



**UNIVERSIDAD MICHOACANA DE
SAN NICOLÁS DE HIDALGO**



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**LA PRIVATIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD
EN MÉXICO: EL CASO DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO
SOCIAL**

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRA EN DERECHO EN
PROCESAL CONSTITUCIONAL**

PRESENTA

LIC. ALEJANDRA DELGADO NÚÑEZ

ASESOR DE TESIS

DR. JORGE ÁLVAREZ BANDERAS

Morelia, Michoacán.

Febrero

2019

ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN	1
RESUMEN	2
ABSTRACT:	4
CAPÍTULO I	5
CONCEPTOS Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA SALUD	5
1.1 Definición de derechos fundamentales	5
1.2 Concepto de Derecho Social	5
1.3 Definición de justicia social	8
1.4 Concepto de Seguridad Social	9
1.5 Principios rectores de la Seguridad Social.....	13
1.6 La Seguridad Social como un derecho.....	16
1.7 Principales modelos de Seguridad Social	17
TABLA 1: Diferencias entre el modelo de Bismarck y el modelo de Beveridge	23
1.8 El surgimiento del “Estado de Bienestar”, “Benefactor” o “Providencia”	24
1.9 La seguridad social en México su origen y desarrollo	26
1.9.1 Época Porfirista	27
1.9.2 Movimiento obrero de los hermanos Flores Magón	28
1.9.3 La primera declaración de los derechos sociales en el mundo.....	30
1.10 Forma de gobierno del Estado Mexicano	32
1.11 La adopción de una definición de Salud.....	37
CAPÍTULO II	38
HACIA UNA VISIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS	38
2.1 El camino de la declaración universal de los derechos humanos	38
2.2 La Organización Internacional del Trabajo y la seguridad social.....	42
2.3 La constitucionalización del Derecho de la Seguridad Social.....	43
2.3.1 Ley del Seguro Social	45
2.3.2 Las principales instituciones de Seguridad Social	46
2.4 Reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio del 2011.	50
2.4.1 Obligaciones generales derivadas de la Observación General número 3.....	51
2.5 Declaración Universal de los derechos humanos.....	52

2.6 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales	53
2.7 Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	53
2.8 Interpretación del Comité de Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU sobre el Derecho a la Salud.	54
2.8.1 Observación General número 3	57
2.9 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	57
2.9.1 Obligaciones específicas con base a la Observación General número 14 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	58
2.10 Ley General de Salud	60
CAPÍTULO III	61
LA SUBROGACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD VIGENTES	61
3.1 El derecho humano a la protección de la salud	61
TABLA 2: REQUISITOS PARA LA SALUD	63
TABLA 3: Determinantes para el derecho a la salud	65
3.2 Estado benefactor	67
3.3 Concepto de Subrogación	68
3.4 Privatización de la Seguridad Social	69
3.5 El modelo privatizador en los sistemas de salud.....	69
3.5.1 Proyecto de decreto que reforman y adicionan diversas disposiciones a la Ley General de Salud	72
TABLA 4: Proyecto de decreto que reforman y adicionan diversas disposiciones a la Ley General de Salud	74
3.5.2 Programa para el impulso de las asociaciones público privadas en los Estados Unidos mexicanos.....	74
3.5.3 Acuerdo Nacional Hacia la Universalización de los Servicios de Salud	75
3.5.4 Programa Sectorial de Salud 2013-2018	77
3.6 La propuesta del banco mundial.....	80
3.7 El nuevo modelo.....	81
3.8 La salud en México desde la perspectiva de FUNSALUD	83
3.9 Servicio de guardería en el IMSS.....	86
TABLA 5: Objetivos del servicio de guarderías del IMSS	86
TABLA 6: Modalidades del servicio de guarderías en el IMSS.....	87

TABLA 7: Principales características del marco normativo bajo los lineamientos de: Convenios de Subrogación.....	87
3.10 Consulta en el Portal de Obligaciones de Transparencia del Instituto Mexicano del Seguro Social	88
TABLA 8: Indicadores de subrogación de guarderías	88
TABLA 9: Indicadores del monto de subrogación en guarderías	89
TABLA 10: Indicadores de la firma del contrato.....	90
3.11 Subrogación de hospitales de alta especialidad en el IMSS.....	90
TABLA 11: subrogación de hospitales de alta especialidad en el IMSS.....	90
TABLA 12: Indicadores del monto de subrogación en hospitales de alta especialidad	90
TABLA 13: Indicadores de la firma del contrato.....	91
TABLA 14: Indicadores de la terminación del contrato.....	91
TABLA 15: Subrogación de servicios en el sector salud	92
3.12 Disminución del presupuesto en salud pública.....	95
3.11 Irregularidades en contratos otorgados por el IMSS.....	96
3.14 El derecho a la salud: en perspectiva comparada con Colombia.....	97
3.15 Principios Neoliberales que enmarcaron la reforma del sistema de salud colombiano.....	103
3.16 Los problemas de salud en Colombia “Causas Estructurales”	105
3.17 Antecedentes y orígenes de las reformas neoliberales	106
3.18 La ley 10 de 1990: comienzo del fin del Sistema Nacional de Salud.....	107
3.19 Ley 100 de 1993	107
TABLA 16: Políticas del Banco Interamericano de Desarrollo en Salud	108
TABLA 17: Características básicas del sistema de seguridad social en salud	110
3.18 Fines sociales del Estado Colombiano.....	111
3.18.1 Una Constitución reglamentaria	112
TABLA 18: Derechos fundamentales que tutela la Constitución colombiana.....	113
3.19 La descentralización de la Salud al servicio del desarrollo social.....	115
TABLA 19: Mecanismos de participación de los ciudadanos y las organizaciones en el municipio	116
3.20 Análisis de la crisis del actual sistema de salud colombiano.....	117
3.21 Fallas en la regulación de las Entidades Promotoras de Salud (EPS)	119
TABLA 20: Problemas de regulación en el sistema de salud colombiano.....	120
TABLA 21: DISPONIBILIDAD DE MÉDICOS Y REQUERIMIENTOS.....	122

