

El derecho constitucional a la protección de la salud

*Miguel Pérez López**

A la maestra Laura Trigueros Gaisman, pilar del Derecho Internacional Privado en nuestra Casa abierta al tiempo, con mis mejores deseos por su pronto restablecimiento.

En la recta final del siglo xx, el Estado Social de Derecho pasó de un activismo estatal a un conformismo silencioso y consagratorio de derechos sociales, de escasa aplicación real, si no es que condenados por su vinculación con el hoy anatemizado Estado interventor. El objeto de este estudio trata de recuperar los antecedentes, las ideas y los reflejos comparativos del derecho a la protección de la salud, uno de los derechos sociales considerado de corte programático, y que ahora la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo toma en cuenta, aunque ubicándolo en la primera generación de los derechos humanos, definiéndolo como una garantía individual.

In the end of the XXth century, welfare state has become sort of a silent conformism in which social rights are not applied, and even worse, are identified with the anathemized «state of intervention». This article seeks to recover the precedents, ideas and comparative reflects of the right to health protection, one of the social rights usually considered as a programmatic right, which nevertheless, is nowadays revived by the Mexican Supreme Court as an individual warranty.

Sumario: I. El derecho social a protección de la salud. / II. El derecho a la protección de la salud en el derecho internacional y en el derecho constitucional comparado. / A/ En el derecho internacional. / 1) Declaraciones internacionales. / 2) Tratados internacionales de Derechos Humanos. / B/ El derecho a la protección de la salud en el derecho constitucional comparado. / 1) Europa. / 2) Latinoamérica. / a) La amplitud constitucional, b) La simple mención constitucional. / c) El derecho social ausente en una visión constitucional asistencialista. / C/ Recapitulación del Derecho Comparado. III. El derecho a la protección de la salud en el derecho constitucional mexicano. / A/ El artículo 4o. constitucional. / 1) La adición de 1983. / 2) El párrafo tercero del artículo 4o. constitucional. / 3) La protección a la salud en la reforma indígena de 2001. / B/ El derecho a la protección de la salud en la Ley General de la materia. / C/ El derecho constitucional a la protección de la salud: ¿un derecho programático? / IV. Conclusiones. / Bibliografía. / Hemerografía. / Compilaciones legislativas y leyes comentadas. / Legislación. / Jurisprudencia.

I El derecho social a la protección de la salud

El derecho a la protección a la salud es uno de los derechos humanos de segunda generación, de tipo

social y prestaciones, cuyo objeto consiste en señalar un conjunto de atribuciones al aparato estatal que le permitan proporcionar, propiciar y garantizar las condiciones necesarias a efecto de que la salud de la población esté protegida, en los mejores niveles de prevención, educación, detección, tratamiento y rehabilitación. No cabe duda de que el derecho a la protección de la salud se vincula íntimamente con la idea del derecho social.

* Profesor Titular "C", tiempo completo, del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, y profesor de Derecho Constitucional del Instituto de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación.

A partir de las ideas de los juristas mexicanos Mario de la Cueva y Lucio Mendieta y Núñez, podemos perfilar al derecho social como el conjunto de disposiciones jurídicas cuyo objeto es proteger a las personas, sectores y grupos de la sociedad, generalmente en una posición económicamente desventajosa, para tratar de lograr su convivencia dentro de un orden justo.¹ Los derechos sociales vienen a ser obligaciones impuestas al Estado, para que precisamente haga efectivos dichos derechos instituidos en beneficio tanto de los grupos y clases menos favorecidos, como de la totalidad del conjunto social, a efecto de mejorar sus condiciones que les permita alcanzar mejores niveles de vida en la comunidad.

Salomón Díaz Alfaro ha expuesto que el derecho a la protección de la salud tiene como origen el derecho asistencial y el de la seguridad social. En lo que hace al sistema asistencial encargado al Estado, presenta dos modalidades: la asistencia facultativa y la obligatoria. La primera es cuando los beneficiarios no pueden exigir el debido cumplimiento de los servicios asistenciales y la obligatoria viene a ser un derecho exigible al Estado. En lo tocante a la seguridad social, se le tiene en dos vertientes: como restringido, al favorecer exclusivamente a los trabajadores, entendido como un derecho de clase, y el amplio, donde la seguridad social abarca a toda la colectividad, sin limitación de cualquier tipo. En estos esquemas (asistencia pública y seguridad social) se ubicaba originariamente al derecho a la salud, concepto de suyo bastante impreciso.²

Por ello, cuando se empiezan a perfilar los llamados derechos humanos de segunda generación (económicos, sociales y culturales), se desdibuja el concepto de "derecho a la salud" por el de "*derecho a la protección de la salud*", sobre todo cuando gana autonomía y se plasma en los textos constitucionales después de la segunda guerra mundial.

El *derecho a la salud* está en el terreno de lo utópico, si consideramos que ninguna persona puede sustraerse en forma absoluta a los efectos adversos del medio ambiente, la herencia, el tren de vida y la posición socioeconómica. Como lo expresó José Francisco Ruiz Massieu, el *derecho a la protección de la salud* permite el acceso universal a los servicios de salud, sean de atención médica, de salud pública o de asistencia social.³

Veamos cómo se ha procurado incorporar este derecho en el ámbito internacional y en el derecho constitucional continental europeo e iberoamericano, para después ver cómo está instituido en nuestra Ley Suprema.

II El derecho a la protección de la salud en el derecho internacional y en el derecho institucional comparado

AJ En el derecho internacional

En primer lugar veamos el derecho y las institucionales de tipo internacional dedicadas a la protección de los derechos humanos, con especial referencia al derecho a la protección de la salud.⁴

1) Declaraciones internacionales

En principio tendríamos el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Nueva York, 10 de diciembre de 1948), que establece que: "*toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial, la alimentación, el vestido, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...*"

1. CUEVA, Mario de la, *Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, t. I, México, Porrúa, 1977 y MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *El Derecho Social*, 2a. ed., México, Porrúa, 1967. Sobre el derecho social, igualmente cfr. ÁLVAREZ DEL CASTILLO, Enrique (coord.). *Los Derechos Sociales del Pueblo Mexicano*, t. I, México, L. Legislatura de la Cámara de Diputados-Manuel Porrúa, 1980, pp. 21 a 141; CUEVA, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, pp. 22 a 26; FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, Porrúa, 1999, pp. 515 a 516; PALACIO DÍAZ, Alejandro del, *Lecciones de Teoría Constitucional*, 2a. ed., México, Claves Latinoamericanas, 1989, pp. 125 a 129, y SAYEG HELU, Jorge, *México: Democracia Social* México, Instituto Politécnico Nacional, 1996, pp. 93 a 103.

2. DÍAZ ALFARO, Salomón, "Derecho Constitucional a la Protección de la Salud", en SOBERÓN ACEVEDO, Guillermo *et al.*, *Derecho Constitucional a la Protección de la Salud*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1983, pp. 15 a 17.

