

## Capítulo primero

# EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El párrafo cuarto del artículo 4o. constitucional garantiza para todas las personas el derecho a la protección de la salud. En su segunda parte, dicho párrafo ordena al legislador definir las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, así como disponer la concurrencia entre los distintos niveles de gobierno sobre la materia, de acuerdo con lo establecido en la fracción XVI del artículo 73 constitucional.

Su texto es el 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.

El derecho a la salud (o a su protección)<sup>1</sup> es uno de los derechos sociales por antonomasia. Se trata de un derecho complejo que se despliega en una amplia serie de posiciones jurídicas fundamentales para los particulares y para el Estado. El derecho a la salud

<sup>1</sup> No es lo mismo el derecho a la salud que el derecho a la protección de la salud; aunque consideramos que no es relevante entrar en cuestiones puramente semánticas, sí es apropiado señalar que el primero es más amplio, mientras que el segundo parece dar cuenta, más bien, de la obligación que tiene el Estado de desarrollar acciones positivas tendientes justamente a proteger la salud o repararla cuando ha sido afectada; sobre esto, Leary, Virginia A., “Justicibilidad y más allá: procedimientos de quejas y el derecho a la salud”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, núm. 55, diciembre de 1995, pp. 91 y ss.

tiene un carácter prestacional en la medida en que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones positivas (de hacer) por parte de los poderes públicos.

Así por ejemplo, a partir del derecho a la salud, corresponde al Estado asegurar la asistencia médica una vez que la salud, por la causa que sea, ha sido afectada; esto es lo que se llama el “derecho a la atención o asistencia sanitaria”.<sup>2</sup>

El derecho a la salud también genera, como sucede con todos los derechos sociales, la obligación del Estado de preservar el bien jurídico protegido por la Constitución, es decir, la salud; tal protección supone la obligación del Estado de abstenerse de dañar la salud, que es una obligación negativa; de la misma manera, hace nacer la obligación —positiva— de evitar que particulares, grupos o empresas la dañen.<sup>3</sup>

Podría decirse que el derecho a la salud se despliega en un haz relativamente complejo de derechos y posiciones subjetivas.

El derecho a la salud obliga también a los particulares; así por ejemplo, los establecimientos médicos privados están obligados a proporcionar un servicio de urgencia a cualquier persona que lo requiera, con independencia de que pueda o no pagarlo. En caso de que el afectado no tenga recursos económicos para permanecer en el hospital o clínica privados, la obligación del establecimiento se limita a estabilizar a la persona, proporcionarle los medicamentos que necesite en lo inmediato y procurar su correcto traslado a una institución pública. Si no lo hiciera se podría configurar el delito de omisión de auxilio que prevén los distintos códigos penales de la República.

La salud, como objeto de protección del derecho que se comenta, se puede entender, de acuerdo con una definición de la Organización Mundial de la Salud, como “un Estado de bien-

<sup>2</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, *La Ley. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, año LXV, núm. 119, 25 de junio de 2001, p. 16.

<sup>3</sup> *Idem*.

estar físico, psíquico y social, tanto del individuo, como de la colectividad”.<sup>4</sup>

Es importante enfatizar la idea, contenida en la definición anterior, de que la salud tiene un componente individual y un componente colectivo o social. Desde luego, el goce de la salud es un bien individual, pues cada persona puede o no tenerlo, con independencia de que su familia o sus vecinos también tengan buena salud. Pero la salud tiene una dimensión colectiva si consideramos que hay factores sociales que tienden a preservarla o a quebrarla, tales como las epidemias, la contaminación, la circulación de agentes patógenos, la falta de hábitos higiénicos, las inapropiadas medidas de prevención de enfermedades, etcétera. La salud como un bien social solamente se puede preservar mediante un esfuerzo colectivo, por medio del cual se desarrolla un sistema de atención sanitaria adecuado.<sup>5</sup>

La protección de la salud y el desarrollo de los correspondientes sistemas sanitarios asistenciales es una de las tareas fundamentales —en términos políticos y económicos— de los Estados democráticos contemporáneos y representa una de las claves del Estado de bienestar.

Durante el siglo XX se produjeron impresionantes avances científicos en el campo de la salud, como resultado de lo que se ha calificado como la “revolución terapéutica”. Tal desarrollo ha permitido que la salud no se vea como un simple objetivo de “política pública”, sino sobre todo como un derecho del que todos pueden disfrutar porque las condiciones técnicas y tecnológicas lo permiten. Pero ese disfrute no es algo que se consiga como una derivación automática del desarrollo de la ciencia médica, sino que es necesario establecer una serie de dispositivos e instituciones para hacerlo realidad.

De la consideración del derecho a la salud como derecho fundamental deriva que el sistema de prestaciones que se establezca

<sup>4</sup> Freire, José Manuel, “Política sanitaria”, en varios autores, *Políticas sociales y Estado de bienestar en España. Memoria de 1999*, Madrid, Trotta, 1999, p. 433.