3.22 Empresas Promotoras de Salud (EPS)	123
TABLA 22: Responsabilidades a cargo de las Entidades Promotoras de Salud	125
TABLA 23: Funciones complejas que deben cumplir las EPS en la cadena de producción del Sgsss	126
CAPÍTULO IV	127
LA EXIGIBILIDAD PROCESAL	127
4.1 Tesis derivada de la interposición de un “Amparo” contra el Instituto Mexicano del Seguro Social	127
4.2 Tesis derivadas de la resolución del “Amparo” en revisión 378/2014.	129
4.3 Sentido de la resolución, derivado del “Amparo” 350/2014	131
4.4 La acción de “Tutela” como mecanismo jurisdiccional en Colombia sobre el derecho a la salud 132	
4.5 Sentencia T-760/08	134
TABLA 24: Pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana sobre aspectos relacionados a la salud	135
TABLA 25: Sentencia T-760/08, problemas de carácter concreto	136
TABLA 26: Sentencia T-760/08, problemas de carácter general.....	139
4.6 Sentencia C-313/14	142
Tabla 27: Causas del debacle de la salud en Colombia	146
Tabla 28: Pronunciamiento de la Corte Constitucional Colombiana respecto de ley Estatutaria en Salud	146
4.7 La Corte Interamericana y el derecho a la salud: Caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala	148
Tabla 29: Violaciones en las que ha incurrido el Estado guatemalteco	151
Tabla 30: Consideraciones sobre los DESCAs	152
PROPUESTA.....	154
CONCLUSIONES	155
FUENTES ELECTRÓNICAS.....	162

INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, la contrarreforma a los sistemas de salud y seguridad social, tal como se está dando en México, atenta contra los valores y los derechos sociales que se consolidaron a lo largo del siglo XX, y como ejemplo basta recordar la constitución de 1917, caracterizada como la primera constitución social del mundo. Por consiguiente, se pronostica que los servicios de salud se convertirán en un negocio lucrativo a costa de un acceso restringido y altamente costoso. Así mismo, el Banco Mundial posee la concepción sobre cómo proceder para introducir el mercado como principio rector del sector público de salud y el sistema nacional de salud.

Derivado de lo anterior, la propuesta banco mundialista tiene como objetivo hacer creer a los gobernantes y ciudadanos, que el mercado es un mejor asignador de recursos que el Estado, y por tanto, creen que es más favorable reducir la responsabilidad del Estado a garantizar los “servicios públicos de salud”. No obstante, el verdadero motivo de mercantilizar la salud lo constituye el hecho de que es una actividad muy relevante; que erige un negocio que deja importantes ganancias a farmacéuticas a nivel mundial y a propietarios de hospitales privados.

Es claro que la mercantilización de la salud en México no resolvería los problemas en el ámbito, pues cabe mencionar los casos de Chile y Colombia, en ambos países las reformas neoliberales no han resuelto el acceso a los servicios de salud, por el contrario se ha generado una nueva segmentación, además de la marcada inequidad en los servicios de salud pública.

RESUMEN

En el primer capítulo de la investigación comenzamos realizando un análisis de los procesos institucionales que conducen a la creación de una política social; tal como la Seguridad Social; a través de la cual emerge un campo de protección para el ser humano. Asimismo, se desarrollan los acontecimientos históricos que dieron origen a los procesos de transformación o cambio institucional. Cabe señalar, que dentro de este apartado de antecedentes, se inscriben dos grandes modelos creados por las ideas de Otto Von Bismarck y la visión de sir William Beveridge.

En el segundo capítulo se abarca la normatividad de la Seguridad Social y la Salud dentro del ámbito jurídico internacional; como del nacional.

Así mismo, en cualquier análisis sobre los derechos sociales se debe tomar en cuenta la base u origen de los derechos fundamentales, por los cual señalamos los siguientes instrumentos históricos como: La Carta Inglesa de Juan Sin Tierra de 1215; La Constitución de Virginia; La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Por otra parte, se abordan las obligaciones generales y específicas del Estado frente a los derechos humanos, ya que es una tarea ineludible del Estado, y más aún una obligación establecida en la Constitución Política de nuestro país, que en su artículo 4º reconoce el derecho a la salud.

Además, realizaremos una comparación con Colombia, para poder percatarnos como es que se llevó a cabo el proceso de privatización de los servicios de salud públicos, derivado de la idea neoliberal fundamentada en la Constitución de 1991; la cual dio apertura a la privatización de la salud concretada en las leyes 60 y 100 de 1993.

Las consecuencias se manifiestan en lesiones irreparables en la calidad de salud; zarpazos en los derechos humanos de los ciudadanos; sinónimos de atentados contra la igualdad y la dignidad humana. Cabe señalar, que estos procesos de

privatización de la salud pública, representa la transferencia de las responsabilidades del Estado a entes particulares ávidos de lucro.

Aspiramos a que este capítulo sirva de orientación, y permita una visión real de las pretensiones neoliberales en el campo de la salud.

En nuestro último capítulo procederemos a realizar un análisis sobre la justiciabilidad de los derechos sociales, en específico del derecho a la salud; además de sus posibilidades normativas. Es por ello, que en las páginas de este capítulo abordamos el “amparo” como defensa jurisdiccional en los cuales La Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado a favor de los ciudadanos para hacer efectivo su derecho a la salud.

En el caso de Colombia hacemos mención de dos sentencias que representan la piedra angular del derecho a la salud. Tal es el caso, de la información que pudimos disponer en la Relatoría de la Corte Constitucional; en la cual obtuvimos jurisprudencia relevante para la investigación, como la sentencia **T-760/08** y la sentencia **C-313/14**, las cuales son estudiadas a detalla en el presente capítulo para comprender como es que evolucionó el derecho a la salud para su mejor protección dentro del sistema jurídico colombiano.

Por otra parte, abordamos sentencias de la Corte Interamericana referentes al derecho a la salud, todo ello con el objetivo de comprender los alcances de la justiciabilidad de los DESCAs, en diferentes campos jurisdiccionales.

Palabras clave: salud, seguridad social, privatización, derechos sociales, amparo.

ABSTRACT:

Undoubtedly, the counter-reform to health systems and social security, as it is giving in Mexico, undermines the values and social rights that consolidated a long nineteenth century, and as an example is enough to remember the constitution of 1917, Characterized as the first social constitution of the world. Consequently, health services are predicted to become a lucrative business at a cost of restricted and highly costly access. Likewise, the World Bank has the conception of how to proceed to introduce the market as guiding principle of the public health sector and the national health system. Derived from the above, the bancomworldist proposal has as its objective to make the rulers and citizens believe that the market is a better resource allocator than the State and, therefore, believe that it is more favorable to reduce the responsibility of the State to guarantee the "Public health services". However, the real reason to market health is the fact that it is a very important activity that creates a business that leaves important profits to pharmaceutical companies worldwide and owners of private hospitals. However, it is clear that the mercantilization of health in Mexico did not solve the problems in the area, so to mention the cases of Chile and Colombia, in both countries neoliberal reforms have not resolved access to health services, for The Contrary has generated a new segmentation in addition, of the marked inequity in the public health services.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA SALUD

1. 1 Definición de derechos fundamentales

Dentro del catálogo de los derechos fundamentales se encuentran los derechos sociales, en consecuencia, definiremos que es lo que entiende por derechos fundamentales.