3. RUIZ MASSIEU, José Francisco, "El derecho a la protección de la salud y la responsabilidad del Estado", en *Salud Pública de México*, núm. 1, volumen 27, enero-febrero de 1985, p. 6.

4. Cfr. BUERGENTHAL, Thomas, "Derecho e instituciones internacionales sobre derechos humanos", en FUENZALIDA, Hernán L. y CONNOR, Susan Scollc (eds.), *El Derecho a la Salud en las Américas. Estudio constitucional comparado*, Washington, Organización Panamericana de la Salud, 1989, pp. 3 a 15. Los instrumentos internacionales citados pueden verse en TAPIA HERNÁNDEZ, Silverio (comp.), *Principales declaraciones y tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999.

El artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 2 de mayo de 1948) fija el derecho a la preservación de la salud y al bienestar:

"Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad."

La Declaración de los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1959) establece que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, en forma saludable y tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud y a disfrutar de servicios médicos adecuados.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (Nueva York, diciembre de 1966), su artículo 12 prevé que el "derecho a la salud" y las medidas que deben llevarse a la práctica para lograr su efectividad:

1. *Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de **salud física y mental**.* 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar **la plena efectividad de este derecho**, figurarán las necesarias para:

- a.) La reducción de la mortinatalidad y mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b.) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c.) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d.) *La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad*⁵

Otros instrumentos internacionales señalan de manera particular al derecho a la protección de la salud. En la fracción IV del inciso e) del artículo 5 de la

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 20 de noviembre de 1963) se obliga a los Estados partes a:

*"...prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: IV) **El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales.**"*

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 7 de noviembre de 1967) dispone en el párrafo 1 de su artículo 12 que los Estados:

*"...adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombre y mujeres, **el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.**"*

En los objetivos de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (Nueva York, 11 de diciembre de 1969) se estableció que para alcanzar el progreso y el desarrollo en lo social es indispensable el "logro de los más altos niveles de salud y la prestación de los servicios de protección sanitaria para toda la población, de ser posible en forma gratuita" (artículo 10, inciso d)).

En la Declaración de Derechos del Retrasado Mental (Nueva York, 20 de diciembre de 1971) le es reconocido a éste el derecho a la atención médica y el tratamiento físico que requiera el caso (artículo 2).

La Declaración de los Derechos de los Impedidos (Nueva York, 9 de diciembre de 1975) prevé que éstos tendrán derecho a recibir atención médica, psicológica y funcional, incluidos los aparatos de prótesis y ortopedia y a la readaptación médica y social (numeral 6).

La Declaración sobre la raza y los prejuicios sociales (París, 27 de noviembre de 1978), al aclarar los alcances del principio de igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos y de todos los pueblos, impone que se deberá prestar atención particular a los grupos raciales y étnicos social y económicamente desfavorecidos, a los que se les debe alcanzar los beneficios de las medidas sociales, entre las que se considera a la salud (artículo 9.1, numeral 2).

5. Aprobado por el Senado mexicano el 18 de diciembre de 1980, ratificada por los Estados Unidos Mexicanos el 23 de marzo de 1981 y publicada en el Dor. de 12 de mayo de este último año.

2) Tratados internacionales de Derechos Humanos

En la Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965), los Estados suscriptores se comprometen a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, y entre los derechos económicos, sociales y culturales que de forma especial se garantiza su goce, se encuentra el derecho a la salud pública (artículo 5, inciso e), numeral IV).⁶

Con particulares puntualizaciones, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador (San Salvador, 17 de noviembre de 1988) señala el "derecho a la salud", entendido éste como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Las medidas que los Estados partes deben adoptar para garantizar dicho derecho son las siguientes:

- La atención primaria de la salud, esto es la asistencia sanitaria esencial al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad.
- La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los gobernados.
- La total inmunización contra las principales enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole.
- La educación sobre el tratamiento y prevención de los problemas de salud.
- La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables (artículo 10).⁷

BJ El derecho a la protección de la salud en el derecho constitucional comparado

A continuación repasaremos cómo las cartas constitucionales de Europa Continental y Latinoamérica, muy cercanas a nuestro ordenamiento y cultura jurídica en lo que hace a las declaraciones de derechos

sociales, establecen el derecho a la protección de la salud,

1. Europa

En las leyes fundamentales europeas encontramos una tendencia a señalar en sus capítulos programáticos al derecho a la protección de la salud.⁸

La Constitución de Bélgica de 1831, reformada sustancialmente en 1994, establece el derecho a la protección de la salud en el inciso 2 de su artículo 23, inserto en el cúmulo de los derechos económicos, sociales y culturales:

"Todos tendrán derecho a una vida conforme a la dignidad humana. Con este fin, las leyes, los decretos o las normas previstas en el artículo 154 garantizarán, teniendo en cuenta las obligaciones correspondientes, los derechos económicos, sociales y culturales y determinarán las condiciones de su ejercicio. Estos derechos comprenderán en particular: 2) el derecho a la seguridad social, a la protección de la salud y a la ayuda social, médica y jurídica."

En el artículo 43 de la Constitución española de 1978, tenemos que se reconoce el derecho a protección de la salud y asigna competencia a los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública, a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, así como fomentar la educación sanitaria. Mediante la ley se establecerán los derechos y deberes de todos al respecto.⁹

La Constitución de Finlandia (1919), sin instituir claramente el derecho a la protección de la salud, en su artículo 15-a lo perfila bajo criterios de igualdad, a fin de generalizar la dignidad vital de la población, y dándole carácter de derecho social al imponer una obligación al Estado:

"Quienes no tengan posibilidad de conseguir el grado de seguridad necesario para una vida digna, tendrán derecho a un nivel mínimo obligatorio de recursos y asistencia. Se garantizará a todos por la ley el

6. Aprobada por el Senado mexicano el 6 de diciembre de 1973, ratificada por los Estados Unidos Mexicanos el 20 de febrero de 1975 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* de 13 de junio de 1975.

7. Adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, aprobado por el Senado el 12 de diciembre de 1995 y publicado en el *DOF* de 1 de septiembre de 1998.

8. Para las Constituciones europeas *cfr.* RUBIO LLORENTE, Francisco y DARANAS PELÁEZ, Mariano (coords.), *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, Ariel, 1997.

