

CAPÍTULO PRIMERO

BASE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SU REGLAMENTACIÓN SECUNDARIA

I. BASE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

“Para Bobbio y Ferrajoli, juristas constitucionales y con los cuales coincido plenamente, lo trascendente en la actualidad radica en hacer efectivos los Derechos Humanos, en virtud de que son la Piedra Angular de la Democracia Sustancial que caracteriza al nuevo Estado Constitucional del Derecho del Siglo XXI”.⁷

Hablar del derecho a la salud es incursionar en el tema de los derechos humanos y los derechos fundamentales. El estudio de los derechos fundamentales tiene como referencia ineludible los derechos humanos, aunque conviene dejar claro que unos y otros no son exactamente lo mismo.

La idea básica del ser humano como sujeto y no como objeto que al nacer es portador de derechos inalienables e inviolables, deviene del concepto de dignidad humana como valor consustancial a la persona, del que Kant hizo una de las más detalladas teorías.⁸

⁷ Gil Rendón, Raymundo, “Los derechos fundamentales y la impartición de justicia”, en *Derecho constitucional*, <http://www.tjffa.gob.mx/investigaciones/pdf/los-derechos-fundamentales-y-la-imparticion-de-justicia.pdf>.

⁸ Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente *et al.*, 2007, p. 41, http://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf.

Las Constituciones modernas integran de una u otra forma en su texto tales derechos. Así, transforman los derechos humanos en derechos fundamentales al incorporarlos como un elemento esencial del sistema jurídico, que los reconoce y garantiza con la fuerza que les imprime el derecho positivo, de tal forma que reclamar un derecho fundamental sea simplemente exigir el respeto a un derecho natural de la persona, pero este reclamo carecerá de sentido si no se le da a ese derecho el carácter de positivo.

Es muy difícil definir a los derechos humanos en un concepto acabado, ya que existe un catálogo amplísimo de ellos en diferentes ordenamientos nacionales y en tratados internacionales, tanto a lo largo de la historia y de la doctrina jurídica como política.

De acuerdo con la concepción iusnaturalista racional, los derechos del hombre existen aun antes del reconocimiento que de ellos lleva a cabo el derecho positivo, por tanto, los considera inherentes a la persona humana.

1. *Los derechos fundamentales en el devenir histórico*

Miguel Carbonell, en su obra,⁹ afirma que el término “derechos fundamentales” aparece en Francia en 1770, a consecuencia del movimiento político y cultural que llevó al surgimiento de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.¹⁰

Este es el antecedente más importante de los derechos subjetivos fundamentales de la persona física jurídica, en donde se reglamentan los derechos a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la seguridad, a la enseñanza y a la libertad de expresión y de información, entre otros.

En la historia contemporánea del siglo XX, los encontramos en la Declaración Universal de las Naciones Unidas de 1948, ya que contiene el catálogo o enunciación de los derechos que todo

⁹ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 3a. ed., México, Porrúa, 2009, p. 8.

¹⁰ *Idem.*

hombre tiene por el solo hecho de existir, pronunciada en París, Francia.

2. *Escuelas idealistas y materialistas*

Las escuelas idealistas consideran algunos derechos como esenciales para la dignidad humana, es decir, son indispensables para que el hombre cumpla con su misión o fin dentro de la sociedad. Esos derechos, llamados “derechos del hombre”, quedan fuera de la jurisdicción del legislador, quien no podría privar de los mismos a persona alguna. El filósofo alemán Emanuel Kant, explica que la base de los derechos humanos consiste en el segundo de los imperativos categóricos: “Tratar al ser humano como un fin en sí mismo y no como un medio”.¹¹

Por otra parte, las escuelas materialistas niegan la existencia de tales prerrogativas; en especial, la Escuela Histórica sostiene que el concepto de “derechos del hombre” está sometido a la evolución y, en consecuencia, no es susceptible de ser definido.

3. *Definiciones y clasificación de los derechos fundamentales por generaciones*

Ahora bien, ¿qué debemos entender por derechos fundamentales? Carlos F. Quintana Roldán los define como:

...conjunto de atributos propios de todos los seres humanos que salvaguardan su existencia, su dignidad y potencialidades por el mero hecho de pertenecer a la especie humana, que deben ser integrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para evitar que el poder público y la sociedad los vulneren o violenten, por tener la calidad de derechos fundamentales.¹²

¹¹ *Idem.*

¹² Quintana Roldan, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., *Derechos humanos*, 5a. ed., México, Porrúa, 2009, p. 9.

Es decir, los derechos fundamentales son considerados como tales en la medida que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna. Se puede afirmar que son inherentes a los seres humanos, que por su propia naturaleza son reconocidos por la sociedad y por el poder público al que pertenecen y se encuentran sujetos.

El tratadista Luigi Ferrajoli concibe a los derechos fundamentales como límites a través de los cuales se maximiza la libertad y se minimiza la arbitrariedad por parte del gobernante. Propone una reestructuración de la democracia, escindiéndola en dos dimensiones: democracia formal (relacionada con el procedimiento) y democracia sustancial (ligada al contenido de esas decisiones). Esta última concepción se relaciona directamente con la legitimidad formal y sustancial, creada a partir que se redimensiona el concepto de democracia y relacionada directamente con el cumplimiento de las cláusulas del Estado social y democrático de derecho.

Para Miguel Carbonell “...son derechos fundamentales aquellos que están consagrados en la Constitución, es decir, en el texto que se considera supremo dentro de un sistema jurídico determinado, porque el propio texto constitucional los dota de un estatuto jurídico privilegiado”.¹³

Como dijera el gran politólogo y jurista Norberto Bobbio: “Es tiempo de los Derechos Humanos”,¹⁴ pero es más importante su protección y defensa que la misma especulación o discusión filosófica sobre la justificación o el contenido de los derechos fundamentales, incluso sobre cuántos y cuáles son, que finalmente se encuentran plenamente identificados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. O bien, como recientemente escribiera Ferrajoli en su obra *Derechos y garantías, la ley del*

¹³ Carbonnell, Miguel, *op. cit.*, p. 2.

¹⁴ *Idem.*

más débil,¹⁵ lo importante de los derechos humanos es garantizar en forma eficaz, no solo los derechos humanos de la primera generación, sino también los derechos de la segunda generación, consistente en los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales consisten en una obligación o prestación de hacer por parte del Estado.

De las definiciones anteriores se puede desprender que existen varios tipos de derechos fundamentales, los cuales se clasifican en su orden de aparición histórica por generaciones de derechos, conforme al siguiente agrupamiento:¹⁶

Los tres primeros tipos de derechos que a continuación se enuncian se clasifican en derechos de la primera generación y los derechos sociales se ubican en la segunda generación.

- a) Los derechos individuales. Tales como la vida, la libertad, derecho a la seguridad, derecho de igualdad ante la ley, derecho a un debido proceso legal y derecho al recurso efectivo.
- b) Los derechos de los ciudadanos. A la vida privada, a la participación en el gobierno, el derecho de asilo y el derecho de propiedad.
- c) Los derechos de conciencia. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, de opinión, de expresión, de reunión y de asociación.
- d) Los derechos sociales. De seguridad social, de salud, al trabajo, al descanso, a un nivel de vida adecuado y a la educación.

En nuestros días se están abriendo paso nuevos derechos humanos a los cuales se les denomina “de la tercera generación” o “de solidaridad”.

Entre los derechos de solidaridad se pueden mencionar el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho a un medio

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37, citado por Carbonell, Miguel, *op. cit.*, pp. 12-14.

¹⁶ Gil Rendón, Raymundo, *op. cit.*, pp. 2-4.

ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad, el derecho a ser diferente.

De ahí que el referirnos al derecho a la protección de la salud no solo implica mencionarlo como un derecho para el ciudadano, sino también como una obligación para el Estado. Sin embargo, las expresiones del derecho a la salud o a la protección de la salud se utilizan indistintamente en los estudios y textos legales relativos a este derecho.

Se considera trascendental en el sistema jurídico mexicano clasificar este importante derecho como normativa social, por lo que antes de dedicarnos a señalar las bases constitucionales del derecho a la protección de la salud, estudiaremos la naturaleza de esta regla fundamental.

4. *Doctrina de los derechos sociales*

A. *Aspectos generales*

Para Ruiz Massieu una distinción clara entre los derechos individuales y los derechos sociales “radica en que los primeros, imponen al Estado una obligación de no hacer, es decir, le obligan a abstenerse de violarlos, en tanto que los segundos conllevan obligaciones de hacer para el Estado; el Estado debe generar las condiciones necesarias para que el derecho social pueda ejercerse”.¹⁷

Esta posición doctrinaria la compartimos plenamente y ha sido descrita por la corriente constitucionalista mexicana desde los años ochenta hasta el inicio de este siglo. Los derechos sociales son los que garantizan universalmente a todos los ciudadanos, por el solo hecho de serlo —y no como mera caridad o política asistencial—, el acceso a los medios necesarios para tener unas condiciones de vida digna.

¹⁷ Ruiz Massieu, José Francisco, “El contenido programático de la Constitución y el nuevo derecho a la protección de la salud”, en Soberón, Guillermo *et al.* (comps.), *Derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Porrúa, 1983, p. 71.