Luigi Ferrajoli los define como: todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos; con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o de negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica. Ferrajoli señala además que las características de los derechos fundamentales son ser universales, inalienables, irrenunciables e imprescriptibles.¹

1.2 Concepto de Derecho Social

En el último tercio del siglo XIX comienzan en Europa las especulaciones en torno al derecho social. A su vez, es preciso mencionar la afirmación de François Geny, pues es imposible desconocer al derecho social como un freno a los excesos del imperialismo.²

No obstante, para ilustrar la teoría originaria de éste derecho, es necesario recordar las ideas del maestro alemán Otto Von Gierke, cuando usa este término como una categoría entre derecho público y derecho privado, con el objeto de demostrar la incorporación del individuo a la comunidad en función socializadora.³

¹ Riva Palacio, Antonio, *Comentarios sobre la tensión entre el derecho a la salud y el derecho a la libertad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pág. 18.

² González Díaz, Francisco, *El derecho social y la seguridad social integral*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1973, pág. 51.

³ Delgado Moya, Rubén, *Derecho a la seguridad social*, México, Editorial Sista, 1991, pág. 2

A sí mismo, a fin de ubicar al derecho de la Seguridad Social, en el amplio campo de la ciencia jurídica, consideramos conveniente elaborar primeramente el siguiente concepto.

El derecho social está integrado por la normas jurídicas especiales de orden público, destinadas a la protección del hombre colectivo, común o general, en la satisfacción de ciertas necesidades laborales, familiares, habitacionales, económicas, educativas, procesales, agrarias y de *salud*, así como; en las demás en que se requiere de salvaguardia, por encontrarse sujeto a vínculos sociales frente a individuos, grupos, entidades o clases con posición de poder, para lograr la nivelación o equilibrio de sus desigualdades a fin de que alcance su plena realización y se logre el bien común.⁴

Por consiguiente, Francisco González Díaz lo define de la siguiente manera; “El derecho social es una ordenación de la sociedad en función de una integración dinámica, teleológica dirigida a la obtención del mayor bienestar social, de las personas y de los pueblos, mediante la *justicia social*. El derecho social tiene como fundamento al hombre socialmente logrado y al Estado también socialmente integrado, en tanto miembro de una comunidad de Estados.”⁵

De acuerdo a Mendieta y Núñez, el derecho social es “El conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores a favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos económicamente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales dentro de un orden justo”.⁶

Ahora bien, para González Díaz Lombardo “Es una ordenación de la sociedad en función de una integración dinámica, teleológicamente dirigida a la obtención del

⁴ Sánchez León, Gregorio, *Derecho Mexicano de la Seguridad Social*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1987, pág. 3.

⁵ González Díaz, Francisco, *op. cit.*; pág. 105.

⁶ Cázares García, Gustavo, *Derecho de la Seguridad Social*, 2a. Ed, México, Porrúa, 2010, pág. 111.

mayor bienestar social, de las personas y de los pueblos, mediante la *justicia social*.⁷

Podemos observar que en todas las definiciones anteriores, se encuentra inmersa la protección del individuo, con el fin de que este goce de bienestar y con el objetivo de alcanzar la *justicia social* dentro del Estado.

Además, de que el derecho social ha sido, desde su nacimiento, el gran equilibrador de las desigualdades sociales y por ello el instrumento de estabilidad política.

Por otro lado, la investigadora Patricia Kurczyn Villalobos nos dice que para el ámbito del derecho social, es de particular importancia el punto de vista de los derechos en serio, porque si bien es cierto que los derechos sociales tienen un *fundamento individualista* es imposible dejar de lado el *interés social*, con imposibilidad de abandonarlo o de ignorarlo. Para mayor certeza téngase presente que se trata de derechos humanos, no de derechos de la sociedad como tal, no de las colectividades como tales, sino del individuo como parte de una colectividad o como parte de la sociedad.⁸

Por lo tanto, el derecho social se encuentra conformado por una mezcla del interés público y el interés social para converger en el interés nacional. A su vez, los derechos sociales forman parte del trinomio que se forma con los derechos económicos y culturales.⁹

Mendieta y Núñez, opinan que el origen del derecho social manifiesta que reconoce causas sociológicas profundas, antecedentes lejanos, pero más que nada obedece a un conjunto de circunstancias propias de su tiempo.¹⁰ En efecto, como se menciona más adelante en otro apartado; los acontecimientos de la

⁷ *Idem*

⁸ Kurczyn Villalobos, Patricia, (Coord.), *Derechos humanos en el trabajo y la seguridad social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, pág. 69.

⁹ *idem*

¹⁰ Cázares García, Gustavo, *op. cit.*, pág. 109.

revolución industrial y la implantación del sistema económico liberal, dieron origen a la conformación de la clase trabajadora.

Alberto Trueba Urbina, define el derecho social como “El conjunto de principios, instituciones y normas que en función de integración protegen, tutelan y reivindicán a los que viven de su trabajo y a los económicamente débiles”.¹¹

No obstante, es necesario recordar que los derechos sociales se conforman de acuerdo a las necesidades que los propios individuos van requiriendo, o según las necesidades que las transformaciones les crean.

1.3 Definición de justicia social

Sin duda alguna, la justicia es un bien escaso hoy en día, sobre todo en algunas naciones como lo prueban los altos índices de pobreza en distintas regiones del mundo. No obstante, tal como lo señala Jorge Carpizo McGregor la justicia social es un problema actual en el mundo. En consecuencia, existe una profunda preocupación en discutir los diversos aspectos que conforman la justicia social con objeto de poder alcanzarla.¹²

Ahora bien, Radbruch, redescubrió dos clases esenciales de justicia: *la distributiva* y *la conmutativa*, indicando que la primera obedece en las relaciones sociales individuales o colectivas de la población, y la segunda únicamente entre particulares, a virtud del derecho privado.¹³

Por ejemplo, Jorge Carpizo McGregor fundamenta que la justicia se trata de un valor difícil de descubrir y más de concretar; tal vez a ello se le apliquen apellidos, como el de *justicia social*, un término que suele mantenerse vinculado con el de equidad, a la cual se le califica como *equidad social*. Aunque acaso ambas sean expresiones resultantes de una carga socialista que se desarrollará formalmente al correr del siglo XIX como respuesta a los acontecimientos y al despertar social del

¹¹ Delgado Moya, Rubén, *op. cit.*, pág. 204.