9. *Cfr.* RODRÍGUEZ-PINERO, Miguel y REY, Salvador del, "Informe Español" en MARZAL, Antonio (ed.), *Protección de la salud y Derecho Social*, Barcelona, José María Bosch editor-Facultad de Derecho de la Universidad Ramón Llull, 1999, pp. 93 a 112.

derecho a percibir unos recursos esenciales asegurados frente a los supuestos de desempleo, enfermedad, incapacidad laboral y vejez, así como de parto y de pérdida del sostén de la familia. El Estado asegurará a todos, mediante normas que establezcan por la ley, unos servicios sociales y sanitarios suficientes, y garantizará asimismo la salud de la población

Respecto a Francia, el Preámbulo de la Constitución de la Cuarta República, que es toda una Carta de Derechos Sociales, especifica que el pueblo de francés "*garantizará a todos, especialmente al niño, a la madre y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud, la seguridad material, el reposo y el esparcimiento.*"

En el numeral 3 del artículo 21 de la Constitución griega de 1975 aparece el deber del Estado de velar por la salud de los ciudadanos "y tomará medidas especiales para la protección de la juventud, de la ancianidad y de los inválidos, así como para la asistencia a los indigentes."

La Constitución de Italia de 1947, en su numeral 32, también establece el derecho social que nos ocupa:

"¿a República protegerá la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad y garantizará asistencia gratuita a los indigentes. Nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser por disposición de una ley".

Aunque no lo podemos considerar como la consagración expresa del derecho a la protección de la salud, en la Constitución de los Países Bajos encontramos que las autoridades dictarán medidas para la mejora de la salud pública (numeral 1 del artículo 22 de dicho ordenamiento fundamental).

De las Constituciones europeas, la portuguesa de abril de 1976 es la que mayor extensión dedica al Derecho a la protección de la salud, establecido en su artículo 64:

*"1. Todos tendrán **derecho a la protección de la salud** y el deber de defenderla y promoverla.*

2. Se hará efectivo el **derecho de protección de la salud:**

a) Mediante un servicio nacional de sanidad universal y general y, a la vista de las condiciones económicas y sociales de los ciudadanos, tendente a la gratuidad.

b) Por la creación de condiciones económicas, sociales y culturales que garanticen la protección de la infancia, de

la juventud y de la vejez y por la mejora sistemática de las condiciones de vida y de trabajo, así como por la promoción de la cultura física y deportiva, escolar y popular, y también por el desarrollo de la educación sanitaria del pueblo.

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

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

b) Garantizar una racional y eficaz cobertura del país desde el punto de vista médico y de los medicamentos.

c) Orientar su acción hacia la socialización de los costes de los cuidados médicos y de los medicamentos.

d) Disciplinar y controlar las formas empresariales y privadas de la medicina, articulándolas con el servicio nacional de sanidad.

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

4. *El servicio nacional de sanidad tendrá una gestión descentralizada en régimen participativo."*

Como se puede observar, la Constitución portuguesa es detallista en la consagración del derecho a la protección de la salud, al imponer obligaciones tanto al Estado como a la sociedad. Resulta coherente con la sistemática constitucional que el texto fundamental se refiera enfáticamente a la actuación estatal, por ello, el numeral 3 del artículo 64 desarrolla las formas garantes, institucionales y de control de las actividades particulares que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud.

2. Latinoamérica

El derecho constitucional latinoamericano muestra un particular interés en la protección social de la salud. En la mayoría de los casos resalta el enfoque social y el desarrollo detallado de la forma en que se debe lograr su efectividad. Son excepcionales las leyes fundamentales que enfocan desde una perspectiva privatista o de tipo caritativo el derecho a la protección de la salud.¹⁰

10. Para la revisión de los textos constitucionales de la región, acudimos a la colección *Las Constituciones latinoamericanas*, 21 fascículos, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, con excepción del caso venezolano.

a) La amplitud constitucional

En el primer bloque de constituciones latinoamericanas que desarrollan detalladamente el derecho social de protección a la salud tenemos a las de Colombia, Cuba, El Salvador, Guatemala y Venezuela.

En la Constitución de Colombia (artículo 49) se aprecia nítidamente la influencia de la Constitución portuguesa, al señalar *in extenso* el derecho a la protección de la salud, aunque lo hermana con la protección del medio ambiente y con el señalamiento de una obligación individual y social de cuidar la propia salud:

"La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Asimismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

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

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

El ordenamiento fundamental colombiano también

señala entre los derechos fundamentales de la infancia a la protección de la salud (artículo 44).

La Constitución de Cuba consagra en términos generales el derecho social de protección de la salud en su artículo 43 y lo desarrolla de forma puntillosa en el artículo 50:

"Todos tienen derecho a que se atienda y proteja su salud" El Estado garantiza ese derecho:

- con la prestación de la asistencia médica y hospitalaria gratuita, mediante la red de instalaciones de servicio médico rural, de los policlínicos, hospitales, centros profilácticos y de tratamiento especializado.

- con la prestación de asistencia estomatológica gratuita;

- *con el desarrollo de los planes de divulgación sanitaria y de educación para la salud, exámenes médicos periódicos, vacunación general y otras medidas preventivas de las enfermedades. En estos planes y actividades coopera toda la población a través de las organizaciones de masas y sociales.*"¹¹

Resulta común en las Constituciones de la República de El Salvador y de Guatemala el desarrollo puntual del establecimiento y las formas de hacer efectivo el derecho a la protección de la salud.

Por lo que toca al caso salvadoreño tenemos que la salud constituye un bien público, al que están obligados a velar por su conservación y restablecimiento tanto el aparato estatal, como los particulares. El Estado determinará la política nacional de salud y controlará y supervisará su aplicación.¹² También el Estado dará asistencia gratuita a los enfermos que carezcan de recursos, y a los habitantes en general, cuando el tratamiento constituya un medio eficaz para prevenir la diseminación de una enfermedad transmisible, quienes tienen la obligación de someterse a dicho tratamiento.¹³

Se prescribe que los servicios de salud pública serán esencialmente técnicos y, en consecuencia, serán establecidas carreras sanitarias, hospitalarias, paramédicas y de administración hospitalaria.¹⁴

A semejanza de nuestro país, en la República de El Salvador se establecerá un Consejo Superior de Salud Pública que velará por la salud del pueblo.¹⁵ Para cerrar el apartado salvadoreño, tenemos que el Estado proveerá los recursos necesarios e indispensables para el control permanente de la calidad de los productos químicos, farmacéuticos, veterinarios, alimenticios y las condiciones ambientales por medio de organismos de vigilancia, que puedan afectar la salud y el bienestar.¹⁶

Por lo que hace a la Constitución de Guatemala, tenemos que el goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna.¹⁷

11. Cfr. FERNÁNDEZ MONTOTO, Nicolás, "Cuba" en FUENZA- LIDA, Hernán L. y CONNOR, Susan Scolle (eds.), *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 178 a 186.

12. Artículo 65 de la Constitución de El Salvador. Cfr. BERTRAN D GALINDO, Francisco, "El Salvador" en FUENZALIDA, Hernán L. y CONNOR, Susan Scolle (eds.), *ibid.*, pp. 220 a 236.