Serían el equivalente a los denominados derechos humanos de segunda generación (los económicos, sociales y culturales), propios del Estado social de derecho, que aparece históricamente como superación del Estado de derecho liberal. El Estado de derecho liberal demostró que no puede dejarse actuar libremente a los ciudadanos sin ningún tipo de restricciones, pues esta posición provocaría que un número no menor de individuos quedarán literalmente sin protección alguna que permitiera al menos, su sobrevivencia.

Si bien el Estado intervencionista también constató que era capaz de producir abusos, lo cierto es que se debe buscar un equilibrio, un justo medio que a la vez que permita el desenvolvimiento natural de los agentes de una sociedad, establezca límites y haga posible la ayuda a los más necesitados y excluidos.

Los derechos sociales son los que humanizan a los individuos, sus relaciones y el entorno en el que se desarrollan. Son garantías de igualdad y de libertad reales, pues la libertad no es posible si no hay forma de ejercerla. Los derechos sociales representan ese justo medio que se establece entre el pensamiento liberal y el pensamiento de igualdad.

Enumerándolos de manera enunciativa —mas no limitativa—, los derechos sociales serían: el derecho a un empleo y a un salario, a la protección social en casos de necesidad (jubilación, seguridad social, desempleo, bajas laborales por enfermedad, maternidad o paternidad, accidentes laborales), a una vivienda, a la educación, a la sanidad, a un medio ambiente saludable, al acceso a la cultura y a todos los ámbitos de la vida pública.

Francisco González Díaz Lombardo define el derecho social como “...un orden de la sociedad de integración dinámica, dirigida a la obtención del mayor bienestar social, mediante la justicia social”.¹⁸ Él hace un análisis por demás interesante en materia de derecho social y de la seguridad, sin que en este trabajo se abunde en él, porque nos apartaríamos del tema prioritario que nos ocupa.

¹⁸ González Díaz Lombardo, Francisco, *Derecho social y la seguridad social*, 2a. ed., México, UNAM, 1978, p. 133.

B. *El problema de la definición de los derechos sociales*

Definir a los derechos sociales ha sido un trabajo intelectual de diversos tratadistas; siguiendo a Cruz Parceró,¹⁹ esto implica un problema, pues “los criterios son tan variados como heterogéneos”. Para algunos autores, los derechos sociales son los derechos de los trabajadores, pero para otros, son los llamados derechos económicos, sociales y culturales, que como ya dijimos, son los denominados derechos humanos de segunda generación.

Es preferible identificar los derechos sociales con los derechos prestacionales, lo que significa que son aquellos derechos que en lugar de satisfacerse mediante una abstención del sujeto obligado, requieren de una acción positiva que se traduce normalmente en la prestación de algún servicio; por ejemplo, subsidios por desempleo, enfermedad o vejez, sanidad, etcétera.

C. *Los derechos sociales: su estructura y normatividad*

Los derechos sociales son acciones, principios y directrices; es decir, son normas que pueden jugar un papel relevante en un sistema jurídico cuando la prestación que impone al Estado es considerada fundamental, y en esa medida forman parte de la Constitución.

Las normas prestacionales, vistas como una técnica de protección jurídica, no pertenecen en exclusiva a alguna clase de derechos, sino que en general son aplicables a cualquiera de los fines del Estado, incluso a los derechos civiles y políticos. Lo más característico de los derechos prestacionales es el tipo de obligación que generan. Los derechos sociales generan normas secundarias o de organización que median entre los derechos y las obligaciones.

Robert Alexy, desde un punto de vista estructural, hace una clasificación de las normas de derechos sociales fundamentales basándose en tres criterios:

¹⁹ Cruz Parceró, Juan Antonio, *Los derechos sociales desde una nueva perspectiva*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2000, pp. 15-18.

- a) Que puedan ser normas vinculantes o no vinculantes.
- b) Que puedan conferir derechos subjetivos o ser normas que solo obliguen al Estado objetivamente a través de la imposición de cargas.
- c) Que puedan fundamentar derechos y deberes definitivos; esto es, que puedan ser reglas o principios.²⁰

En México, la mayoría de los derechos prestacionales o derechos sociales están configurados, y así lo interpreta tanto la doctrina como la jurisprudencia, como directrices, que persiguen determinados fines y que dejan al Estado la elección de los medios que considere adecuados para su realización.

Una nota constante en todos estos ordenamientos es la falta de claridad al momento de proteger los derechos. Normalmente suelen conferir deberes al Estado a través de normas programáticas o directrices. Por mucho que se reglamenten, no encontraremos, en términos generales, una protección efectiva de tales derechos.

No obstante ello, la protección de esos derechos ha ido en aumento por la intervención del Poder Judicial federal, que se explicará con más detalle en párrafos posteriores; pasando de ser simples políticas públicas que persiguen la consecución de esos fines, a derechos subjetivos públicos, oponibles a las autoridades responsables de su ejecución. Esa es la directriz que se va vislumbrando en la resolución de este tipo de asuntos, que han llegado a las autoridades jurisdiccionales.

D. *La garantía de los derechos sociales*

El argumento en contra de los derechos sociales parece tener cierta relevancia cuando se dice que se vuelve imposible su cumplimiento o satisfacción. El reconocimiento de los derechos sociales no depende de las posibilidades prácticas para ser satis-

²⁰ *Ibidem*, p. 31.

fechos, y es justamente en tiempos de crisis cuando parece más indispensable una protección constitucional de los individuos o grupos que tienen una posición más necesitada y vulnerable.

La actividad económica recorre un ciclo de desarrollo y crecimiento, para pasar luego a una etapa de crisis o contracción, momento en que son requeridos por los más desfavorecidos los derechos sociales que les aseguren un nivel de vida digno, por lo que estos juegan un papel insoslayable en la estabilidad de un país.

Por ello, habría que pugnar por una protección jurídica constitucional más fuerte, que garantice ciertos derechos mínimos para los grupos más necesitados, que en la especie son más de la mitad de la población de nuestro país. Asimismo, que el Estado proporcione una seguridad a la sociedad en que vivimos, por ser una premisa fundamental para tener un verdadero Estado de derecho democrático, a la vez que actúa como columna que edifica la sociedad justa que buscamos día con día. Desafortunadamente, en 2009 la OECD concluye que la salud en México está por debajo de los estándares medios que se requieren para ser un país saludable.²¹

E. Los derechos sociales en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La Constitución de 1917 fue la primera que consagró algunos derechos sociales. Comenta Juan Antonio Cruz Parceró que el Constituyente colocó a las garantías individuales a lado de las garantías sociales, siendo estas las que protegen al hombre como integrante de un grupo social.²²

La Constitución mexicana dejó atrás los moldes que postuló el constitucionalismo clásico. En su redacción, y finalmente en el texto aprobado por el Constituyente de 1917, se consideró que

²¹ Lomely, Leonardo, *La protección de la salud como obligación del Estado*, conferencia dentro del Foro UNAM, México, 2011; “Datos del INEGI”, *La Jornada*, México, 16 de octubre de 1998; *El Norte*, Monterrey, 5 de junio de 2011.

²² Cruz Parceró, Juan Antonio, *op. cit.*

era vital para el funcionamiento del Estado democrático social, incluir derechos fundamentales con implicación individual como los que tenían un ámbito social.

Esta incluyó normas fundamentales dentro del capítulo denominado “De las garantías individuales”, como el artículo 3o., referente a la educación; el artículo 27, que aduce a la propiedad y donde se limita el derecho a la misma, atribuyéndose una función social, y el artículo 123, que aun cuando no se encuentra dentro de las garantías individuales, está elevado a rango constitucional —el derecho de los trabajadores a la seguridad social—, sentando las bases para la misma.

En la Constitución de 1917, la gran mayoría de las “conquistas sociales” no consistieron en la imposición de deberes en los órganos del Estado, sino fundamentalmente en la imposición de limitaciones a las conductas de los particulares, tanto en materia agraria como laboral.²³

La doctrina sostuvo una concepción de la Constitución ligada a los postulados de la Revolución y a las conquistas de esta; señaló las normas de contenido social como manifestaciones de tales presupuestos, para finalmente considerarlas un mero programa a realizar por el Estado, llegando incluso a sostener que tales normas no eran estrictamente jurídicas, sino tan solo “fruto de la Revolución”.²⁴

El tratadista José Ramón Cossío llega a la conclusión de que,

...por derechos sociales se entienden aquellas normas constitucionales, que fueron resultado de los postulados de la Revolución; que le confirieron atribuciones a los órganos del Estado para imponer obligaciones de cierto tipo a los particulares, y que no impusieron obligaciones directas de carácter patrimonial al Estado.²⁵

²³ Cossío, José Ramón, “Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en Rabasa, Emilio O. (coord.), *Ochenta años de vida constitucional en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 309.

²⁴ *Ibidem*, p. 296.

²⁵ *Ibidem*, p. 309.

En las Constituciones, como la mexicana, se contienen disposiciones que se pueden llamar preceptivas, porque generan derechos y obligaciones; disposiciones organizativas, porque dan el arreglo de instituciones constitucionales, y disposiciones programáticas, que establecen simplemente directivas de acción para los poderes constituidos.²⁶ Las disposiciones programáticas de una Constitución son para los agentes estatales estímulo y guía de la acción pública, y para el pueblo representan la esperanza de que algún día se acatarán.