<sup>5</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 17.

para hacerlo realidad debe tener por lo menos las tres siguientes características: universalidad, equidad y calidad.<sup>6</sup>

La *universalidad*, derivada conceptualmente del carácter de derecho fundamental de la protección a la salud, es recogida también normativamente por vía directa del texto constitucional, al designar como sujeto del derecho a “toda persona”.

La *equidad* implica que los servicios sanitarios públicos sean financiados principalmente por impuestos y no por el pago de cuotas de sus usuarios, salvo de aquellos que tengan capacidad económica suficiente. Con ello se buscan evitar las discriminaciones en el acceso, así como la consecución —por ese medio— del mandato de redistribución del ingreso y la riqueza consagrado en el artículo 25 de la propia Constitución mexicana.

Por su parte, la no discriminación en materia de derechos sociales se encuentra explícitamente recogida en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que dispone lo siguiente:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En el mismo orden de ideas, el artículo 1o., párrafo quinto, de la Constitución mexicana expresamente recoge la prohibición de discriminar por “condiciones de salud”.

Finalmente, la *calidad* es un requisito no solamente de la existencia misma del sistema comprendido globalmente (puesto que no sirve de nada un sistema sanitario que opere en pésimas condiciones de calidad, lo que puede llevar incluso no a la protección de la salud sino seguramente a su empeoramiento), sino que

<sup>6</sup> Echániz Salgado, José I., “Política sanitaria: la reforma de la sanidad”, en varios autores, *Políticas sociales y Estado de bienestar en España. Memoria de 1999*, cit., p. 400.

también es un elemento para alcanzar un mínimo de igualdad entre quienes acceden a servicios públicos de salud y de quienes lo hacen a servicios privados.

### 1. *El derecho a la salud en el ordenamiento jurídico mexicano*

En México, aparte de lo que dispone el artículo 4o., el tema de la salud aparece también en el artículo 2o. constitucional, apartado B, que entre las obligaciones que tienen las autoridades federales, locales y municipales para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos indígenas, establece la de: “III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil”.<sup>7</sup>

La ley que desarrolla los mandatos del artículo 4o. en materia de salud es la Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 1984 y que ha sufrido diversas reformas con posterioridad.

En su artículo 2o. dicha ley establece que el derecho a la protección de la salud tiene las siguientes “finalidades”:

- I. El bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;
- II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuvan a la creación, conservación, y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;

<sup>7</sup> El propio apartado B del artículo 2o. también impone la protección de la salud de las mujeres indígenas migrantes, en su fracción VIII.

IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;

V. El disfrute de servicios de salud y asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;

VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y

VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

La misma ley en sus artículos 5o. y 6o. define los componentes del Sistema Nacional de Salud y sus objetivos. En el artículo 13 define la distribución de competencias entre la federación y las entidades federativas.<sup>8</sup>

En este sentido, más allá de lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional, la citada Ley General de Salud establece claramente que los mexicanos que no cuenten con acceso a algún tipo de atención sanitaria, deberán ser incorporados al Sistema de Protección Social en Salud.

En particular el artículo 77 bis 1 ordena que:

Artículo 77 bis 1.- Todos los mexicanos tienen derecho a ser incorporados al Sistema de Protección Social en Salud de conformidad con el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin importar su condición social.

La protección social en salud es un mecanismo por el cual el Estado garantizará el acceso efectivo, oportuno, de calidad, sin desembolso al momento de utilización y sin discriminación a los servicios médico-quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios que satisfagan de manera integral las necesidades de salud, mediante la combinación de intervenciones de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y de rehabilitación, seleccionadas en forma prioritaria

<sup>8</sup> Sobre tal distribución, Moctezuma Barragán, Gonzalo, *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*, México, Cámara de Diputados-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

según criterios de seguridad, eficacia, costo, efectividad, adherencia a normas éticas profesionales y aceptabilidad social. Como mínimo se deberán contemplar los servicios de consulta externa en el primer nivel de atención, así como de consulta externa y hospitalización para las especialidades básicas de: medicina interna, cirugía general, ginecoobstetricia, pediatría y geriatría, en el segundo nivel de atención.

La legislación secundaria en materia de derecho a la salud tiene un carácter más bien orgánico, referido más a las entidades públicas que deben prestar los servicios de salud que a los ciudadanos que son sujetos de ese derecho.

Como sucede con buena parte de los ordenamientos secundarios que regulan los derechos sociales fundamentales, la legislación en materia de salud no configura verdaderas prerrogativas de los ciudadanos exigibles a los poderes públicos.

En la jurisprudencia se encuentran escasos pronunciamientos en los que se haga referencia al derecho a la salud. Un caso interesante fue el de la tesis que se transcribe a continuación, emanada a propósito de la interposición de un amparo por parte de una persona que había contraído el virus VIH/SIDA y que reclamaba, en 1996, la emisión del Cuadro Básico y Catálogo de Medicamento del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) para ese año.