13. Artículo 66 de la Constitución de El Salvador.

14. Artículo 67 de la Constitución de El Salvador.

15. Artículo 68 de la Constitución de El Salvador.

16. Artículo 69 de la Constitución de El Salvador.

17. Artículo 93 de la Constitución de Guatemala. Cfr. VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo, "Guatemala", en FUENZALIDA, Hernán L. y CONNOR, Susan Scolle (eds.), *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 260 a 281.

En cuanto a su concepción como derecho social, el Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes, y desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social.¹⁸ La constitución guatemalteca define a la salud de los habitantes de la nación como un bien público, en consecuencia, todas las personas e instituciones están obligadas a velar por su conservación y restablecimiento.¹⁹ En cuanto a las facultades de control estatal en materia sanitaria, se extienden hacia los productos alimenticios, farmacéuticos, químicos y de todos aquellos que puedan afectar la salud y bienestar de la población, así como velar por el establecimiento y programación de la atención primaria de la salud, y básico de las comunidades menos protegidas.²⁰

Luego tenemos la recién proclamada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 17 de noviembre de 1999, que también es amplia en la regulación del derecho a la protección de la salud, así como el régimen de la estructura administrativa y del patrimonio asignado al sistema público de salud. Su artículo 83 señala que *"la salud es un derecho social fundamental, responsabilidad del Estado, quien lo garantiza como parte del derecho a la vida"* Por ello, el Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios y que todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa. Los gobernados tienen que acatar las medidas sanitarias y de saneamiento establecidas en la ley y de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por Venezuela.

La nueva Constitución venezolana asigna al Estado la creación y el ejercicio de la rectoría y gestión de un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, *"integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad"* Por tanto, el sistema público de salud dará prioridad a la promoción de la salud y prevención de las enfermedades, garantizando el tratamiento

oportuno y la rehabilitación de calidad.

Como respuesta a las tendencias mundiales dominantes, se prohíbe tajantemente la privatización de los bienes y servicios públicos de salud, considerados como propiedad del Estado. Es reconocido el derecho a la comunidad organizada, pero al mismo tiempo es impuesto el deber de participar en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política en instituciones públicas de salud.²¹

Como se aprecia en este estudio comparativo, ninguna declaración constitucional se avoca al financiamiento del sistema público de salud, que en caso de la Constitución Bolivariana es responsabilidad del Estado integrar los recursos fiscales, las cotizaciones obligatorias de la seguridad social y cualquier otra fuente de financiamiento que determine la ley, y garantizar un presupuesto para la salud que permita cumplir con los objetivos de la política sanitaria.

También impone al Estado venezolano la necesaria coordinación con las universidades y los centros de investigación, para promover y desarrollar una política nacional de formación de profesionales y técnicos y una industria nacional de producción de insumos para la salud. De igual manera, la organización estatal regulará las instituciones públicas y privadas de salud.²²

Finalmente, en el sistema de seguridad social incluido en la ley fundamental de Venezuela, definido como un servicio público de carácter no lucrativo, es incluido en el derecho a la salud, y que *"asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social."*²³

b) La simple mención constitucional

El segundo bloque de leyes supremas de Latinoamérica viene a estar conformado por aquellas que incorporan en términos mínimos el derecho a la protección a la salud, con alguna característica específica.

En el numeral 17 del artículo 8 de la Constitución de la República Dominicana se establece que el

18. Artículo 94 de la Constitución de Guatemala.

19. Artículo 95 de la Constitución de Guatemala.

20. Artículo 96 de la Constitución de Guatemala.

21. Artículo 84 de la Constitución de Venezuela.

22. Artículo 85 de la Constitución de Venezuela.

23. Artículo 86 de la Constitución de Venezuela.

Estado velará por el mejoramiento de los servicios sanitarios y las condiciones higiénicas, procurará los medios para la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas y endémicas y de toda otra índole, así como también dará asistencia médica y hospitalaria gratuita a quienes por sus escasos recursos económicos así lo requieran.²⁴

En el artículo 19, numeral 14, de la Constitución de Ecuador se señala que el Estado garantizará *"El derecho a un nivel de vida que asegure la **salud**, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios"*²⁵

La Constitución de Honduras reconoce el derecho a la protección de la salud, prescribiendo el deber de todos participar en la promoción y preservación de la salud personal y de la comunidad.²⁶

La Constitución nicaragüense formula, en términos de igualdad, el derecho de sus nacionales a la salud y que el *"Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación"*²⁷

El artículo 105 de la Constitución de Panamá ubica como función esencial del Estado la de velar por la salud de la población, mientras que el individuo, como parte de la comunidad, *"tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la **salud** y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social"*²⁸

En la Ley Fundamental de Paraguay también se atribuyen al Estado las funciones de proteger y promover la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad, mientras que impone la limitación de que nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes, además de que toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana.²⁹

En las constituciones de Bolivia y de Brasil se consigna genéricamente el derecho a la protección de la salud.³⁰

La Constitución de la República Argentina no expresa de manera indubitable un derecho a la protección a la salud. Sin embargo, en la protección a los consumidores (artículo 42 del último ordenamiento) se aprecia la preocupación por la salud pública: *"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en relación de consumo, a la **protección de su salud**, seguridad e intereses económicos;..."*

c) *El derecho social ausente en una visión constitucional asistencialista*

El último bloque de constituciones latinoamericanas se caracterizan por no resaltar la presencia estatal como garante del derecho a la protección de la salud. Son los casos peruano, uruguayo y chileno.

La Constitución del Perú reconoce que todos tienen derecho a la protección de su salud, las del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.³¹

En la Constitución de la República Oriental del Uruguay nos encontramos con la imposición a todos los habitantes del deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad, con la discriminación de que el Estado *"proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes."*³²

El artículo 19 de la Constitución de Chile señala un peculiar derecho a la protección de la salud de sus habitantes, en un esquema distanciado de las concepciones del derecho social:

*"La Constitución asegura a todas las personas: 9o. El **derecho a la protección de la salud**. El Estado protege la libre e igualitario acceso a las acciones de promoción y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.*

24. JORGE GARCÍA, Juan, "República Dominicana", en FUENZALIDA, Hernán L. y CONNOR, Susan Scolle (eds.), *op. cit.*, *supra*, nota 4, pp. 425 a 432.

25. IZQUIERDO MUÑOZ, Homero, "Ecuador", en FUENZALIDA, Hernán L. y CONNOR, Susan Scolle (eds.), *ibid.*, pp. 206 a 219.

26. Artículo 145 de la Constitución Hondureña. Sobre la regulación sanitaria hondureña, *cfr.* RAMOS SOTO, José O., "Honduras", en FUENZALIDA, Hernán L. y CONNOR, Susan Scolle (eds.), *ibid.*, pp. 315 a 336.