A partir de 1940, el papel del Estado incluyó el otorgamiento de prestaciones a la población, tales como la salud, vivienda, etcétera. Estas aparecían en el Estado de bienestar en México.

Ciertamente, el avance fue considerable con la creación de instituciones como el IMSS, ISSSTE, Infonavit, Fovissste, la Conasupo, etcétera, pero los juristas no ignoraban del todo la realidad social, y confiaban que con las leyes bastaban para garantizar los derechos. El desarrollo de nuestro sistema social fue de la mano de nuestro sistema político, y al lado de las amplias facultades que se le confirieron al Ejecutivo en materia social, también se consolidaron el clientelismo, la corrupción, la arbitrariedad, la discrecionalidad, la impunidad y los poderes ilegales de facto.

5. *El derecho a la salud: ¿un derecho individual o social?*

Como más adelante lo veremos, en el contexto jurídico se han enarbolado ambas corrientes, ya que para unos se trata de un derecho individual y, para los otros, de un derecho social.

A. *El derecho a la salud y/o a la protección de la salud en el derecho internacional y en las Constituciones mexicanas y extranjeras*

Desde 1946, de acuerdo con Miguel Carbonell y otros tratadistas, al nacer la Organización Mundial de la Salud (OMS), la

²⁶ Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, pp. 321 y 322.

comunidad internacional reconoció el derecho a la salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades; se le concibe como un derecho fundamental, y el lograr el grado más alto es un objetivo social. Es, por lo tanto, un derecho fundamental.²⁷

El derecho a la protección de la salud está vinculado, por su origen, con el derecho asistencial y con el de la seguridad social. La diferencia es que el derecho asistencial era visto por el Estado como un acto de caridad, beneficencia o hasta compasión a los más desprotegidos, situación que con el transcurso del tiempo se tornó en una obligación para el Estado: esto es, garantizar a los ciudadanos un mínimo que les permitiera un nivel de vida digno.

Si bien es cierto que la Declaración Universal de los Derechos Humanos no es un tratado, algunos especialistas en derecho consideran que la mayoría de sus previsionses son ya costumbre internacional.²⁸ El artículo 25 sostiene: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, status a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros de... enfermedad, invalidez...”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, establece en el artículo 12 lo siguiente: “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”. Además, se enumeran como medidas que deberán adoptar los Estados a fin de asegurar ese derecho, acciones como

²⁷ La Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Nueva York, 22 de julio de 1946, entró en vigor el 7 de abril de 1948, reformada por la 26a., la 29a., la 39a. y la 51a., asambleas mundiales de la salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente, p. 1, http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf.

²⁸ Leary, A. Virginia, “The Right to Health in International Human Rights Law”, *Health and Human Rights*, vol. 1, núm. 1, p. 32.

la reducción de la mortalidad infantil; el mejoramiento de los aspectos de higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas y profesionales, así como la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

En el mismo pacto se utiliza el concepto derecho a la salud en los artículos 11 y 14 cuando determina que “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”.²⁹

Mención especial también merecen algunos tratados y declaraciones sectoriales, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño.³⁰

El derecho a la salud y la responsabilidad del Estado de protegerla ha sido consagrado por lo menos en 20 de las 35 Constituciones de América Latina, en tanto que de los países europeos, que han reconocido el derecho a la salud, tenemos a España, Grecia, Portugal e Italia. Por su parte, las Constituciones japonesa y francesa, sin utilizar el término derecho a la salud, contienen ciertas disposiciones relativas al mismo.

B. *El derecho constitucional a la protección de la salud y su contenido programático en México*

El nuevo párrafo tercero del artículo 4o. constitucional es la médula del programa de salud del Estado mexicano. El artículo referido literalmente estatuye:

Artículo 4o. 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

²⁹ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 867.

³⁰ *Ibidem*, artículo 24.

y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del Artículo 73 de esta Constitución.³¹

El derecho a la protección de la salud es un derecho social, por lo que podría incluirse en la clasificación de derecho prestacional, por algunas intituladas normas programáticas. A estas se les denomina también como normas impropias, porque no están revestidas de coercitividad. Según el tratamiento que daba la doctrina y algunas decisiones de las autoridades del Poder Judicial de la Federación, el derecho a la protección de la salud es un derecho social con contenido programático, por lo que se pensaba que estaba en franca indefensión para obligar al Estado a prestar un servicio que constitucionalmente está reconocido como tal.

Diversos autores mexicanos³² sostienen que el derecho a la protección de la salud no es un derecho exigible, ya sea por considerarlo una norma programática o un derecho social. Al respecto, Biscaretti di Ruffia define a las normas programáticas como aquellas que establecen simplemente las directivas de acción.

Por su parte, José Francisco Ruiz Massieu³³ señala que “las normas programáticas son normas impropias, porque no están revestidas de coercitividad; no pueden hacerse cumplir por la fuerza, ni pueden llevarse al órgano jurisdiccional, como en el caso de las normas que otorgan derechos individuales y buena parte de los derechos sociales”.

Martínez Bullé-Goyri³⁴ va más allá, al afirmar que el derecho a la protección de la salud “son derechos vacíos de contenido,

³¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 29 de julio de 2010.

³² Cossío, J. R. y Ruiz, M. son algunos de los tratadistas que sostenían dicha postura. Actualmente las tesis del primero de ellos, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, revelan otra opinión, ya que los gobernados poco a poco han ido ganando un derecho exigible en materia de protección a su salud.

³³ Ruiz Massieu, José Francisco, *Cuestiones de derecho político (México-España)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 59.

³⁴ Martínez Bullé-Goyri, Víctor, “El derecho a la salud como un derecho humano”, en *Seminario Salud y Derechos Humanos*, México, CNDH, 1991, pp. 45-48.

sin llegar siquiera a constituirse en normas programáticas... pues no consignan en sus fórmulas consagratorias ningún programa a seguir”.

Por el contrario, otros doctrinarios conciben el derecho a la protección de la salud como un derecho público subjetivo, dada la posibilidad de su exigibilidad. Para algunos autores, la principal característica de estos derechos es la progresividad³⁵ o condicionamiento económico, que en principio constituiría la medida de exigibilidad.³⁶

Es indudable que el reto para los justiciables radica en la vaguedad de los textos normativos en los que se encuentran plasmados los derechos, la ausencia de mecanismos de aplicación adecuados y la carencia de una práctica institucional para la interpretación de estos instrumentos.

En México, el derecho a la protección de la salud es parte del derecho social, ya que es un derecho que se revela frente al Estado, el cual asume el deber de proteger convenientemente la salud mediante la organización y puesta en funcionamiento de los medios que se consideran necesarios para acceder a ella.

Así, el derecho constitucional a la protección de la salud, “es aquel derecho que se ostenta frente al Estado a fin de obtener una acción positiva de éste dirigida a la efectiva satisfacción de la salud individual por encima de las posibilidades personales del sujeto”.³⁷

Las expresiones “derecho a la salud” o a la “protección de la salud”, son utilizadas indistintamente en los estudios y textos legales relativos a este derecho. Su contenido puede ser tan amplio como el concepto mismo de salud, y este último sigue sin alcan-

³⁵ Es el cumplimiento paulatino y creciente de los derechos humanos de carácter económico, social y cultural, condicionado por los recursos económicos y técnicos con que cuenta cada uno de los Estados.

³⁶ Morales Aché, Pedro Isabel, “La salud y los derechos humanos”, Tesina para el Diplomado en Derechos Humanos y Relaciones Internacionales, Universidad de las Américas, versión mimeografiada, 1993, pp. 7 y 8.

³⁷ Escribano Collado, Pedro, “El derecho a la salud”, en *Cuadernos*, España, Instituto García Ovicdo, 1976, p. 44.

zar un consenso en su formulación. Pero como lo ha sostenido el doctor y célebre tratadista Miguel Carbonell, no son lo mismo.

El régimen jurídico de la protección de la salud en México ha tomado una inusual importancia. Por un lado, debido a que constituye la respuesta a una necesidad fundamental del individuo, y por otro, a la enorme complejidad que reviste tanto en los aspectos económicos, técnicos, asistenciales, jurídicos y humanos.

No solo en México, sino en la mayoría de los países, está por definirse el régimen correspondiente a la actividad administrativa de carácter asistencial.

Actualmente, los juristas prefieren identificar a los derechos sociales con los derechos prestacionales. Es decir, con aquellos derechos que en lugar de satisfacerse mediante la abstención del sujeto obligado, requieren de una acción positiva que se traduce normalmente en la prestación de algún bien o servicio.³⁸

Es así que surge la idea del derecho social como una rama autónoma, cuya principal característica fuera la preeminencia de los intereses colectivos por encima de los intereses individuales, que al incluirse en los textos constitucionales adquiere rango propio y autonomía, incorporándose en la cada vez más larga lista de los derechos sociales.

C. Evolución del derecho a la protección de la salud en México

El 15 de julio de 1891, el Ejecutivo Federal expidió el primer Código Sanitario del México independiente, ordenamiento legal que fue evolucionando y modificándose hasta llegar a nuestra actual Ley General de Salud.

La más importante modificación a la Constitución de 1857 en cuanto al ámbito de la salubridad se llevó a cabo en 1908, cuando se facultó por primera vez al Congreso de la Unión para dictar las leyes que garantizaran una correcta actividad sanitaria en todo el país.