¹² Carpizo MacGregor, Jorge, *Los derechos humanos y ombudsman*, México, Porrúa, 1992, pág. 31.

¹³ *Ibidem*, pág. 231.

momento, hoy son admitidas no solo como expresiones gramaticales sino como conceptos políticos y tendencias con una carga filosófica de importante medida.¹⁴

Por otra parte, el insigne jurista Néstor de Buen, con razón, ha mencionado que la justicia social se convierte en el instrumento de mayor rango del derecho social, y debe recordarse al filósofo y jurista Gustavo Radbruch que manifiesta que la justicia social es la forma de expresión de la ética colectiva (y lo colectivo es social).¹⁵

Noriega Cantú, hace hincapié en la urgencia de una autentica justicia social, pues su objetivo se encuentra encaminado en la atención preferente del bien general.¹⁶

Por su parte, Jorge Carpizo McGregor se refiere a la justicia social como aquel derecho de llevar a cabo una vida digna; es decir una vida con satisfactores económicos, sociales y culturales suficientes que le permitan realizarse como ser humano y ser útil a su comunidad. Por ende, la justicia social es el complemento indispensable de la libertad y de la igualdad del hombre, porque sin justicia social ellas realmente no existen.¹⁷

1.4 Concepto de Seguridad Social

Sin duda alguna, la política social se ha valido de un instrumento esencial; tal como la Seguridad Social, que estructura las medidas de previsión y las normas por las que unos seres humanos asumen el compromiso de determinada conducta en aras de garantizar a otros su seguridad futura. Además, se considera que es de suma importancia voltear los ojos a las enormes dificultades que llevaron a su creación, con el objeto de anticipar los problemas que habremos de enfrentar en un futuro no muy lejano.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 70.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 71 y 72.

¹⁶ Cázares García, Gustavo, *op. cit.*, pág. 109.

¹⁷ Carpizo McGregor, Jorge, *op. cit.*, pág. 31.

No obstante, el ser humano debe estar seguro; no sólo frente a la adversidad sino en todos sus actos. Es por ello, que en cada esfuerzo buscamos estabilidad, posibilidad de trabajo, buenas percepciones así como instituciones adecuadas que nos brinden una mejor calidad de *salud*.

Sin embargo, antes de comenzar a desarrollar la parte histórica sobre el origen de la Seguridad Social, comenzaremos por definir qué es lo que se entiende por Seguridad Social.

Gustavo Radbruch, por su parte, concluye en el sentido de que la idea central de la Seguridad Social, al igual que en el derecho social, *es no la idea de igualdad de las personas, sino la de nivelación de las desigualdades existentes entre ellas.*¹⁸

Por ende, la Seguridad Social radica en el restablecimiento del orden de valores y en la ineludible necesidad de proporcionar al hombre un mínimo de bienestar; así, la Seguridad Social no debe garantizar el mero hecho de existir, sino el hacerlo de acuerdo con la justicia social, lo que constituye la plenitud de la justicia, pues provoca alcanzar una calidad de vida tal que impide los estados de necesidad y desamparos sociales.¹⁹

Por ejemplo, Rubén Delgado Moya asocia el concepto de Seguridad Social a los movimientos espontáneos de organización que encontramos en toda sociedad que evoluciona y se integra, y a su vez, no autoriza a suponer que la Seguridad Social debe permanecer al margen del Estado. Por el contrario, *integra hoy el servicio público más importante del Estado moderno.*²⁰

Por lo expuesto, el autor define a la Seguridad Social como un servicio público por antonomasia, del cual, toda la población en general tiene derecho.²¹

¹⁸ Radbruch, Gustavo, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, pág. 52.

¹⁹ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*, 14a.Ed, México, Porrúa, 2015, pág. 5.

²⁰ Delgado Moya, Rubén, *op. cit.*, pág. 48.

²¹ *Idem*

Sin embargo, para Ruiz Moreno el concepto de Seguridad Social le parece más de índole filosófico que jurídico ya que en él pueden englobarse prácticamente todas las aspiraciones humanas para alcanzar una vida justa y feliz.²²

En opinión del jurista Mario Pasco Cosmópolis, el concepto de Seguridad Social fue definido por primera vez en la Conferencia Internacional del Trabajo reunida en Filadelfia (EUA) en 1944 y en los siguientes términos:

La Seguridad Social engloba un conjunto de medidas adoptadas por la sociedad con el fin de garantizar a sus miembros, por medio de una organización apropiada, una protección suficiente contra ciertos riesgos a los cuales se hallan expuestos. El advenimiento de esos riesgos entraña gastos imprevistos, a los que el individuo que dispone de recursos módicos no puede hacer frente por sí solo, ni por sus propios medios, ni recurriendo a sus economías, ni siéndole tampoco posible recurrir a la asistencia de carácter privado de sus allegados.²³

Francisco González Díaz nos ofrece otra definición de Seguridad Social que nos parece interesante señalar: “Es una disciplina autónoma del derecho social, en donde se integran los esfuerzos del Estado, de los particulares y de los Estados entre sí, a fin de organizar su actuación para la satisfacción plena de sus necesidades y el logro del mayor bienestar social integral y la felicidad de unos y otros, en un orden de justicia social y dignidad humana.”²⁴

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha ofrecido al mundo entero en su publicación “*Seguridad Social: Guía de educación obrera*”, la siguiente definición:

Define a la Seguridad Social como la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de no ser así ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de

²² Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *op. cit.*, pág. 36

²³ *Ibidem*, pág. 169.

²⁴ González Díaz Lombardo, Francisco, *El Derecho Social y la Seguridad Social Integral*. México, Textos Universitarios UNAM, 1973, pág. 132.

trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de **asistencia médica** y de ayuda a las familias con hijos²⁵.

Y agrega la OIT algunos datos que conviene tener siempre en cuenta para percatarnos de su evolución. Cabe destacar que el término “*Seguridad Social*” fue empleado por primera vez en la legislación de los Estados Unidos en 1935 en la Social Security Act, y después en 1938 en una Ley aprobada en Nueva Zelanda. La OIT hizo suyo el término, que desde entonces usó con prodigalidad en los diversos Convenios y Recomendaciones.²⁶

A pesar, de que el derecho a la Seguridad Social es un derecho humano, se encuentra en la imposibilidad de las necesidades individuales y colectivas de quienes tienen derecho a disfrutar de él, a grado tal que en la mayoría de los países el acceso a la protección de la Seguridad Social se encuentra consagrado en su propia constitución; sin embargo, marcha con tintes muy endeble.