27. Artículo 59 de la Constitución de Nicaragua QUINTERO CORREA, César, "Panamá", en FUENZALIDA, Hernán L. y CONNOR, Susan Scolle (eds.), *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 378 a 391. "

29. Artículo 68 de la Constitución de Paraguay.

30. Por lo que hace a la normatividad fundamental boliviana, *cfr.* OROPEZA DELGADO, Ruffo, "Bolivia", en FUENZALIDA, Hernán L. y CONNOR, Susan Scolle (eds.), *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 95 a 109.

31. Artículo 7 de la Constitución de Perú.

32. Artículo 44 de la Constitución del Uruguay. *Cfr.* CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, "Uruguay", en FUENZALIDA, Hernán L. y CONNOR, Susan Scolle (eds.), *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 458 a 469.

*Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.*³³

CJ Recapitulación del Derecho Comparado

De esta breve relación de derecho comparado podemos observar una clara tendencia hacia la señalización en los textos constitucionales del derecho a la protección de la salud y que, en la gran mayoría, se encarga al Estado la obligación principal de proporcionar condiciones de salud a su respectiva población, sin consideraciones de tipo socioeconómico y con énfasis a quienes pueden resultar vulnerados en su salud: niños, jóvenes, mujeres, ancianos e indigentes.

En los casos de Portugal, Colombia, Cuba y El Salvador se aprecian directivas para establecer sistemas nacionales de salud, mediante los cuales se coordinen las políticas públicas en la materia de salubridad. Son escasas las referencias a la educación sanitaria, sin embargo es uno de los puntales del derecho a la protección de la salud.

También es notable la atribución estatal para realizar funciones de vigilancia o control sobre la producción de bienes y servicios que repercutan en la salud de la población.

III El derecho a la protección de

la salud en el derecho constitucional mexicano

AJ El artículo 4o. constitucional

1. La adición de 1983

En 1982, el entonces presidente Miguel de la Madrid Hurtado presentó una iniciativa de adición de un tercer párrafo al artículo 4o. de la Constitución Política

de los Estados Unidos Mexicanos, por la que sería elevado al más alto nivel normativo el derecho a la protección de la salud y determinado el sistema de distribución competencial entre la Federación y los Estados en materia de salubridad. En forma resumida se expresaban en dicha iniciativa las siguientes consideraciones:

1) Desde los primeros regímenes de la Revolución, se tuvo como propósito superior brindar a cada mexicano mejores y más amplias condiciones de existencia, destacándose el esfuerzo por elevar los niveles de salud del pueblo, y cada gestión gubernamental se ocupó en ensanchar la cobertura de los distintos sistemas, instituciones y programas de salud.

2) El problema sanitario de la Nación fue objeto de vivo interés en el Constituyente de Querétaro, poniéndose desde 1917 las bases para el sistema jurídico mexicano de la salud, a partir de las garantías laborales y de seguridad social, con especial referencia al derecho de los trabajadores subordinados a la protección por riesgos de trabajo.

3) Destacó el sobresaliente aumento de las expectativas de vida, el descenso de las tasas de mortalidad y el aplacamiento de la morbilidad, hasta prácticamente erradicarse algunas enfermedades otrora implacables (la poliomielitis, el paludismo, la difteria, la viruela, la tuberculosis, entre otras).

4) También sobresalen, como logros de la Revolución mexicana en los ámbitos de la salud, los avances mostrados en los regímenes de seguridad social por lo que hace a los servicios de salud y tratar de que la salud alcance a la población abierta, que no es amparada por los sistemas de seguridad social.

5) Vincular el mejoramiento de la salud, el bienestar de la población, la distribución del ingreso, el empleo, el disfrute del tiempo libre y el incremento de la productividad y de la producción, a efecto de lograr que la sociedad mexicana trate de ser más igualitaria.

6) Reconocimiento de que desde 1917, los gobiernos pos revolucionarios han procurado destinar a la salud, los mayores recursos posibles y a continuar la tarea permanente de modernizar la legislación sanitaria, que se ocupa ya de cuestiones que inicialmente no eran contempladas por la norma sanitaria (la prevención de invalidez y rehabilitación de 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).

33 BERTELSEN REPETTO, Raúl, "Chile", en FUENZALIDA, Hernán L. y CONNOR, Susan Scolle (eds.), *ibid.*, pp. 187 a 205.

7) La existencia de una política de suministro a la población de medicamentos a precios preferenciales, así como la operación, aún no suficientemente eficaz, de sistemas de control de calidad de fármacos, a efecto de garantizar sus propiedades curativas y su sujeción a las normas oficiales.

8) La formación de los profesionistas médicos y paramédicos que han hecho posible que la expansión de la actividad sanitaria se sustente en recursos humanos de la mayor calidad.

9) La custodia, restauración y mejoramiento de la salud no es tarea que pueda eficazmente atender el Estado, si no concurren los gobernados.

10) El reconocimiento de no haber alcanzado la plena cobertura; en algunas áreas existe un manejo dispendioso de recursos y una operación desarticulada; más aún, se advierte una dolorosa discriminación en el campo de la salud: la calidad de los servicios varía radicalmente de una institución a otra y de región en región, además de la falta de un sistema nacional de salud que responda a la demanda popular de una vida sana, la descoordinación de las distintas dependencias y entidades públicas que actúan en el campo de la salud y la carencia de un Cuadro Básico de Medicamentos.

11) El diagnóstico de la realidad de su momento 1 lleva al autor de la iniciativa a proponer la elevación constitucional del derecho a la protección de la salud, como una nueva garantía social, en el entendido de que no implica que ese derecho sea de cumplimiento automático; aunque nunca debe pensarse que sea inalcanzable. Por el contrario, los recursos que el Estado y la sociedad destinan a la salud; los trabajadores de la salud formados en décadas de política educativa; el equipamiento y la infraestructura de salud acumulada y la madurez de las instituciones públicas que operan en ese campo, muestran que es factible que en el mediano plazo los mexicanos tengan acceso a servicios institucionales que contribuyan a la protección, restauración y mejoramiento de sus niveles de salud.

12) Se optó por la expresión "*Derecho a la Protección de la Salud*" atención de que la salud es una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados; con énfasis de que se trata de una garantía social al imponerse a los poderes del Estado un deber correlativo, en especial para fincar un Sistema Nacional de Salud, sin miras de crear un aparato burocrático nuevo e inmerso en el esquema del entonces naciente Sistema Nacional de Planeación.

13) La iniciativa de adición constitucional procuraba revertir el proceso centralizador en materia de salud y que ha llevado a que la Federación tomase responsabilidades que pertenecen por su naturaleza a las jurisdicciones local y municipal. La teleología descentralizadora de la iniciativa comprendía la entrega paulatina a las entidades federativas de funciones, programas y recursos manejados por la Federación.³⁴ La adición constitucional fue aprobada en los términos del artículo 135 constitucional y se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF.) de 3 de febrero de 1983. Dicha adición apareció como el párrafo cuarto del artículo 4o. constitucional:

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

Por la reforma indígena de 2001, actualmente es el párrafo tercero del artículo 4o.