³⁸ Cruz Parceros, Juan Antonio, “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, en *Derechos sociales y derechos de las minorías*, pp. 90 y 91.

En 1908, el Ejecutivo envió al Congreso una iniciativa de reforma a la fracción XXI del artículo 72 (el cual había tenido modificaciones en 1872) para hablar de la salubridad general de la República. El 12 de noviembre del mismo año se concretó la reforma para quedar como sigue: “Artículo 72. El Congreso de la Unión tiene facultad: ...XXI. Para dictar Leyes sobre ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República”.

Posteriormente, el Congreso Constituyente de 1917 habría de adicionar a la fracción XVI del artículo 73 (la que sustituía a la fracción XXI del citado artículo 72 de la Constitución de 1857), cuatro bases generales que hasta la fecha siguen vigentes con algunas mínimas variantes. Con esta base constitucional, la actividad sanitaria se regularizaba.

El 19 de enero de 1917 se presentó como una propuesta del doctor José María Rodríguez sustituir el término de Departamento de Salubridad por el del Consejo de Salubridad General, la cual fue aprobada.

La manifestación política y social del Estado mexicano, al elevar a rango máximo el derecho de todos los mexicanos a que su salud sea protegida, se suma al amplio catálogo de principios protectores de una existencia propia a la condición del ser humano.

De todas las Constituciones que rigieron nuestro país, es hasta 1983 cuando se incluyó el derecho a la protección de la salud. Con anterioridad, el concepto de salud era entendido como un tema exclusivo del ángulo de la salubridad.³⁹

Efectivamente, en una adición al artículo 4o. constitucional, publicada el 3 de febrero de 1983, se incluye el derecho a la protección de la salud, sin precisar el concepto de salud.

En la Constitución de Nuevo León también se estableció una adición al artículo 3o., para dar paso al derecho a la protección de la salud.

³⁹ Rocha Bandala, Juan Francisco, “La evolución del derecho sanitario y el derecho a la protección de la salud”, en Soberón, Guillermo (coord.), *op. cit.*, pp. 113-126.

*D. El derecho a la protección de la salud: medios de defensa
y su transición a una auténtica garantía constitucional*

El presidente de la República, el 4 de agosto de 2011, durante una gira de trabajo en San Luis Potosí, declaró que en México: "...actualmente 97% de la población cuenta ya con un sistema de seguridad social a través del Seguro Popular, el IMSS y el ISSSTE".⁴⁰ La nota de prensa señala que en total existen 101 millones de afiliados. Al respecto, cabe hacerse algunas preguntas concisas, ¿y por qué no?, críticas, respecto a esta información:

- ¿Es posible confrontar esas cifras con mediciones realizadas en México en materia de salud por otras instancias?
- ¿Es posible confrontar esas cifras con las mediciones de las que México forma parte y que son realizadas por entes u organizaciones internacionales en materia de salud y desarrollo humano?

1) ¿Es posible confrontar esas cifras con mediciones realizadas en México en materia de salud por otras instancias?

La respuesta es sí. Y el resultado es, cuando menos, confuso.

Tenemos como antecedente lo que se afirmó al inicio de este ensayo: las cifras citadas en esa fecha por el titular del Poder Ejecutivo Federal indican que hay 101 millones de mexicanos con acceso a un sistema de seguridad social (ISSSTE, IMSS, Seguro Popular), representando esto un 97% de la población.

Como primer paso, tomemos la información disponible al momento de la afirmación. La podemos obtener del INEGI, específicamente de la tabulación de resultados del cuestionario básico en el rubro de servicios de salud⁴¹ en el Censo de Población y Vivienda 2010, y en ella se verifica lo siguiente:

⁴⁰ "FCH declarará cobertura universal en SLP", *El Universal*, 3 de agosto de 2011, <http://www.eluniversal.com.mx/notas/783307.html>.

⁴¹ INEGI.

- Población total del país: 112 millones 336 mil 538 habitantes.
- Total de población derechohabiente: 75 millones 514 mil 513 habitantes. La población derechohabiente se integra por los afiliados al IMSS, ISSSTE (estatal y federal), Pemex, Defensa o Marina, Seguro Popular, institución privada y otra institución.
- La población no derechohabiente es de 38 millones 20 mil 372 personas.

Si a la cantidad total de derechohabientes le restamos la población incluida en las subcategorías, “institución privada” y “otra institución”, tenemos que la cantidad de derechohabientes a sistemas públicos de salud es de 68 millones 860 mil 671 personas.

Si en la fecha de la citada declaración, 101 millones de personas eran el 97%, entonces de conformidad con estos datos, ¿qué porcentaje corresponde al 100%?

97%	101,000,000
100%	¿?

Con base en los supuestos de la nota de prensa antes mencionada y empleando una regla de tres simple, tendríamos que el 100% de la población sería de aproximadamente 104 millones de habitantes. Pero recordemos que la cita señala “de la población”, por lo que podríamos preguntarnos, ¿de cuál población se estaba hablando?

No podría ser el total de la población del país, porque para esas fechas (agosto de 2011) ya se conocían los resultados del Censo de Población y Vivienda, según el cual la población asciende en 2010, a 112 millones 336 mil 538 habitantes.

¿Podría referirse al total de la población que obtenemos de sumar los derechohabientes con los no derechohabientes, considerados como una población susceptible de recibir el servicio de salud? Las cifras son más próximas, pero no lo suficiente: 110

millones 534 mil 885 habitantes. Si empleamos el número de derechohabientes calculado anteriormente para el caso de sistemas públicos de salud (68 millones 860 mil 671 personas) sumados a los no derechohabientes (38 millones 020 mil 372) obtenemos 106 millones 881 mil 043 personas, cifra próxima a la obtenida mediante el cálculo basado en las declaraciones de prensa.

De esta forma, podemos afirmar que “la población” a la que se refiere la “cobertura universal” es en realidad la población ya afiliada a algún servicio de seguridad social, y la que al momento del Censo 2010 no lo estaba. Es una afirmación temeraria, pero vale la pena tomarla en cuenta.

La pregunta que nos debemos hacer ahora es si al momento del Censo 2010 la población derechohabiente era de casi 69 millones de habitantes, y cerca de 38 millones faltaban de tener acceso a algún servicio de salud. ¿Es factible que pudiera darse acceso a algún servicio de salud en un plazo de un año a esos 38 millones? La cifra actual que maneja el gobierno federal en declaraciones de prensa es que la afiliación al Seguro Popular es de casi 49 millones de personas,⁴² mientras que el Censo 2010 dice que al momento de realizar dicho ejercicio había 26 millones 229 mil 071 habitantes afiliados al Seguro Popular o Seguro para una Nueva Generación (se les identifica como una misma categoría). ¿Debemos entender que estos dos programas absorbieron la mayoría de eso 38 millones de “no derechohabiente” en un plazo cercano al año?

El INEGI nos ha dado la pauta a seguir. Toca el turno a la información ofrecida por el Coneval, quien midió la pobreza de acuerdo con el ingreso y la satisfacción de seis derechos sociales: *protección a la salud*, seguridad social, educación, calidad y espacio de la vivienda, servicios dentro de ella y alimentación.

En octubre de 2011, el Coneval⁴³ dio a conocer el índice de rezago social en 2010. En él se contiene un dato muy importante:

⁴² En 10 años, el Seguro Popular superó al IMSS en número de afiliados, 9 de noviembre de 2011, <http://mexico.cnn.com/salud>.

⁴³ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, <http://web.coneval.gob.mx>.

el 33.2% de la población del país carecía de acceso a servicios de salud públicos o privados. Esta información es obtenida mediante los datos que el INEGI dio a conocer en el Censo de Población y Vivienda 2010 y se refiere a los mismos 38 millones de “no derechohabientes” mencionados anteriormente. No obstante, se estima que en el último censo no se encuentran datos indispensables para tener una panorámica completa. Se afirma que en la cédula censal de 2010 se omitieron indicadores importantes.⁴⁴

Esa información es empleada para calcular un índice por estado bajo una metodología determinada, que al unirse a los demás indicadores obtenidos por el Coneval de la información del INEGI, darán un índice para cada estado y municipio del país.

El IRS se obtiene a partir de la técnica estadística de componentes principales. Debido a que el objetivo de esta técnica es sólo ordenar territorios en un momento en el tiempo según su nivel de rezago social, no es conveniente comparar los valores del índice a lo largo del tiempo. Únicamente es válido comparar el orden de los territorios para el año en el que se obtiene el índice. Sin embargo, es posible comparar en el tiempo la ordenación relativa de las entidades, los municipios y las localidades.

En otras palabras, el IRS solo toma la información ya disponible (INEGI) para desarrollar fórmulas para casos individuales de estados o municipios. No nos ayuda como un punto de comparación respecto a las afirmaciones oficiales.

2) ¿Es posible confrontar esas cifras con las mediciones de las que México forma parte y que son realizadas por entes u organizaciones internacionales en materia de salud y desarrollo humano?

Por desgracia, la respuesta es negativa.

Las mediciones en nuestro país para el caso de la salud son de tipo cuantitativo: importa la cantidad de personas que tienen

⁴⁴ Carpizo, Jorge, *El cumplimiento de los derechos de la justicia social*, Documento de trabajo núm. 159, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 1.

la posibilidad de acceder a un sistema de salud. No se mide el impacto que tiene la calidad del servicio en el desarrollo de la sociedad. Siendo así, en México se presume de una cobertura casi total en servicios médicos, sin que se haya establecido en algún momento si los afiliados pueden hacer efectivo su derecho al servicio médico sin obstáculos o contratiempos.