El 25 de octubre de 1999, con su acostumbrada celeridad de respuesta, el Poder Judicial de la Federación, a través del pleno de la Suprema Corte, resolvió el caso y emitió el siguiente criterio:

SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCION, QUE COMO GARANTIA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTICULO 4o. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCION DE MEDICAMENTOS BASICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS. La Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud que consagra el artículo 4o, párrafo cuarto de la Carta Magna, establece

en sus artículos 2, 23, 24, fracción I, 27, fracciones III y VIII, 28, 29 y 33, fracción II, que el derecho a la protección de la salud tiene, entre otras finalidades, 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; que los servicios de salud se clasifican en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social; que son servicios básicos de salud, entre otros, los consistentes en: a) la atención médica, que comprende preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias, definiéndose a las actividades curativas como aquellas que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno; y b) la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud para cuyo efecto habrá de Cuadro Básico de Insumos del Sector Salud. Deriva de lo anterior, que se encuentra reconocido en la Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud, el que tal garantía comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos básicos correspondientes conforme al Cuadro Básico de Insumos del Sector Salud, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte del Sector Salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que se encuentra consagrado como garantía individual, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos.<sup>9</sup>

Otros casos interesantes que se han resuelto por los jueces federales mexicanos tienen que ver con el régimen jurídico y los lími-

<sup>9</sup> Tesis P. XIX/2000 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



tes a las donaciones de órganos (acción de inconstitucionalidad 10/2005, resuelta por el tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 6 de noviembre de 2007),<sup>10</sup> con la construcción y adecuado abastecimiento de los centros de atención médica (juicio de amparo 1157/2007-II, resuelto por el Juzgado Séptimo de Distrito del Estado de Guerrero mediante sentencia del 11 de julio de 2008) y sobre el derecho a la salud y la libertad de trabajo, respecto a la cuestión específica de las cirugías estéticas (amparo en revisión 173/2008, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 30 de abril de 2008).<sup>11</sup>

Desde otra perspectiva, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha realizado varios pronunciamientos interesantes sobre las violaciones de derechos fundamentales en el ámbito de la salud, debido en buena medida a que las quejas que le han llegado en esta materia han crecido de forma considerable, llegando a ubicarse entre las primeras causas por las que los ciudadanos acuden ante la Comisión a quejarse.

Según datos del informe correspondiente a 2002 de la Comisión, el IMSS era la segunda institución que mayor número de expedientes de queja había generado, superado solamente por la Procuraduría General de la República; en sexto lugar dentro de esa escala de valoración aparecía el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE).<sup>12</sup>

Si se toma en cuenta el número de recomendaciones emitidas, de nuevo el tema de la salud cobra mucha importancia dentro de las tareas de la Comisión; en 2002 la autoridad a la que le fueron

<sup>10</sup> Sobre este tema, vale la pena ver los argumentos que desde la teoría de la justicia distributiva ofrecen De Lora y Zúñiga, *El derecho a la asistencia sanitaria*, cit., pp. 223 y ss.

<sup>11</sup> Tanto el caso del abasto a las medicinas como los que se acaban de mencionar han sido analizados por diversos autores en la obra colectiva *Garantismo judicial. Derecho a la salud*, México, Porrúa, 2011, pp. 201 y ss.

<sup>12</sup> CNDH, *Informe de actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2002*, México, CNDH, 2003, p. 33.

dirigidas el mayor número de recomendaciones (siete en total) es el director del IMSS. En las 49 recomendaciones emitidas durante ese año, el tercer hecho calificado como violatorio de derechos humanos fue la “negativa o inadecuada prestación del servicio de salud” y el sexto fue la “contracepción forzada”.<sup>13</sup>

En la actualidad parece que la situación no ha cambiado mucho. En el informe de 2011, la propia Comisión afirma que las quejas relacionadas con violaciones al derecho a la salud, sumaron 2434, la mayoría de éstas en contra del IMSS (1668), y del ISSSTE (583), por hechos violatorios consistentes, en su mayoría, en otorgar inadecuada atención médica, omitir proporcionar atención médica y negar las prestaciones de seguridad social a que se tiene derecho.<sup>14</sup>

Por lo que se refiere al número de recomendaciones emitidas por la Comisión durante 2011, el IMSS recibió diez, el ISSSTE tres y la Secretaría de Salud dos.

En este sentido, conviene recordar que la Comisión Nacional ha determinado, en su *Manual para la calificación de hechos violatorios de derechos humanos*, algunas conductas como claramente violatorias del derecho a la salud; esas conductas son: abandono de paciente, aislamiento hospitalario o penitenciario por tener la condición de seropositivo o enfermo de VIH, deficiencia en los trámites médicos, falta de notificación del estado de salud de VIH, investigación científica ilegal en seres humanos, negativa de atención médica, negativa de atención médica por tener la condición de seropositivo o enfermo de VIH, negativa o inadecuada prestación de servicio público y negligencia médica.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>14</sup> CNDH, *Informe de actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2011*, México, CNDH, 2012, p. 12.

<sup>15</sup> Soberanes Fernández, José Luis, “La protección de la salud en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, en Muñoz de Alba Medrano, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 182 y 183.