2. El párrafo tercero del artículo 4o. constitucional

De esta disposición fundamental se puede desprender lo siguiente:

1) El derecho a la protección de la salud es un derecho humano de tipo social, derivado del derecho fundamental a la salud, que procura la salvaguarda de la integridad corporal y psicológica del ser humano.

34. La iniciativa de adición constitucional puede verse en SOBERÓN ACEVEDO, Guillermo *et al*, *op. cit.*, *supra* nota 2, pp. 171-174, y en RUIZ MASSIEU, José Francisco y VALADÉS, Diego (coords.), *Nuevo Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1983, pp. 458 a 460. Respecto de la incorporación del derecho a la protección de la salud en nuestra Ley Suprema de la Unión *cfr.* González Fernández, José Antonio, "El derecho a la salud y las garantías sociales" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, número 6, Escuela Libre de Derecho; Ruiz Massieu, José Francisco, "El contenido programático de la Constitución y, el nuevo derecho a la protección de la salud" en *id.* y VALADÉS, Diego (coords.), *ibid*, pp. 417 a 423; *id.*, "México" en FUENZALIDA, Hernán L. y CONNOR, Susan Scollc (eds.), *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 350 a 364, y en especial los estudios de ZERTUCHE MUÑOZ, Fernando, "El derecho a la protección de la salud y las garantías sociales", KAPLAN, Marcos, "El derecho a la protección de la salud y el estado social de derecho", VALADÉS, Diego, "El derecho a la protección de la salud y el federalismo", ROCHA BANDALA, Juan Francisco, "La evolución del derecho sanitario y el derecho a la protección de la salud" reunidos en SOBERÓN ACEVEDO, Guillermo *et al*, *ibid*, Lara Ponte, Rodolfo, "Comentario al artículo 4" en *Los Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones*. t. I, 3a. ed., México, H. Cámara de Diputados, 1994.

2) La autonomía del derecho a la protección de la salud respecto a los derechos relacionados con la preservación y protección de la salud derivados de la asistencia social o de la seguridad social.

3) Dicho derecho es de los calificados como de igualdad, pues no establece una restricción en cuanto a su goce, por razones de nacionalidad, sexo, edad, preferencia sexual, credo religioso, condición socioeconómica o étnica.

4) Que el derecho a la protección de la salud obliga principalmente al Estado, en tanto organización política cuyos límites competenciales y atribuciones jurídico-políticas están señalados por la Constitución, para establecer las condiciones que permitan la satisfacción plena de dicho ejercicio.

5) Que el derecho a la protección de la salud también obliga tanto a los particulares como a las demás organizaciones de la sociedad, de evitar conductas que de alguna manera lesionen el ejercicio de dicho derecho, lo contravengan o eviten su ejercicio.

6) Se define que la ley, federal o local de los Estados y del Distrito Federal, determinará las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud.

7) Al no especificarse la gratuidad de los servicios de salud, su retribución debe ser coherente con el nuevo entramado constitucional, por lo que dichos servicios deben ser económicamente accesibles para la población en general.

8) Concomitante con la reforma de 1983, en materia de planeación del desarrollo, los servicios de salud estarán sujetos a la estructura y a las disposiciones del sistema nacional de planeación.

9) El esclarecimiento de la distribución de competencias entre la Federación y los Estados de la Unión, mediante 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 la Ley Suprema, dentro de la dinámica de un sistema federal cooperativo, por el que son abiertas nuevas formas de relación constitucional entre los integrantes del pacto federal, a efecto de evitar el reduccionismo del esquema clásico de distribución de competencias del artículo 124 constitucional.³⁵

35. Sobre distribución de competencias *cfr.* DÍAZ Y DÍAZ, Martín, "México en la vía del federalismo cooperativo. Un análisis de los problemas en torno a la distribución de competencias" en Barra Mexicana-Colegio de Abogados, *Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando*, México, Thcmis, 1996, pp. 129 a 173. Respecto a la forma en que funciona el sistema de descentralización, *vid.*, MELGAR ADALID, Mario, "Descentralización y administración de la salud" en *id.* (coordinador general), *Un año por la salud de México*, México, Miguel Ángel Porrúa editor-Secretaría de Salud, 2000, pp. 177-201.

Debe considerarse la facultad de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para expedir leyes en materia de salud para el ámbito de la sede de los poderes federales (inciso i] de la fracción V del base primera del apartado C del artículo 122 de la Constitución Federal).

10) Además debe tenerse en cuenta que desde el mismo Congreso Constituyente de 1916-1917 existió una convencida preocupación por la protección de la salud, que llevó al establecimiento del Consejo de Salubridad General, una institución que puede parecer extravagante en los esquemas clásicos de la división de poderes y del sistema federal, pero que, por el mandato contenido en las bases de la fracción XVI 'del artículo 73 constitucional, potencialmente trata de proteger la salud y la vida de la comunidad nacional, así tendríamos:

"la. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país; 2a. En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, el Departamento de Salubridad tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República; 3a. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del país;

*4a. Las medidas que el Consejo ha puesto en vigor en la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, serán después revisadas por el Congreso de la Unión en los casos que le competan*³⁶

Esta institución, debida a la persistencia del constituyente José María Rodríguez, es una pieza clave en el entramado institucional del Sistema Nacional de Salud, que está por encima de la Secretaría de Salud, al tener relación directa con el Ejecutivo federal y todas las autoridades del país, que deben acatar sus mandatos de carácter general, para hacer

36. Actualmente el Consejo de Salubridad General se rige, además, por los artículos 15, 16 y 17 de la Ley General de Salud, y por su Reglamento Interior, expedido por el Presidente de la República y publicado en el DOF. de 30 de octubre de 2001.

frente a cualquier situación de riesgo de la salud de la República. En su pormenorizado estudio sobre este órgano, el jurista Mario Melgar Adalid señala la naturaleza y las características esenciales del Consejo de Salubridad General:

- El Consejo de Salubridad General es una dependencia del Poder Ejecutivo de la Unión, sin intervención de ninguna otra Secretaría, por lo que contaría con autonomía técnica o de gestión. Como lo señala Melgar Adalid, esto no impide que el Consejo se incorpore alguna Secretaría o Departamento Administrativo, siempre y cuando se respete su autonomía decisoria.
- El Consejo de Salubridad General y el Departamento de Salubridad, hoy Secretaría de Salud, son dos entes administrativos completamente distintos.
- El Consejo de Salubridad General emite disposiciones de carácter general, obligatorias en todo el país.
- Las medidas específicas tomadas por el Consejo al ser revisadas por el Congreso de la Unión.
- Los actos y resoluciones del Consejo de Salubridad General pueden ser objeto del control constitucional del amparo.³⁷

Bien lo ha expresado Mario Melgar Adalid: "El

*Consejo de Salubridad General representa un espacio del poder público necesario para efecto de dar a la población la garantía de que el derecho a la salud, antes implícito en la propuesta del constituyente Rodríguez y ahora expreso en el artículo 4o., sea cabalmente considerado un derecho social.*³⁸

3. La protección a la salud en la reforma indígena de 2001

La reforma constitucional en materia indígena publicada en el **DOF**, de 14 de agosto de 2001 contiene referencias específicas vinculadas con el derecho a la protección de la salud. En la especial estructura del artículo 2o. constitucional, su apartado B enumera un conjunto de deberes para la Federación, los Estados y los Municipios a fin de promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cual-

De esos deberes estatales encontramos las fracciones III y V de dicho apartado relacionadas con el derecho que nos ocupa en este estudio:

"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.