Tal hecho se relaciona definitivamente con el ejercicio de diversos derechos sociales, como el derecho a la seguridad social, alimentación, prestación social, ingreso per cápita, vivienda, agua, salubridad e higiene.⁴⁵ Aun así, la esperanza de vida no es igual para el pobre que tiene limitado el acceso a los servicios de salud o no los tiene, que para quien goza de una diversidad de sistemas de salubridad, tanto privados como públicos.

Por otra parte, el Índice de Desarrollo Humano 2011,⁴⁶ publicado por el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), considera determinadas variables relacionadas con la salud como parte integrante del índice en cuestión. La combinación de diversos factores numéricos mediante fórmulas matemáticas dan como resultado una cifra en número decimales, que mientras más próxima esté a 1, significa mayor cercanía con el desarrollo social deseado. Es evidente que este desarrollo no es equiparable con el de un país europeo, e inclusive en el nuestro difiere de una región a otra, como Oaxaca y el Distrito Federal.⁴⁷

Esta es una medida multidimensional, es decir, no se basa en un solo factor como pudiera ser el económico, social, de salud, ambiental, discriminación, etcétera, sino que trata de establecer una relación entre todos estos elementos analizando diversos indicadores de esos aspectos. Para el caso de la salud, se revisa el acceso a vacunas y mortandad, entre otros.

Naciones Unidas calcula a nivel internacional un índice de desarrollo humano (IDH) y entre otros factores considera: a) el

⁴⁵ *Ibidem*, p. 2.

⁴⁶ “Sostenibilidad y equidad: un mejor futuro para todos”, *Informe sobre Desarrollo Humano 2011*, PNUD, 2011.

⁴⁷ *Idem*.

de mayores oportunidades, *b*) acceso a los recursos, *c*) mayores capacidades humanas, *d*) mayor capital físico y humano de los pobres.⁴⁸

El ingreso per cápita es un factor importante para medir el bienestar de la población, sin embargo existen otros factores que miden el grado de “felicidad” de la población, entre los que podemos contar la calidad en la protección de salud. En México es evidente la diferencia que existe entre las cifras del gobierno federal y las proporcionadas por el PNUD: el índice de desarrollo humano es un indicador que conjuga una serie de elementos que pueden contribuir al bienestar del individuo en la totalidad de la persona, por lo que dos países pueden tener índices de desarrollo similares, aunque el grado en que cada aspecto de un elemento se presenta es distinto. Las estadísticas mexicanas miden el acceso a servicios médicos como el elemento primordial, considerando que la posibilidad de solicitar atención médica en razón de la afiliación a una determinada institución o programa es garantía de bienestar.

Tenemos otra opción más para proceder a la comparación: la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos tiene sus propias estadísticas y pudieran ser empleadas para contrastar las cifras de cobertura que maneja la Presidencia de la República. De un origen eminentemente económico, estos datos son valiosos cuando se analiza el gasto de gobierno en materia de salud, pero no aporta información relativa a la cobertura en servicios de salud y no obstante los logros obtenidos, resultan por demás insuficientes frente a los retos que tiene el país para superar sus muy graves problemas, como la desigualdad social, la pobreza e insuficiente o escasa protección a la salud, entre otros.

Esto nos lleva a un punto importante: si la percepción general de los mexicanos es que los servicios de salud públicos son malos y que su calidad de vida es baja, ¿todos los estudios o afirmaciones que señalen que hay determinado crecimiento en aspectos considerados positivos del rubro salud son falsos?

⁴⁸ *Idem.*

Bajo las estadísticas resulta claro que en cuanto a protección en materia de salud, disminuyó la mortandad infantil en cuanto a los recién nacidos, así como de aquellos en edad preescolar. Lo mismo acontece en el caso de la mortalidad materna acontecida durante el embarazo. En ese tenor, no puede afirmarse tajantemente que los datos sean falsos, sencillamente se observa y se mide un aspecto distinto de la realidad. Considero que todos los estudios e informes mencionados adolecen de aspectos que se complementan con otros estudios.

Se puede concluir lo siguiente:

¿Es posible que la afiliación al Seguro Popular y el Seguro para una Nueva Generación hayan crecido en 38 millones de personas en tan solo un año?

- 1) La afiliación no significa necesariamente el pleno cumplimiento de la garantía de salud (artículo 4o. de la Constitución Política de nuestro país). El cumplimiento efectivo de los beneficios como derechohabiente es el indicador de que el derecho a la salud se ejerce y se respeta.
- 2) La cobertura está representada por el porcentaje de afiliación, pero eso no significa que se atienda cabalmente a todos los afiliados, ya que el Seguro Popular se presta por medio de convenios con sistemas estatales y federales de salud, cuyas clínicas hace tiempo que han sido rebasadas en capacidad técnica y humana.
- 3) Los indicadores internacionales muestran un progreso en el aspecto de salud, pero esto es debido a la forma en que se mide y el propósito de esos estudios: el PNUD busca la relación de algunos aspectos de la salud pública con el medio ambiente y la igualdad en una sociedad como elementos interrelacionados, no ajenos unos de otros. En México aún no se da importancia al medio ambiente como un factor de salud pública.
- 4) La OCDE centra sus estudios en la cuestión económica de cada uno de esos aspectos, y aunque se conozca qué canti-

dad del producto interno bruto se ejerce en materia de salud, esto solo es un indicador del flujo económico tanto privado como público, pero no de la calidad ni de la cantidad de beneficiarios satisfechos. Por otra parte, algunos datos son de 2009, lo que dificulta la comparación.

- 5) Finalmente, aunque sea preocupante el no poder comparar o corroborar un dato que se anuncia como un parteaguas en el rubro de salud de nuestro país, lo que debe importar es que el referido 97% de la población que se dice tiene cobertura médica tenga un servicio tal que haga efectivo el derecho a la salud de los mexicanos.

Lo anterior forma parte de la justicia social que nuestra Constitución reconoce, concretamente en el artículo 4o., pero una cosa es el ser y otra el deber ser, que de conformidad con lo anterior pone en tela de juicio la realidad social que actualmente se vive en materia de salud. Esta situación tiene sustento en la situación social de decenas de mexicanos, la cual es preocupante, así lo asevera Jorge Carpizo.⁴⁹ Sin embargo, aun cuando las cifras no coinciden, resulta innegable la desigualdad y la pobreza existente en México.

En 2011, esta desigualdad también afecta la prestación de la salud en México, la cual se pretende combatir a través de los medios de defensa con que se cuenta en el país para abordar esta problemática.

Debemos precisar que en México no existen tribunales especiales para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, por lo que su resguardo se extiende a la expresión y discusión doctrinal, a todas las garantías sociales que quedan todavía como normas declarativas programáticas, sin un procedimiento coactivo de carácter jurídico que las haga efectivas.

Pero en México contamos con mecanismos de defensa del derecho a la salud, como lo son la Comisión Nacional de Arbi-

⁴⁹ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 1.

traje Médico, las comisiones estatales de arbitraje médico y la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH).

Se ha dicho que no basta con la existencia del derecho a la salud como una idea, sino que es necesario que este se garantice a través de una norma subjetiva que haga efectivo el derecho en caso de incumplimiento por parte del obligado, que en este caso es el Estado, adicionando la necesidad de contar con un medio de control judicial que permita hacer exigible ese derecho. Es decir, que ese derecho se haga justiciable.

Otros autores sostienen⁵⁰ que si bien los derechos sociales permiten reconocer desde la Constitución el otorgamiento de prestaciones. Es decir, el reconocimiento de un derecho subjetivo oponible al Estado que garantice su exigibilidad, no por ello carecen de eficacia jurídica al punto de convertirse en meros enunciados programáticos. En otras palabras, el juicio de garantías habrá de controlar la constitucionalidad de los actos de aplicación de las leyes concernientes a esta materia.

El artículo 60 de la Ley General de Salud curiosamente acepta la acción popular, la cual podrá ejercitarse por cualquier persona, bastando para darle cuerpo, el señalamiento de los datos que permitan localizar la causa del riesgo. Este recurso administrativo podría constituirse en un medio efectivo para la instauración de una defensa constitucional de la salud.

Más adelante se enumerarán tesis aisladas e incluso jurisprudencias que ilustran la tendencia que el Poder Judicial Federal ha establecido en los últimos 30 años, por lo que hace al derecho a la protección de la salud.⁵¹ Previamente se consideran necesarias las siguientes reflexiones:

⁵⁰ Cossío Díaz, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 235.

⁵¹ Como intentamos precisarlo en páginas precedentes, el derecho a la protección de la salud tiene dos acepciones: individual, como garantía del sujeto que puede exigir su cumplimiento, y social, en la que se deben establecer normas jurídicas positivas y políticas públicas que tiendan al más alto grado de consecución de este derecho.

Primera. El 3 de enero de 1983 se incorporó a la Constitución el derecho a la protección de la salud, y en 1984 el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito resolvió que el derecho a la protección de la salud no era exigible.