Finalmente, Miguel A. Cordini, nos dice que la Seguridad Social es el conjunto de principios y normas que, en función de solidaridad social, regula los sistemas y las instituciones destinados a conferir una producción jurídicamente garantizada en los casos de necesidad por determinadas contingencias sociales. Por su parte, Marcos Flores Álvarez la entiende como “La organización, dirección de la convivencia económica por los Estados, con el fin de eliminar las causas de perturbación del organismo social, con el objetivo de lograr la satisfacción de la dignidad humana”.²⁷

Por ende, podemos afirmar que como no existe una definición específica, categórica y contundente del concepto de Seguridad Social. Por consiguiente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2º de la Ley del Seguro Social vigente en nuestro país, que fue la primera legislación que abordó el término en nuestra

²⁵ Solís Soberón, Fernando, *La seguridad social en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pág. 17.

²⁶ Sánchez Castañeda, Alfredo, *La seguridad y la protección social en México: Su necesaria reorganización*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pp. 16-17.

²⁷ Briceño Ruiz, Alberto, *Derecho de la seguridad social*, 4a.Ed., México, Oxford University Press, 2014, pág. 12.

patria y que, por otra parte, visualiza primordialmente su aspecto teleológico, precepto que ahora dispone que: La Seguridad Social tiene por finalidad garantizar el derecho a la **salud**, a la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado.²⁸

En pocas palabras podríamos decir que la Seguridad Social protege al individuo; además de ser caracterizada por ser **pública** y con tendencia a la **universalidad**.

Finalmente, no queremos terminar este apartado sin mencionar el concepto de Berenice Ramírez, pues define el concepto de Seguridad Social de una manera sencilla y clara. La Seguridad Social es uno de los medios para proteger los miembros de la comunidad, garantizándoles las condiciones de vida, *salud* y trabajo para lograr mayor productividad y un mayor grado de bienestar físico y mental, y por tanto elevar su calidad de vida.²⁹

A pesar de la falta de consenso sobre los alcances de la Seguridad Social, se puede concluir que es un conjunto de medidas estatales que comprenden aspectos de **asistencia social y de seguros sociales** con efectos preventivos, reparadores y recuperadores para garantizar el bienestar de la población.³⁰

1.5 Principios rectores de la Seguridad Social

Para comenzar daremos un breve concepto sobre qué es lo que se entiende por principios generales del derecho. Para Demófilo de Buen “Por principios generales del derecho deben de entenderse además, de los inspiradores de nuestro derecho positivo, los elaborados o acogidos por la ciencia del derecho o que resulten de los imperativos de la conciencia social.³¹

²⁸ *Idem*

²⁹ Ramírez López, Berenice, (Coord.), *La seguridad social reformas y retos*, México, Instituto de Investigaciones Económicas, 1999, pág. 5.

³⁰ Sánchez Castañeda, Alfredo, *op. cit.*, pág. 19.

³¹ De Buen Lozano, Néstor, *Manual de derecho de la seguridad social*, México, Porrúa, 2006, pág. 95.

En cambio, para el ilustre maestro Mario de la Cueva señala que los principios generales representan, en realidad, a la justicia social.³²

Por otra parte, el concepto de *solidaridad* va muy de la mano con el de seguridad social; pues, es considerado eje y principio rector de la seguridad social, es por ello que es necesario responder a la siguiente interrogante. ¿Qué se entiende por solidaridad?

La solidaridad es un sustantivo abstracto formado a partir del adjetivo “Solidario” derivado a su vez inicialmente de la expresión latina “in solidum”, que equivale a totalidad, el todo.³³

Es por ello, que la Seguridad Social sustentada necesaria y convenientemente en el concepto de *solidaridad*, debe remodelar las bases estructurales de los sistemas propios de cada nación desde los puntos de vista social, político, económico y jurídico, de tal modo que abarque y proteja a todos los sectores sociales.

En otro orden de ideas, Alejandro José Ramírez López afirma que la idea de “*Solidaridad*” si ha podido llevarse de una forma mucho más rigurosa en otros países a excepción de México. Por consiguiente, en casi todos los países de la OCDE han desarrollado a tal grado un sistema que ha podido brindar una cobertura al 100%.³⁴ En suma, puede decirse que esa es la auténtica “Cobertura Universal” que engloba el verdadero sentido de la “Solidaridad” que permea y conforma a un sistema de seguridad social vigoroso, muy distinto a lo que ocurre en nuestro país y en América Latina en general.

Ahora bien, de acuerdo a Narro Robles señala que la Seguridad Social descansa sobre cinco ejes, entre las más destacadas pueden señalarse las siguientes:

³² *Idem.*

³³ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *op. cit.*, pág. 6.

³⁴ Ramírez López, Alejandro José, *Derecho a la salud*, México, Editorial Sista, 2003, Pág. 112.

- a) Es un medio que pretende amparar al individuo frente a las contingencias de la vida, además de promover su bienestar y estimular la más completa expresión y desarrollo de sus capacidades;
- b) Es un instrumento de toda organización social moderna que se diseña y ajusta a las necesidades de una colectividad;
- c) Es una respuesta organizada y pública frente a las privaciones y desequilibrios, económicos y sociales, que impone la vida contemporánea y que necesariamente demanda de la participación activa de los individuos que serán beneficiados;
- d) Es un compromiso colectivo que permite compartir los riesgos y los recursos de las personas. Su misión supera la simple lucha contra la pobreza y se propone incrementar la calidad de vida, fortalecer la seguridad personal y generar condiciones de mayor equidad;
- e) Es un **derecho fundamental** y un poderoso instrumento de progreso social, que actúa mediante la solidaridad y la distribución de la riqueza que con su trabajo genera una comunidad.³⁵

Por ende, la solidaridad conforma uno de los principios más importantes de la Seguridad Social. Por lo tanto, el derecho positivo acoge este principio sin pensar en una voluntad específica sino asumiendo el deber de contribuir. A su vez, la solidaridad se resume en rigor, como la expresión de certidumbre.³⁶

En orden a la solidaridad, esta se encuentra en su cabal e indiscutible explicación y fundamentación en el dato cierto de que, a la sazón, la sola acción individual era del todo insuficiente e incapaz para procurarse el hombre lo indispensable para su sobrevivencia; de tal modo que es configurada como un poderoso agente de mutuo apoyo, mediante el que los componentes de tal comunidad se auxiliaban y se protegían recíprocamente en sus afiliaciones, dificultades y limitaciones.³⁷

³⁵ Narro Robles, José, *La Seguridad Social mexicana en los albores del siglo XXI*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pág. 56.