V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, **la protección de su salud**, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria."

B/ El derecho a la protección de la salud en la Ley General de la materia

El artículo 2o. de la Ley General de Salud define las finalidades del derecho a la protección de la salud: 1) el bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades; 2) la prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana; 3) 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; 4) la extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud; 5) el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población; 6) el conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y 7) el desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

C/ El derecho constitucional a la protección de la salud:

¿ Un derecho programático?

El malogrado jurista guerrerense José Francisco Ruiz Massieu expresó que el derecho a la protección de la salud era un derecho programático, pues establecía "simplemente directivas de acción para los poderes constituidos",³⁹ las que de ninguna manera se

37. MELGAR ADALID, Mario, "Reformas constitucionales en torno al Consejo de Salubridad" en BARRA MEXICANA-COLEGIO DE ABOGADOS, *Propuestas de reformas constitucionales*, tomo II, México, Editorial Themis, 2000, pp. 693 a 708.

38. *Ibid.*, p. 708.

39. RUIZ MASSIEU, José Francisco, "El contenido programático de la Constitución...", *cit. supra* nota 34, p. 418.

perfeccionan de manera automática y de suyo no cambian la realidad social. De esta manera el derecho a la protección de la salud requiere que "el Estado se esfuerce en poner condiciones para que progresivamente vaya gozando de efectividad", y en consecuencia se concluye en que las normas programáticas no son objeto de acción ante los tribunales para exigir su cumplimiento: "El ciudadano no tiene derecho a la tutela jurisdiccional para que la autoridad obligue coactivamente al Estado a que haga efectiva aquí y ahora una norma programática."⁴⁰

Por otro lado, Héctor Lara Ponte ha considerado que el establecimiento del derecho a la protección de la salud en la Ley Suprema es una declaración en donde convergen garantías individuales y sociales, que para lograr su efectividad necesariamente necesitan de la participación del individuo, la sociedad y el Estado, entendiendo que la protección de la salud es factible "en la medida del aseguramiento de otros derechos asistenciales básicos asociada a ella, como el derecho a la vivienda, la alimentación y la educación".⁴¹ Para concluir que se trata de una "norma programática".⁴²

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha ocupado del derecho a la protección de la salud, instituido en el citado artículo 4o. de la Ley Suprema de la Unión, en su tesis aislada número P. XIX/2000, en noviembre de 1999:

SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN QUE COMO GARANTÍA A INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE

LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS. 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 2o, 23, 24, fracción 1, 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 actividades 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 un cuadro básico de insumos del sector salud. Deriva de lo anterior, que se encuentra reconocido en la Ley General de Salud, reglamentaria del derecho de 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.⁴³

40. Loe. cit. José Barragán Barragán expone sobre los derechos programáticos: "Las declaraciones de derechos en México, del orden federal así como del orden estatal, están redactadas, están concebidas de manera programática. Algunos de los más importantes derechos pasan por ser tomados y considerados como programas para el futuro, ante la imposibilidad real de satisfacerlos en el presente", BARRAGÁN BARRAGÁN, José, Los derechos humanos en México, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 1994, p. 122.

41. LARA PONTE, Héctor, op. cit., supra nota 34, pp. 1154 e id., Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano, 2a. ed., México, Porrúa UNAM, 1993, pp. 182 a 185.

42. Cfr. BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago, "Comentario al artículo 4o." en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, 1985, pp. 12 y 13; BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la, Los derechos humanos, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999, pp. 34 y 35; MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo, *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*, 2. ed., México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura UNAM, 2001, pp. 21 a 28; NAVARRETE M., Tarcisio; ABASCAL C., Salvador, y LABORIE E., Alejandro, *Los derechos humanos al alcance de todos*, 3a. ed., Diana Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2000, pp. 42 a 44, RABASA, Emilio O. y CABALLERO, Gloria, *Mexicano: ésta es tu Constitución*, 1a. ed., México, Cámara de Diputados LVII Legislatura-Miguel Ángel Porrúa editor, 1997, p. 47, y CARBONELL, Miguel, *La Constitución en serio*, México, Porrúa UNAM, 2001, pp. 179 a 202.

43. Amparo en revisión 2231/97, José Luis Castro Ramírez, 25 de octubre de 1999, unanimidad de siete votos, ausentes: Mariano Azuela Güitrón, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román

Esta tesis aislada procura darle cobertura judicial al derecho a la protección de la salud mediante el juicio de amparo, al asumirla como garantía individual, lo que no descuida su carácter de garantía social. Con esta decisión, el derecho a la protección de la salud se hace efectivo y real.

Como lo expresó el doctor Guillermo Soberón en su comparecencia ante el Senado cuando acudió explicar el contenido de la iniciativa de la Ley General de Salud, en diciembre de 1983:

"El derecho a la protección de la salud no puede tener cumplimiento automático, pero tampoco puede diferirse tanto que quede encajado en el mundo de las utopías, porque llevaría al desprestigio del régimen que lo promovió y al desencanto del pueblo que confía en sus instituciones."⁴⁴

Han pasado 18 años desde su consagración constitucional del derecho a la protección de la salud, por lo que ha madurado en la conciencia jurídica y social del país para que ahora ya sea factible su protección por los tribunales del país, en especial, los de amparo, sin que su carácter programático impida su reclamación en caso de violación de los derechos e intereses jurídicos de los gobernados. Lo que ya resulta ineludible, en pro de la técnica jurídica, es que el derecho a la protección de la salud y los demás derechos sociales sean ubicados en un título específico de la Ley Suprema, pues ésta cada vez presenta signos de desprecio de parte de quienes conforman el órgano revisor de la Constitución, cuando es adicionada o reformada.

Que el Título 1 de la Ley Suprema contenga un capítulo sobre los derechos sociales, económicos y culturales.

IV Conclusiones

De la exposición anterior es posible desprender las siguientes conclusiones:

PRIMERA. El derecho a la protección de la salud es una de las expresiones del Estado democrático y social de Derecho que está enraizado en el esquema constitucional mexicano desde 1917, al ser parte del cuerpo del derecho social contenido en la Ley Fundamental.