Segunda. El 15 de noviembre de 1995, el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito emitió la resolución que más adelante se describe, en donde reconoció que el derecho a la protección de la salud sí era exigible. En este asunto, el secretario de salud del estado de Tlaxcala se había negado a proporcionar atención médica y a autorizar el traslado del quejoso, quien en ese momento tenía el carácter de procesado, a un hospital especializado que pudiera hacerse cargo de los problemas de salud que evidenciaba.

Fundándose en el derecho que toda persona tiene a la protección de la salud y acceso a los servicios correspondientes en términos del artículo 4o. constitucional, el tribunal del conocimiento determinó que la actitud de la autoridad responsable al no proporcionar la atención médica al procesado y negarle su traslado a un hospital para que fuera debidamente atendido, resultaba violatoria de la garantía individual al derecho a la protección de la salud.

Tercera. El 25 de octubre de 1999, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió resolución reconociendo la naturaleza jurídica del derecho a la protección de la salud como un derecho público subjetivo en el siguiente caso: una persona solicitó el amparo y protección de la justicia federal contra actos de diversas autoridades del sector salud, reclamando que no habían sido incluidos en el catálogo de medicamentos de 1996 los que ella requería.

El juez octavo de distrito en materia administrativa en el Distrito Federal, el 21 de mayo de 1997, determinó sobreseer el juicio y negar el amparo al quejoso. La sentencia fue recurrida por el quejoso, y la sentencia definitiva indicó que debía conocer del asunto la Suprema Corte, ya que se estaba en presencia de una violación al artículo 4o. constitucional.

Cuarta. El 18 de mayo de 1999, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció el derecho a la protección de la salud de la quejosa, al declarar la inconstitucionalidad de la fracción V del artículo 24 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado. El caso a estudio establecía una diferencia ilegal al tratar a los esposos de las trabajadoras de ese régimen de seguridad social con mayores requisitos para su admisión como pacientes que a las esposas de los servidores públicos al servicio del Estado. Dicho en otros términos, se otorgaba un trato distinto para tener acceso a los servicios de salud proporcionados por el ISSSTE, según se tratara de la esposa del trabajador, o bien, del esposo de la trabajadora, pues al disponer, dicho precepto, que para que el esposo o concubinario de la trabajadora, como familiar derechohabiente, tuviera derecho a la atención médica, sin que fuera mayor de cincuenta y cinco años o estuviere incapacitado física o psíquicamente y dependiera económicamente de ella, en tanto que la esposa o concubina del trabajador, para obtener los mismos beneficios, solo requería demostrar tal hecho, sin que se le exigiera alguna otra condición, lo que evidenciaba una clara transgresión a la garantía de igualdad establecida en el artículo 4o. constitucional.

Así, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad de once votos, determinó amparar a las quejas, concesión que tuvo por objeto que no se les aplicara dicho precepto y pudieran, en consecuencia, incorporar al sistema del seguro social a sus esposos o concubinarios. Lo anterior demuestra una vez más que los tribunales federales sí están reconociendo el derecho subjetivo a la salud de la población mexicana.

Quinta. Por el contrario, en la sentencia pronunciada en el amparo en revisión 115/2003, que fue aprobada por la mayoría de los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se caracterizó el derecho a la protección de la salud como una norma programática.

Esta decisión obstaculiza la esencia del neoconstitucionalismo. No es posible, con tesis como la anterior, que se pretenda

privar al derecho a la protección de la salud de la naturaleza de un derecho público subjetivo para caracterizarlo como “un derecho para el desarrollo social”, lo que sería retroceder y admitir la posibilidad de que un derecho establecido en la Constitución no sea exigible o accionable ante los tribunales, lo que implicaría aceptar la existencia de la vacuidad normativa o las normas de papel a nivel constitucional.

Conforme a la nueva doctrina constitucional nacional e internacional, los derechos fundamentales tienen una mayor aceptación y signos de mejor realización y cumplimiento; sin embargo, la resistencia para hacerlos efectivos sigue manifestándose en muchos ámbitos de nuestra vida cotidiana.

Los precedentes citados dan cuenta de cómo nuestro tribunal constitucional unas veces ha favorecido la interpretación de nuestra carta magna en aras de una mayor igualdad y una mejor y más amplia protección de los derechos humanos, y en otras no. Tesis más recientes han dado una nueva luz a la importancia del derecho a la protección de la salud, así tenemos las siguientes decisiones del Poder Judicial Federal.

Sexta. En julio de 2008, la Primera Sala emitió la tesis con registro 169316, de rubro “DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 40. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”. Sobresalen de su contenido, las líneas que transcribimos:

Este Alto Tribunal ha señalado que el derecho a la protección de la salud previsto en el citado precepto constitucional tiene, entre otras finalidades, la de garantizar el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan las necesidades de la población, y que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad.

Así, lo anterior es compatible con varios instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que destacan el apartado 1 del Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos

Humanos, que señala 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 vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; el Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que alude al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y refiere que los Estados deben adoptar medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho; y el Artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, según el cual toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

Continúa la Sala de nuestro máximo tribunal expresando:

En ese sentido y en congruencia con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y no sólo como el derecho a estar sano...

...asimismo, la protección del derecho a la salud incluye, entre otras, las obligaciones de adoptar Leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con ella ...de ahí que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.

Séptima. La tesis con el registro 168549, de octubre de 2008, que fue dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), de rubro: “SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 40., TERCER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL”, en lo sustancial enuncia:

...el derecho a la protección de la salud se traduce en la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud y que en virtud de que ésta es una responsabilidad que comparten el Estado, la sociedad y los interesados, el financiamiento de los respectivos servicios, no corre a cargo del Estado exclusivamente, pues incluso, se prevé el establecimiento de cuotas de recuperación a cargo de los usuarios de los servicios públicos de salud y del sistema de protección social en salud, que se determinan considerando el costo de los servicios y las condiciones socioeconómicas de los usuarios, eximiéndose de su cobro a aquellos que carezcan de recursos para cubrirlas, de ahí que la salud sea una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados, con base en criterios de capacidad contributiva y redistribución del ingreso.

Octava. Otra tesis más reciente es la que se pronunció por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en mayo de 2009, con registro 167172, cuyo rubro es:

SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO DE SONORA. EL ARTÍCULO 6o. DEL REGLAMENTO PARA LOS SERVICIOS MÉDICOS DEL ISSTE SON, AL ESTABLECER QUE PARA TENER ACCESO AL SERVICIO MÉDICO LOS TRABAJADORES DE NUEVO INGRESO O REINGRESO DEBERÁN ACREDITAR QUE GOZAN DE BUENA SALUD, VIOLA EL ARTÍCULO 4o., TERCER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Destacan las primeras líneas de esta decisión judicial, en las que se plasma el sentido de la determinación de la Sala, que estima que el derecho a la protección de la salud tiene dos vertientes, una social y otra individual, textualmente la tesis reza:

El precepto constitucional citado prevé el derecho a la protección de la salud, el cual debe entenderse como un derecho tanto social como individual del que goza toda persona y colectividad que se encuentre en el territorio nacional. Ahora bien, dicha garantía no protege la salud *per se*, sino el acceso en condiciones de igualdad a

servicios de salud dignos que brinden atención en cualquier caso y bajo cualquier circunstancia.

Novena. La última tesis que se trae en este apartado, es la que tiene por rubro: “PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LA ASAMBLEA LEGISLATIVA TIENE FACULTADES PARA EXPEDIR LAS MODIFICACIONES A LA LEY RELATIVA (REFORMA PUBLICADA EN LA *GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL* EL 4 DE MARZO DE 2008)”.

Esta decisión fue criterio del Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, de junio de 2009, y si bien es cierto que la tesis en comento se refiere a cuestiones de competencia —materia administrativa— nos resulta importante mencionar las líneas que dan preámbulo y textualmente disponen:

La interpretación sistemática de los Artículos 4o., 73, fracción XVI, y 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso i), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permite determinar que la protección del derecho a la salud está elevada al rango de derecho fundamental y que se encuentra autorizada la concurrencia legislativa de la Federación y las entidades federativas, así como del Distrito Federal, en materia de salubridad general...

El derecho a la protección de la salud ha sido interpretado por el Poder Judicial de la Federación como un derecho fundamental, que encuentra su consagración a nivel constitucional, y su contenido específico en la regulación secundaria.

Resumiendo las tesis que se transcribieron, tenemos que el derecho a la protección de la salud es un derecho público subjetivo, oponible al Estado, quien tiene la obligación de proporcionar salud a los individuos que habitan o se encuentran en la República mexicana. Este es un derecho fundamental por estar consagrado en nuestra carta magna, y debe contar con la normatividad que asegure su eficacia.

Así tenemos que conforme al anterior análisis, el derecho a la protección de la salud tiene dos vertientes: el individual, que permite a cualquier persona exigirlo, y el social, enfocado a las leyes ordinarias y a las políticas públicas que el Estado instaura para su consecución. Finalmente, es de señalarse que acertadamente el derecho a la salud fue elevado a rango constitucional, quedando pendiente hasta este momento la posibilidad de que los justiciables obtengan en todos los casos la protección a la salud.

II. LEYES FEDERALES DE LA MATERIA

1. *Ley General de Salud*

La iniciativa de la Ley General de Salud⁵² se presentó por el Ejecutivo Federal el 15 de noviembre de 1983, y después de acuerdos y desacuerdos de los partidos PRD, PRI, PAN, etcétera, se llegó finalmente a su aprobación. Esta nueva garantía social confía a los poderes públicos la responsabilidad de adoptar medidas para que avance el proceso de su cumplimiento.