³⁶ *Ibidem*, pp. 96 y 97.

³⁷ Sierra López, Miguel Alonso, *El espíritu de la seguridad social*, México, Porrúa, 2012, pág. 36.

Finalmente, Ángel Ruiz Moreno señala que no es posible entender ningún esquema de Seguridad Social sin contar con un basamento solidario, en modo tal que cualquier modelo que inobserve o pretenda soslayar a la solidaridad como fundamento y razón de esta materia, comienza a perder su esencia. En este sentido, “Si pudiera condensarse en una sola palabra el basamento axiológico de la Seguridad Social, este sería el de la solidaridad, concepto que implica la *distribución equitativa del costo del sistema*”.³⁸

1.6 La Seguridad Social como un derecho

Para comenzar, el surgimiento de los sistemas de protección tales como: la asistencia social, previsión social y la Seguridad Social, tuvieron su origen en el reclamo social hecho a sus gobernantes, así como la intervención del Estado en ayuda de las personas, grupos o en general de la sociedad en contra de las contingencias a que toda persona se encuentra expuesta en el transcurso de su vida; y en el reconocimiento de parte del Estado que tal intervención *era y es un deber que tiene que asumir*.

Fue así, que frente a ese deber se creó un derecho del hombre a recibir tal protección, surgiendo el derecho a la Seguridad Social, siendo esta su naturaleza jurídica.

En efecto, la Seguridad Social es un derecho de la sociedad, a la conducta del Estado. Bajo esta concepción, la seguridad social es un derecho subjetivo; lo que se explica siguiendo las ideas de Tamayo y Salmorán, consistente en ***proteger a sus miembros de toda contingencia***, conducta a la cual se encuentra jurídicamente obligado el Estado.³⁹

A su vez, el derecho de la Seguridad Social está constituido por el conjunto de disposiciones legislativas y reglamentarias que protegen a los trabajadores y a sus familiares o dependientes económicos contra los riesgos susceptibles de reducir o

³⁸ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *op. cit.*, pág. 86.

³⁹ Cázares García, Gustavo, *op. cit.*, pág. 100.

suprimir sus ingresos, como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte.⁴⁰

Igualmente, el derecho de la Seguridad Social comprende la regulación de los organismos encargados de la aplicación de las disposiciones normativas de la Seguridad Social, a través de regímenes especiales o de regímenes particulares.⁴¹

1.7 Principales modelos de Seguridad Social

A continuación se desarrollará la evolución de la Seguridad Social, para observar que mientras en Europa se avanzó en la conformación de la Seguridad Social, nuestros pueblos retroceden o se estancan en seguros sociales precarios que distan en gran medida del objetivo de una buena seguridad social.

Destacan particularmente el modelo desarrollado en Alemania por **Bismarck** y el implementado en el Reino Unido a partir de las ideas de **Beveridge**.

A consecuencia de las ideas esparcidas por la revolución francesa en 1789, parteaguas histórico de la edad contemporánea y de los profundos cambios que en la vida social produjera la llamada *revolución industrial* que culminaría en la instauración de un injusto régimen liberal e individualista, así como la nula protección a la salud.⁴²

Por consiguiente, los grupos obreros vivían en situaciones lacerantes, dependientes de un salario insuficiente; y expuestos a todo tipo de riesgos como la enfermedad. Así mismo, los grandes avances del capitalismo trajeron consigo el invento de las máquinas movidas por fuerzas físicas: las de vapor primero, y más tarde las de electricidad; pero al mismo tiempo su uso desplazaba a una buena

⁴⁰ Sánchez Castañeda, Alfredo, *op. cit.*, Pág. 19.

⁴¹ *Ibidem*, pág. 263.

⁴² Delgado Moya, Rubén, *op. cit.*, pág. 50.

parte de quienes en calidad de oficiales y aprendices laboraban en los antiguos talleres.⁴³

El derecho en esta etapa histórica era limitado frente a la problemática de la Seguridad Social surgida de los nuevos factores de la producción. Recordemos que las ideas económicas de finales del siglo XVII, que tuvo el filósofo y economista escocés Adam Smith:

Adam Smith, fundador de la ciencia económica moderna, reconoció en el año de 1776 en uno de sus escritos el deber del Estado de proteger a cada miembro de ella. Señaló Smith, no puede haber un verdadero bienestar en una comunidad que carece de ley y de justicia; además es el deber del Estado proporcionar seguridad legal a todos sus miembros dentro de un estado jurídico que goce de imparcialidad.⁴⁴

Asimismo, Alemania e Inglaterra sufrieron la transformación del maquinismo, por consecuencia, la clase trabajadora sufrió en todos los sentidos por la clase capitalista, quien los explotaba y además nada hacía para prevenir los accidentes laborales.

Fue así, como comenzó un largo periodo de deshumanización, convirtiendo a los seres humanos en siervos de los que poseían la riqueza, ofreciendo a cambio sueldos paupérrimos, condiciones laborales degradantes, carentes de toda Seguridad Social e higiene.

Por ende, los trabajadores quedaron simplemente a la merced de los patrones, porque las leyes protectoras del trabajo y los dispositivos de seguridad prácticamente no existían. En suma, producir era la meta aun a costa de la salud o vida de los trabajadores.

Es por ello, que durante prácticamente todo el siglo XIX se produjeron constantes movimientos y luchas sociales, emprendidas por el proletariado en aras de cambiar el estado de las cosas. No obstante, no tardaron en pronunciarse los

⁴³ Sigerist, Henry, *Hitos en la historia de la salud pública*, México, Editorial siglo XXI, 1981, pág. 85.