SEGUNDO. El derecho a la protección de la salud ha ido adquiriendo un perfil propio, al irse desligando del derecho de la asistencia social y del derecho de la seguridad social, y asentarse como el fundamento de lo que podríamos denominar como derecho de la salud.

TERCERO. El derecho a la protección de la salud no sólo ha sido objeto de regulación constitucional y legal en el derecho interno de un buen número de Estados, sino también aparece de forma constante en el derecho internacional, tanto en declaraciones de derechos humanos como en tratados de derechos económicos, sociales y culturales que nuestro país ha suscrito.

CUARTA. La protección de la salud al ser insertada en los textos fundamentales de países de tradición jurídica romano-germánico-canónica (básicamente de Europa y América Latina) permite visualizar tres agrupamientos distintos, ideados a partir de la trascendencia que se le da en la estructura constitucional: uno grupo caracterizado por la previsión amplia y detallada del derecho a la protección de la salud; un segundo grupo de constituciones que únicamente hace mención del reconocimiento de dicho derecho social, y el tercero se forma con las constituciones que dan simple testimonio de ese derecho y que de ninguna manera expresan una obligación estatal que le den plena efectividad.

QUINTA. El derecho a la protección de la salud fue incorporado, como ha ocurrido desde 1975, en el cuerpo del artículo 4o. de la Constitución Federal mexicana, no sólo como un derecho programático de corte social, sino también vino a poner orden a la incertidumbre que generaba el término "salubridad general" contenido en la fracción XVI del artículo 73 constitucional, al preverse un sistema de facultades concurrentes como se ha estilado en nuestro sistema federal, muy diferente del plasmado en el clasicismo federalista de corte estadounidense.

SEXTA. La reforma indígena de 2001 también puntualizó el derecho a la protección de la salud, al señalar deberes a cargo de las autoridades que permitan la efectividad de ese derecho para las comunidades indígenas.

SÉPTIMA. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expuesto de forma un tanto discutible que el derecho a la protección de la salud tiene naturaleza

Palacios y Juan N. Silva Meza, ponente: Mariano Azuela Güitrón; en su ausencia hizo suyo el proyecto el ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot, en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XI, marzo de 2000, Pleno y Salas, pp. 112 y 113. El caso se generó por un amparo de una persona con virus VIH sida que impugnaba la emisión del Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos del Instituto Mexicano del Seguro Social.

44. SOBERÓN ACEVEDO, Guillermo, *La Protección de la Salud en México*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1987, p. 53.

de garantía individual, por lo que ha dado pie a que sea atacable su violación por la vía del juicio de garantías, lo que también posibilita la defensa de otros derechos sociales mediante el amparo.

OCTAVA. Que debe ordenarse la dispersa Declaración de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de nuestra Ley Suprema para tener un perfecto conocimiento de aquella por las autoridades y la sociedad -abrir un capítulo *ad hoc* en el Título Primero de la Constitución Federal-, donde lógicamente aparecerá el derecho constitucional a la protección de la salud.

Bibliografía

ÁLVAREZ DEL CASTILLO, Enrique (coord.) *Los Derechos Sociales del Pueblo Mexicano*, tomo I. México, L Legislatura de la Cámara de Diputados Manuel Porrúa, 1980. BARRA MEXICANA COLEGIO DE ABOGADOS. *Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando*, México, Editorial Themis, 1996. BARRA MEXICANA COLEGIO DE ABOGADOS. *Propuestas de reformas constitucionales*, tomo II, México, Themis, 2000. BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *Los derechos humanos en México*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 1994. BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la, *Los derechos humanos*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999.

CARBONELL, Miguel, *La Constitución en serio, Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Porrúa UNAM, 2001. **CUEVA, Mario de la**. *Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo I. México, Porrúa, 1977.

-----, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, Porrúa, 1999. FUENZALIDA, Hernán L. y CONNOR, Susan Scolle (eds.), *El Derecho a la Salud en las Américas. Estudio constitucional comparado*, Washington, Organización Panamericana de la Salud, 1989. LARA PONTE, Héctor. *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, 2a. ed. México, Porrúa UNAM, 1993.

MARZAL, Antonio (ed.), *Protección de la salud y Derecho Social*, Barcelona, José María Bosch editor-Facultad de Derecho de la Universidad Ramón Llull, 1999. MELGAR ADALID, Mario. *Un año por la salud de México*,

México, Miguel Ángel Porrúa editor Secretaría de Salud, 2000.

MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *El Derecho Social* 2a. ed., México, Porrúa, 1967.

MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo, *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*, 2. ed., México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura UNAM, 2001.

NAVARRETE M., Tarcisio; ABASCAL C., Salvador, y LABORIE E., Alejandro, *Los derechos humanos al alcance de todos*, 3a. ed., Diana Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2000.

PALACIO DÍAZ, Alejandro del, *Lecciones de Teoría Constitucional*, 2a. ed., México, Claves Latinoamericanas, 1989.

RABASA, Emilio O. y CABALLERO, Gloria, *Mexicano: ésta es tu Constitución*, 11 a. ed., México, Cámara de Diputados LVII Legislatura Miguel Ángel Porrúa editor, 1997.

RUIZ MASSIEU, José Francisco y VALDÉS, Diego (coords.), *Nuevo Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1983.

SAYEG HELÚ, Jorge, *México: Democracia Social*, México, Instituto Politécnico Nacional, 1996.

SOBERÓN ACEVEDO, Guillermo et al., *Derecho Constitucional a la Protección de la Salud*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1983.

-----, *La Protección de la Salud en México*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1987.

Hemerografía

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, José Antonio, "El derecho a la salud y las garantías sociales" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 6, Escuela Libre de Derecho.

RUIZ MASSIEU, José Francisco, "El contenido programático de la Constitución y el nuevo derecho a la protección de la salud", en *Salud Pública de México*, núm. 4, vol. 25, julio-agosto de 1983.

-----, "El derecho a la protección de la salud y la responsabilidad del Estado", en *Salud Pública de México*, núm. 1, vol. 27, enero-febrero de 1985.

compilaciones legislativas y leyes comentadas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada. México, Porrúa Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1985.

C

Sección Doctrina

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, México, Departamento del Distrito Federal Instituto de Investigaciones Jurídicas **UNAM**, 1990.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, 2 ts., México, Porrúa Instituto de Investigaciones Jurídicas **UNAM**, 1998.

Las constituciones latinoamericanas, 18 fase., México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones, 3a. ed., México, Cámara de Diputados, 1994.

RUBIO LLORENTE, Francisco y DARANAS PELÁEZ, Mariano (coords.), *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, Ariel, 1997.

TAPIA HERNÁNDEZ, Silverio (comp.), *Principales declaraciones y tratados internacionales de Derechos*

Humanos ratificados por México, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999.

L/egislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ley General de Salud.

Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General.

Jurisprudencia

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época.