El Ejecutivo sostuvo respecto a la crisis que en ese entonces se vivía (1983),⁵³ que se debía hacer un esfuerzo para que no se deterioraran los programas de bienestar social, ya que tanto los efectos sociales como productivos serían desfavorables, e invitó a la solidaridad y a la alianza de voluntades, para hacer posible que el derecho a la salud gozara cada día de mayor efectividad. Que la salud es un bien social y cultural, que el Estado no puede acrecentarse sin la participación de la sociedad y del hombre en particular.

En la iniciativa⁵⁴ se establecieron como puntos importantes los siguientes:

⁵² Congreso de la Unión, *Discusiones, dictámenes y declarativa final de la Ley General de Salud*, 14 y 15 de noviembre, y 26 de diciembre de 1983.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ *Idem.*

- Las finalidades del derecho a la protección de la salud.
- El contenido básico de la salubridad general.
- Quiénes son las autoridades sanitarias.

En ella también se desarrollan las bases fundamentales del sistema nacional de salud, señalando como objetivos prioritarios los que a continuación se enumeran:

- Prestar servicios de salud a toda persona.
- Contribuir al desarrollo demográfico.
- Coadyuvar al bienestar social mediante la asistencia social a grupos vulnerables.
- Impulsar el desarrollo de la familia y la comunidad.
- Mejorar las condiciones sanitarias del ambiente.

Se precisa que en nuestro régimen jurídico existen modalidades normativas que deben formar parte de un todo sistemático:

- La salubridad general que se reserva la Federación
- La salubridad local, que abarca tanto a las entidades federativas como a los municipios.

Además indica que se pretende que la Secretaría de Salubridad y Asistencia (hoy Secretaría de Salud) dicte las normas técnicas comunes a la salubridad general, que asegure la información de principios, criterios políticos y estrategias, y que se celebren acuerdos de coordinación entre la Federación y las entidades federativas.

Actualmente, la Ley General de Salud,⁵⁵ reglamentaria del artículo 4o. constitucional, es el ordenamiento básico en la infraestructura de salud, pues en él se establecen las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y su concurrencia con la Federación y las entidades estatales en materia de salubridad

⁵⁵ Ley General de Salud, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de febrero de 1984, última reforma publicada el 7 de junio de 2012.

general. En este cuerpo legal se determina el contenido o las pretensiones en torno a la protección del derecho a la salud.

Con la expedición de esta Ley, el Estado asume el papel regulador de este derecho social. En ella se establece que el derecho a la protección de la salud es fundamental para el desarrollo integral del ser humano y de la sociedad. Tiene como finalidad el fomento de actitudes racionales, responsables y solidarias, para el total crecimiento del ser humano y, como consecuencia, de la sociedad; que basadas en el conocimiento de los efectos de la salud sobre la vida individual y social, coadyuven al mejoramiento de la calidad de vida. Asimismo, consagra el impulso de la investigación científico-tecnológica y de la enseñanza de la salud.

La Ley establece funciones generales y específicas para garantizar el derecho a la protección de la salud, se puede citar el elemento moderador entre los intereses de la sociedad y los individuos; el medio por el cual el gobernado adopta las medidas necesarias para responder al progreso de la ciencia y la tecnología, y garantizar la equidad en la prestación de servicios.

En la actualidad, el sistema nacional de salud es el que está constituido por las dependencias y entidades de la administración pública, tanto federal como local, y las personas físicas y morales de los sectores social y privado que presten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones, y tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud.⁵⁶

Esta Ley conceptualiza temas que serán de utilidad en el desarrollo del capítulo quinto:

- Atención médica, artículo 32.⁵⁷
- Usuarios de servicios de salud, artículo 50.⁵⁸

⁵⁶ *Ibidem*, artículo 5o.

⁵⁷ *Ibidem*, artículo 32. “Se entiende por atención médica el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud”.

⁵⁸ *Ibidem*, artículo 50, define que los usuarios de los servicios de salud son aquellas personas que requieran y obtengan dichos servicios, ya sea del sector público, social o privado.

- Prestadores de servicios médicos, artículos 78 y 79.⁵⁹
- Servicios de salud.⁶⁰
- También establece funciones específicas, a saber: el combate a toda conducta perjudicial para la salud, la ejecución de programas y servicios para fomentarla, la sistematización de la participación de la sociedad, la vigilancia de la calidad de la atención y de los productos para el uso y consumo humano.

2. *Ley de Profesiones en el Distrito Federal*

En la Ley de Profesiones o Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, se regulan las condiciones que han de cumplir los profesionistas para el legal desempeño de su actividad, siendo el primero de ellos contar con un título profesional y su respec-

⁵⁹ *Ibidem*, artículo 78: “El ejercicio de las profesiones, de las actividades técnicas y auxiliares y de las especialidades para la salud, estará sujeto a: I. La Ley Reglamentaria del artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal; II. Las bases de coordinación que, conforme a la Ley, se definan entre las autoridades educativas y las autoridades sanitarias; III. Las disposiciones de esta Ley y demás normas jurídicas aplicables, y IV. Las Leyes que expidan los Estados, con fundamento en los artículos 5o. y 121, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Artículo 79: “Para el ejercicio de actividades profesionales en el campo de la medicina, odontología, veterinaria, biología, bacteriología, enfermería, trabajo social, química, psicología, ingeniería sanitaria, nutrición, dietología, patología y sus ramas, y las demás que establezcan otras disposiciones legales aplicables, se requiere que los títulos profesionales o certificados de especialización hayan sido legalmente expedidos y registrados por las autoridades educativas competentes”.

⁶⁰ *Ibidem*, artículo 34: “Los servicios de salud se clasifican en: servicios públicos a la población en general; servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social o los que con sus propios recursos o por encargo del Poder Ejecutivo Federal, presten las mismas instituciones a otros grupos de usuarios; servicios sociales y privados, sea cual fuere la forma en que se contraten, y otros que se presten de conformidad con lo que establezca la autoridad sanitaria”.

tiva cédula, o bien, con el diploma o permiso expedido por las autoridades competentes cuando se trate de actividades técnicas o de servicio a la comunidad, como en el caso del servicio social.⁶¹

Esta Ley define el concepto de título profesional como el documento expedido por instituciones del Estado o descentralizadas, y por instituciones particulares que tengan reconocimiento de validez oficial de estudios, a favor de la persona que haya concluido los estudios correspondientes, o que demuestre tener los conocimientos necesarios de conformidad con la Ley y otras disposiciones aplicables.⁶²

Por su parte, en su capítulo segundo, el artículo 8o. establece como condición para obtener el título profesional el haber cumplido los requisitos académicos previstos por las leyes aplicables.⁶³

En el artículo 24 establece lo que debe entenderse por ejercicio profesional para efectos de la propia Ley, en los siguientes términos:

...la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque sólo se trate de simple consulta o la ostentación del carácter del profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo. No se reputará ejercicio profesional cualquier acto realizado en los casos graves con propósito de auxilio inmediato.⁶⁴

Ahora bien, en relación con el tema tratado en el presente documento —MASC en el arbitraje médico—, el artículo 34 prevé la posibilidad de llevar a cabo una amigable composición cuando no se esté conforme con el servicio prestado, o bien, acudir a la vía judicial, para lo cual se requerirá del juicio de peritos, en el que deben incluirse los pormenores de las técnicas aplica-

⁶¹ Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de mayo de 1945; última reforma publicada el 19 de agosto de 2010.

⁶² *Idem.*

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ *Idem.*

bles al caso, instrumentos, materiales y recursos que se utilicen, toma de decisiones y medidas, tiempo requerido para llevar a cabo el servicio y cualquier otra circunstancia relativa a la prestación del servicio. El procedimiento a que se refiere este artículo se mantendrá en secreto y solo podrá hacerse pública la resolución cuando sea contraria al profesionista.⁶⁵

El artículo 35 de la referida Ley prevé las sanciones para el caso de que el laudo arbitral o la resolución judicial fueren adversos al profesionista, quien no tendrá derecho a cobrar honorarios y deberá, además, indemnizar al cliente por los daños y perjuicios sufridos.⁶⁶ En caso contrario, el cliente pagará los honorarios correspondientes, los gastos del juicio o procedimiento convencional y los daños que en su prestigio profesional hubiere.⁶⁷

III. LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

1. *La Constitución Política del Estado de Nuevo León y el derecho a la salud*

Se analizarán las diferentes Constituciones del estado de Nuevo León para observar la evolución, particularmente de la parte dogmática de cada una, hasta llegar a la actual, donde observamos ya plasmado el punto principal de nuestro estudio, que es el derecho a la salud.

La historia nos marca cinco Constituciones por las que ha pasado el estado de Nuevo León, en las cuales no es sino hasta las reformas a la Constitución de 1917, cuando en su artículo 3o., párrafo primero, nos menciona el derecho a la salud.

La Constitución de 1825. Aunque esta primera Constitución de Nuevo León no tiene un catálogo sistematizado de derechos, no quiere decir que no los considera, sino que aparecen dispersos

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Idem.*

y en poca cantidad. Aún no está presente ni puede hablarse del derecho a la protección de la salud.