⁴⁴ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *op. cit.*, pág. 60.

pensadores de la época en contra de los intereses de la burguesía, surgiendo así el principio de **solidaridad** frente al individualismo de los liberales. La condena al liberalismo era entonces prácticamente unánime.⁴⁵

Sin duda alguna, el *Manifiesto Comunista* forma parte de una de las obras más importantes en cuanto a la exaltación del pueblo en contra de la burguesía. Es entonces que en 1848, Carlos Marx publicó su *Manifiesto Comunista*, cuya última frase: “Proletariados de todos los países, unidos”, habría de convertirse en el grito de guerra del comunismo y del socialismo recalcitrante. No obstante, este texto constituyó la base doctrinal de movimientos sociopolíticos, en los que se alentaba la clase obrera a luchar contra la burguesía capitalista a efecto de cambiar, por medio de la violencia si era necesario, todo el orden social existente.⁴⁶

Otro de los documentos de grande trascendencia lo constituye la *Encíclica Rerum Novarum*, sin embargo, *este escrito* define la explotación de los más pobres desde una posición eminentemente espiritual. Expedido en el año de 1891, por el Papá León XIII; señala las cuestiones sociales, fijando los fundamentos del movimiento político demócrata-cristiano y estableciendo prístinamente que: “*explotar la pobreza para lograr mayores lucros, es contrario a todo derecho divino y humano*”. La *Encíclica Rerum Novarum*, parte del reconocimiento de las desigualdades sociales, por lo que establece que es preciso acudir de manera pronta en el auxilio de los hombres de la clase proletaria, pues en consecuencia se encuentran sumidos en la miseria y en la desgracia.⁴⁷

Derivado de lo anterior, estas dos obras parten de la premisa de que el capitalismo y el liberalismo son los males que aquejan a la sociedad. Por consiguiente, al acentuarse las diferencias entre la clase capitalista y la proletaria, se volvió indispensable la promulgación de las primeras leyes modernas de protección al

⁴⁵ Briceño Ruiz, Alberto, *op. cit.*, pág. 44.

⁴⁶ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *op. cit.*, pág. 61.

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 62.

trabajador. De hecho, la primera *ley del seguro de enfermedades* de que se tiene noticia, surgió en Francia en el años de 1850.⁴⁸

Sin embargo, Alemania constituye la verdadera cuna de los seguros sociales; pudo ello deberse a que su revolución industrial motivó la fundación de empresas e industrias. No obstante, estas empresas no lograron la estabilidad y solidez necesarias por lo que provocó una crisis; y a su vez; se instauraron tensiones sociales, a tal punto que se originaron fuertes tendencias revolucionarias.

Pero es ahí precisamente cuando interviene en Alemania a finales del siglo XIX, el llamado “Mariscal de hierro”, Otto Von Bismarck, ministro del rey de la entonces Prusia y principal forjador de la unidad alemana, quien lograra controlar los descontentos sociales aumentando el poder imperial a través de las leyes de excepción social; *fue el genial autor de una importantísima estrategia de control del proletariado.*⁴⁹

Bismarck es considerado el estructurador de la pujante economía alemana; en 1869, expide una primaria reglamentación para cuestiones de trabajo, protegiendo así la vida y la salud de los trabajadores.

En efecto, en el año de 1881, Bismarck establece en beneficio de la clase trabajadora, un compendio de legislaciones que fueron la base para dar origen luego al “*Seguro Social*”. Creó luego, en 1883 un régimen legal para el seguro de enfermedades; enseguida, en el año de 1884, decreta un régimen del seguro de accidentes laborales, para finalmente, en 1889, completar su aspiración al regular el seguro de vejez e invalidez.⁵⁰

Así surgió, por fases, el *seguro social original* del cual partirían luego todos los demás. En ocasión de ello, el canciller alemán expreso una frase que tiene una vigencia actual insoslayable: *Por caro que parezca el seguro social, resulta menos gravoso que los costos de una revolución*”. Es por ello que Bismarck es

⁴⁸ *Idem*

⁴⁹ Briceño Ruiz, Alberto, *op. cit.*, pp. 47-48.

⁵⁰ Sánchez Castañeda, Alfredo, *op. cit.*, pp. 6-7.

considerado el padre de los seguros sociales.⁵¹ Sin lugar a dudas el seguro social representa en el mundo uno de los esquemas básicos y fundamentales, entendido como un derecho humano e inalienable.

Mientras tanto, Alemania mantuvo la convicción de que debía implantar un régimen amplio de seguridad social para las personas más desprotegidas, y por ende, mayormente expuestas a la enfermedad. Por consiguiente, en el año de 1891 se promulga el código de Seguros Sociales, en tanto que la Constitución de Weimar de 1919 se limitó a constitucionalizarlos sin modificaciones sustanciales.⁵²

Posteriormente, el ejemplo de Alemania se extendería de Europa a América Latina. Sin embargo, Estados Unidos de Norteamérica, utilizaría por primera vez en forma oficial, el 14 de agosto de 1935 bajo la presidencia de Franklin D. Roosevelt el nombre de “seguridad social”, al expedir su *Social Security Act*, no obstante esta figura solo contemplaba algunas figuras como la vejez, desempleo y muerte. Esta ley fue promulgada con la finalidad de hacer frente a la crisis económica que asolaba el país; erradicar la miseria y evitar las convulsiones sociales.⁵³

La noción también aparece en la Ley de Seguridad Social (*Social Security*) de Nueva Zelanda, el 14 de septiembre de 1938. Igualmente el vocablo fue acogido en la Carta del Atlántico de 1941 y en la Declaración de Washington de 1942, que sancionaron con alcance mundial su contenido, al proclamar que “*Todas las naciones tienen el deber de colaborar en el campo económico-social, a fin de garantizar a sus ciudadanos las mejores condiciones de trabajo, de progreso económico y seguridad social*”; también la expresión fue incluida en la resolución de la Conferencia Internacional de Trabajo de 1941.⁵⁴

Pero Inglaterra no podía quedarse atrás, pues la Comisión Revisora del sistema inglés de Seguridad Social, presidida por William Beveridge en el año de 1942,

⁵¹ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *op. cit.*, pp. 64-65.

⁵² *Idem*

⁵³ Sánchez Castañeda, Alfredo, *op. cit.*, pág. 16.

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 17.

presentó un informe conocido como “Plan Beveridge”, este proyecto implicaba una recopilación de todas las experiencias obtenidas mediante una política social permanente de garantía en contra de la miseria, la enfermedad, la desocupación y la ignorancia de la sociedad a través del Estado, y además reconocía la importancia de la *salud*, tanto para la familia como para la nación.⁵⁵

Por ende, William Beveridge establece el concepto de **solidaridad social** como una de las bases del **Estado Benefactor**. En efecto, bajo esta concepción los gobiernos deben considerar su obligación aportar medios para la consecución del objetivo del bien común: la **salud pública**, como mínimo. Según N. Timmins; Beveridge concebía “Cinco Gigantes”, como abstracciones del mal social respecto del cual se debía luchar: 1. La necesidad; 2. La enfermedad; 3. La ignorancia; 4. La miseria; 5. La pereza- obstáculos de la sociedad británica de la segunda posguerra.⁵⁶

Por otra parte, en julio de 1948 se promulga la *Ley del Seguro Nacional*, con la cual Inglaterra establece su *sistema de seguridad social integral*. Por consiguiente, William Beveridge siguiendo las ideas de Lloyd George quien en 1906 había comenzado transformar la seguridad social de Alemania, todo ello con el objeto de ampliar su ámbito de protección. De tal suerte que al finalizar la Segunda Guerra Mundial, convierte el esquema en *universal, obligatorio y de extensión*. Finalmente, en el año de 1949 la Seguridad Social es también concebida como parte del *desarrollo armónico de los económicamente débiles*.

