAJARDO-DOLCI, Germán *et al.*, “Acceso efectivo a los servicios de salud: operacionizando la cobertura universal en salud”, *Salud Pública de México*, vol. 57, núm. 2, marzo-abril de 2015.
- FELSTINER, William L. F. *et al.*, “The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming... (El surgimiento y transformación de las disputas: nombrando, culpando, reclamando...)”, *Law & Society Review* 631, 1981.
- GARGARELLA, Roberto, “Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida”, en YAMIN, Alicia Ely *et al.* (coords.), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.
- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo *et al.*, “El caso ‘Mini Numa’: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 251, enero-junio, 2009.
- KELLEY, David, *A Life of One’s Own: Individual Rights and the Welfare State (La vida uno mismo: los derechos individuales y el Estado de Bienestar)*, Cato Institute, 1998.
- LAMPREA, Everaldo, *Derechos en la práctica. Políticas de salud, litigio y cortes en Colombia (1994-2014)*, Bogotá, Uniandes.
- LANGFORD, Malcolm, “The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory (La justiciabilidad de los derechos sociales: de la práctica a la teoría)”, en *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law (La jurisprudencia de los derechos sociales: patrones emergentes en el derecho internacional comparado)*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.

- LÓPEZ-ARELLANO, Olivia *et al.*, “La polarización de la política en salud en México”, *Cad. Saúde Pública*, Río de Janeiro, vol. 17, núm. 1, enero-febrero de 2001.
- MADRAZO LAJOUS, Alejandro *et al.*, *El derecho a la salud en el sistema constitucional mexicano*, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), División de Estudios Jurídicos, núm. 62, octubre, 2013. Disponible en: <http://www.cide.edu/publicaciones/status/dts/DTE7%2062.pdf>.
- MCCANN, Michael W., “Causal *vs.* Constitutive Explanations (or, On the Difficulty of Being so Positive...) (Explicaciones causales contra explicaciones constitutivas [o, sobre las dificultades de ser tan positivista])”, *Law & Social Inquiry* 457, 1996.
- , *Rights at Work. Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization (Los derechos operando. Reformas en torno a la igualdad en la remuneración y la política de la movilización jurídica)*, Chicago, University of Chicago Press, 1994.
- MOTTA FERRAZ, Octavio Luiz, “Brasil: desigualdades en salud, derechos y tribunales. El impacto social de la judicialización de la salud”, en YAMIN, Alicia Ely *et al.* (coords.), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.
- , “The Right to Health in the Courts of Brazil: Worsening Health Inequities (El derecho a la salud en las Cortes de Brasil: empeorando las desigualdades en salud)”, *Health and Human Rights Journal*, 11(2): 33-45.
- NEIER, Aryeh, “Social and Economic Rights: A Critique (Los derechos sociales y económicos: una crítica)”, *Human Rights Brief*, vol. 13, Iss. 2, Art. 1, 2006.
- O’DONNELL, Guillermo, “Horizontal Accountability in New Democracies (La rendición de cuentas horizontal en democracias nuevas)”, en SCHEDLER, Andreas *et al.* (eds.), *The Self Restraining State: Power and Accountability in New Democracies (El Estado autorrestringido: poder y rendición de cuentas en nuevas democracias)*, Boulder, Lynne Rienner, 1999.
- PHILIP, Alston *et al.*, *International Human Rights, The Successor of International Human Rights in Context (Derecho internacional de los derechos humanos, el sucesor del derecho internacional de los derechos humanos en contexto)*, Oxford, 2013.
- PORTUGAL GOUVEA, Carlos, “Social Rights Against the Poor (Derechos sociales contra los pobres)”, *Vienna Journal on International Constitutional Law*, vol. 7, 4/2013, pp. 454-475. Disponible en: https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA11_Gouvea_CV_Eng_20110519.pdf, última consulta: 26 de junio 2016.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César *et al.*, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, Colección Derecho y Política, 2015.
- , “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America (Más allá de la sala del Tribunal: el impacto del activismo judicial sobre los derechos socioeconómicos en Latinoamérica)”, *Texas Law Review*, vol. 89: 1669.
- ROSENBERG, Gerald, “Positivism, Interpretivism, and the Study of Law (Positivismo, interpretativismo, y el estudio del Derecho)”, *Law & Social Inquiry* 435, 1996.

EL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO: SUPERANDO ASPIRACIONES CONSTITUCIONALES...

- , *The Hollow Hope* (La esperanza vacía), Chicago, University of Chicago Press, 2008.
- SHUE, Henry, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy* (*Derechos básicos: subsistencia, opulencia, y la política exterior estadounidense*), Princeton, Princeton University Press, 1996.
- TUSHNET, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (*Tribunales débiles, derechos fuertes: el control judicial y los derechos de bienestar social en el derecho constitucional comparado*), Princeton, Princeton University Press, 2009.
- UPRIMNY, Rodrigo *et al.*, “Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: implicaciones para el derecho a la salud en Colombia”, *Observatorio de la Seguridad Social*, vol. 7 (18): 12-16.
- YAMIN, Alicia Ely *et al.* (coords.), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.
- , “Judicial protection of the right to health in Colombia: From social demands to individual claims to public debates (La protección judicial del derecho a la salud en Colombia: de demandas sociales a litigios individuales a debates públicos)”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 33 (2): 101-129, 2010.