La Constitución de 1849. A partir del artículo 5o. se realiza un pequeño listado de derechos fundamentales, como el derecho a la propiedad privada y los derechos políticos, entre otros. Como ya advertimos, en esta Constitución existen más derechos y, por lo tanto, una mayor sistematización, además de ser un apartado más explícito que el de la Constitución anterior.

La Constitución de 1857. En este texto, a diferencia de las dos Constituciones anteriores, ya aparece una sistematización de los derechos del hombre en el título I. Estos se encuentran en los primeros 29 artículos de la Constitución, en donde se hace alusión a que el pueblo neoleonés reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales.

La Constitución de 1874. Al igual que en la Constitución de 1857, este apartado está regulado en el título I, con el nombre “De los derechos del hombre”; sin embargo, no abundaremos en él, ya que no se hizo ninguna modificación substancial en esta Constitución.

La Constitución de 1917. Aquí observamos la mayor cantidad de reformas, siendo esta la que nos rige actualmente: de ahí su importancia. Ahora mencionaremos algunos de los artículos que han sido reformados.

Se reforma el artículo 3o. para agregarse lo relativo a la educación laica, en los niveles elementales y superiores, no solo en las instituciones oficiales, sino también en las instituciones particulares.

Al artículo 4o. se le agrega la garantía social, consistente en que a ninguna persona se le puede privar de su salario si no es por resolución judicial, y le otorga al Congreso la facultad de regular lo relativo al ejercicio profesional.

También se añade una de las garantías más importantes del constitucionalismo mexicano, al establecer expresamente en el artículo 14, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, así como la no retroactividad de las leyes.

La Constitución de 1917 se divide en dos secciones: la primera es la dogmática, en donde se consagran las garantías del individuo tuteladas por el Estado; la segunda, parte orgánica, estatuye la forma de gobierno, con carácter republicano representativo y popular. Define, asimismo, la estructura que adoptan los tres poderes del Estado y las facultades que respectivamente les corresponden. Incluye también la división territorial del Estado, cuya base es el municipio libre; contiene, además, el procedimiento que debe seguirse para reformar dicho ordenamiento constitucional.

En materia de derechos, la Constitución ha ido agregando algunos que no fueron concebidos en el origen, como la no discriminación por motivos étnicos, religiosos, de género o edad. Se fija expresamente la igualdad del hombre y la mujer y se adiciona el derecho a decidir sobre el número de hijos y su espaciamiento (artículo 1o.).

Aquí es donde se consagra el derecho a la protección de la salud, punto toral de nuestro análisis, en el párrafo primero del artículo 3o., que textualmente expresa lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley establecerá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y determinará la participación del Estado y sus Municipios en la materia”.

2. *Ley Estatal de Salud en el estado de Nuevo León*

La Ley Estatal de Salud en su artículo 1o., determina su naturaleza al señalar que es reglamentaria del artículo 3o. de la Constitución Política del Estado de Nuevo León. Regula las bases y modalidades de acceso a los servicios de salud y la participación del estado y sus municipios en materia de salubridad general, así como la salubridad local, y determina que sus disposiciones son de orden público e interés social.⁶⁸

⁶⁸ Ley Estatal de Salud, *Periódico Oficial del Estado*, 12 de diciembre de 1988; última reforma publicada el 27 de abril de 2012.

Entre los numerales que nos interesan para demostrar la trascendencia del derecho a la protección de la salud se encuentra el artículo 3o., en el que se establece tanto la universalidad del derecho a la salud como la finalidad de dicha prerrogativa en los términos siguientes:

Artículo 3o. El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:

- 1) El bienestar físico, mental y social 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 coadyuven 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 los servicios de salud 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.

El artículo 4o.⁶⁹ determina la responsabilidad del Estado en la regulación de la materia de salubridad en sus ámbitos general y local. En el primer caso, clasifica la atención en diversos rubros, dependiendo del tipo de sujetos que son objeto de la atención médica. Por ejemplo: grupos vulnerables, materno infantil, planificación familiar, salud mental. Igualmente, se ocupa de los aspectos de los prestadores del servicio y su capacitación. Otra área específica es la investigación y la nutrición, prevención y control de las enfermedades y adicciones, el ambiente y sus efectos nocivos en la salud, la invalidez, incapacidad y rehabilitación, y la asistencia social, entre otras.

⁶⁹ *Idem.*

En cuanto al ámbito local, comprende los aspectos sanitarios de la comunidad, como agua potable, drenaje sanitario, limpieza pública, mercados y centros de abasto, panteones, hoteles, rastrojos, transporte, etcétera; es decir, el aspecto sanitario en todos los servicios públicos o privados.

Al igual que en la Ley General de Salud, los servicios de salud se clasifican en tres tipos: I) de atención médica, II) de salud pública y III) de asistencia social.⁷⁰ En tanto que atendiendo a los prestadores, tenemos: I) servicios públicos a la población abierta, siendo aquellos que se prestan en establecimientos públicos de salud y que se deberán regir por criterios de universalidad y de gratuidad, fundados en las condiciones socioeconómicas de los usuarios; II) servicios a derechohabientes en instituciones públicas o privadas de seguridad social, y III) servicios sociales y privados, que deberán prestarse de conformidad con las disposiciones de esa Ley.⁷¹

En los artículos 48 al 52, sujeta el ejercicio de las profesiones, de las actividades técnicas y auxiliares y de las especializadas para la salud, a la Ley de Profesiones del Estado de Nuevo León.

El estudio de la salud en México en el ámbito federal se describió en párrafos anteriores, tanto respecto de su base constitucional como reglamentaria, y la injerencia de otras normas en este ámbito. Luego entonces, es menester hablar de la normativa que regula a los profesionales de esta rama del conocimiento humano en el estado de Nuevo León, que es la Ley de Profesiones local.

3. *Ley de Profesiones estatal*

Esta Ley regula las profesiones que en el estado de Nuevo León requieren título para su ejercicio, las condiciones que deben cumplirse para obtenerlo y los requisitos para su expedición;

⁷⁰ *Ibidem*, artículo 19.

⁷¹ *Ibidem*, artículo 20.

además, lo relativo a la validez que en el Estado tendrán los títulos expedidos fuera del mismo, los efectos de patente de la cédula para ejercer profesionalmente; finalmente, los derechos y obligaciones a que están sujetos los profesionales, pasantes y prácticos en dicho ejercicio.

Asimismo, precisa los términos en que la prestación de los servicios profesionales de índole social es obligatoria, y las sanciones o medidas disciplinarias en el caso de desacato a sus disposiciones; se refiere también a los requisitos que deben ser satisfechos para que los profesionales de una misma rama se asocien en colegios y su reconocimiento como organismos colaboradores de la administración pública estatal, en la medida que los ordenamientos legales así lo determinen.

Al igual que la Ley de Salud Estatal, esta Ley es de orden público e interés social.⁷² Sus disposiciones regirán en el estado de Nuevo León y tienen por objeto determinar las profesiones que necesitan título para su ejercicio, los requisitos para expedirlos, las condiciones que deberán llenarse para obtenerlos y los lineamientos generales sobre ejercicio profesional, previendo que el mismo se preste a la población con un alto contenido ético.

En el artículo 5o. se establecen las profesiones que necesitan título para su ejercicio,⁷³ además de las que se impartan o se lleguen a impartir por las instituciones universitarias y de enseñanza superior legalmente autorizadas en el estado, que sean oficialmente reconocidas como carreras completas, que para el estudio que se aborda son de interés las siguientes:

- Biólogo
- Cirujano dentista
- Licenciado en Ciencias Químicas
- Licenciado en Químicas y sus divisiones en análisis clínicos y química industrial

⁷² Ley de Profesiones del Estado de Nuevo León, *Periódico Oficial del Estado*, 25 de julio de 1984; última reforma publicada el 22 de febrero de 2012.

⁷³ *Idem.*

- Química y Psicología
- Médico cirujano partero
- Químico clínico biólogo, farmacéutico biólogo, industrial, bacteriológico y parasitólogo.

Por otra parte, en el artículo 15 se establece lo que debe entenderse por “ejercicio profesional”.⁷⁴ Sin embargo, no se reputará como ejercicio profesional el acto realizado en casos graves con propósito de auxilio inmediato. Los requisitos para el ejercicio de una profesión son prácticamente los mismos que en la legislación federal y se establecen en el artículo 16.⁷⁵

En esta Ley se da un tratamiento especial a la persona que sin contar con título profesional o sin estar comprendido en la categoría de “pasante”, haya adquirido los conocimientos empíricos necesarios para poder dedicarse, bajo las condiciones contempladas en ese capítulo, al ejercicio de una actividad considerada como profesional dándole el nombre de “práctico”.⁷⁶

En los artículos 50 y 51 se regula la responsabilidad penal, civil o administrativa.⁷⁷ Al igual que en la Federal, se prevé como MASC entre el prestador del servicio y el usuario, al arbitraje, en el que se hará uso de los servicios periciales para determinar si existió responsabilidad por parte del prestador del servicio médico, en tanto que en el artículo 53 se establecen como sanción para el caso de que el laudo sea adverso al prestador de servicios, la indemnización al cliente por daños y perjuicios, en caso contrario, le corresponderá al cliente dicho pago.⁷⁸

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Ibidem*, artículos 28-35.

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ *Idem.*