Por todo ello y su trascendente aportación a una nueva conceptualización de los seguros sociales, legando al mundo ideas revolucionarias valiosas para alcanzar un *sistema integral de seguridad social* en Inglaterra, se le ha considerado a William Beveridge el “**padre de los seguros sociales modernos**”.⁵⁷

Sin embargo, no podemos finalizar este apartado sin señalar que enseguida otros países europeos tales como España, Italia, Suecia, Noruega y Dinamarca,

⁵⁵ Briceño Ruiz, Alberto, *op. cit.*, pág. 53.

⁵⁶ Ramírez López José Alejandro, *op. cit.*, pág. 112.

⁵⁷ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *op. cit.*, pág. 68.

adoptaron sistemas de seguridad social importantes a tal grado que su estabilidad política y social, pronto se vieron fortalecidas.

En suma, los esfuerzos de países europeos como la injerencia de Estados Unidos de Norteamérica, resultarían básicos para la creación de una política nacional de decisiva influencia en las economías contemporáneas, surgiendo así: **el intervencionista Estado de bienestar.**⁵⁸

Sin duda alguna, tras la descripción narrada en párrafos anteriores la Seguridad Social tiene sus orígenes en Alemania durante los años 1883-1889. Por ende, con tres leyes se sientan las bases de la Seguridad Social: seguro contra enfermedad, 1883; seguro contra accidentes de trabajo, 1884, y seguro contra la invalidez y la vejez, 1889.⁵⁹

Otro gran avance de la Seguridad Social se encuentra en Inglaterra, cuando en 1942 lord Beveridge presenta un informe, en el cual dota a la Seguridad Social de carácter integral y universal.

Finalmente, en el cuadro **número 1** podemos observar las diferencias de los dos modelos principales que inspiraron la Seguridad Social tanto en Europa como en América Latina. Ubicado en la página número 15 de la obra: La seguridad y la protección social en México, de Alfredo Sánchez Castañeda.

TABLA 1: Diferencias entre el modelo de Bismarck y el modelo de Beveridge

Modelo de Bismarck	Modelo Beveridge
1. La cobertura depende de la condición laboral del individuo.	1. Tendencia hacia la universalización.
2. Se caracteriza por un régimen	2. Se basaba en la unificación de los riesgos, la protección derivada

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 69.

⁵⁹ Cano Valle, Fernando *et al.*, Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México: Hacia la reforma integral del sistema de salud mexicano, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, pp. 186-187.

<p>de seguros múltiples.</p> <p>3. La financiación depende de las contribuciones del asegurado, del empleador y en ocasiones del Estado.</p> <p>4. Hay una administración diferenciada de cada riesgo, e incluso de los colectivos asegurados.</p>	<p>de la situación genérica de necesidad.</p> <p>3. La financiación depende en su mayoría del presupuesto del Estado.</p> <p>4. Se busca una gestión administrativa unificada y pública.</p>
---	--

1.8 El surgimiento del “Estado de Bienestar”, “Benefactor” o “Providencia”

Con respecto al Estado de Bienestar, comenzaremos a definir qué es lo que se entiende por esta palabra.

De acuerdo con Sheila B. Kamerman y Alfred J. Kahn el Estado Benefactor es aquél Estado en que el poder organizado es utilizado mediante dos aristas como: la política y la administración; modificándolo en tres direcciones: 1. Garantizando a los individuos y a su familia un ingreso mínimo; 2. Permitir a los individuos hacer frente a ciertas contingencias sociales (por ejemplo, la enfermedad, la vejez y el desempleo); 3. Ofrecer a los ciudadanos sin distinción de clase o categoría los mejores niveles en servicios sociales.⁶⁰

Asimismo, el Estado de Bienestar es concebido como aquel ente que convierte las pretensiones de igualdad en obligaciones de los poderes públicos y hace recaer sobre ellos la responsabilidad de garantizar a todo ciudadano, por el hecho de

⁶⁰ Kamerman, Sheila B. y Kahn, Alfred J. *La privatización y el Estado Benefactor*, México, Fondo de cultura económica, 1993, pág. 165.

serlo, unos ingresos mínimos y la cobertura universal de los servicios sociales de *educación, sanidad, vivienda y pensiones de vejez*.⁶¹

Como ya se ha señalado, la Seguridad Social puede inscribirse en el concepto más amplio de Estado benefactor, “Entendido como la actividad del Estado en al menos cuatro grandes campos, como otorgar beneficios monetarios, cuidados de la salud, educación, alimentación, vivienda y otros servicios de bienestar”.⁶²

No obstante, estos problemas forman parte de la medula central de los sistemas de seguridad social. Generalmente el Estado es el creador, regulador y administrador de estos sistemas, aunque en algunos casos delega esta función al sector privado.

De hecho el Estado de Bienestar surge precisamente para abatir la miseria y la enorme brecha entre los pocos que tenían mucho y los muchos que tenían poco, como un eje “redistribuidor de la riqueza”, en la búsqueda de un bien común; nace como tal en 1929.⁶³

Por consecuencia, emerge a raíz de la gran depresión económica que resisten los Estados Unidos de Norteamérica. Su entonces presidente, Franklin Delano Roosevelt, resuelve poner en marcha una nueva estrategia político social con el fin de levantar la economía, entre sus objetivos se encontraban: empleos con salarios suficientes, Seguridad Social, salud pública, educación, cultura a desposeídos, construcción de vivienda popular, intervencionismo estatal en las instituciones bancarias

Posteriormente, como resultado de las medidas adoptadas, en corto tiempo la economía norteamericana llegó a un nivel inusitado de prosperidad; hecho que sostuvo al presidente Roosevelt en su cargo hasta que estalló la Segunda Guerra Mundial.

⁶¹ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *op. cit.*, pág. 71.

⁶² Solís Soberón, Fernando, *op. cit.*, pág. 22.

⁶³ *idem*

Cabe señalar, que Wiston Churchill en su calidad de primer ministro se preocupó por llevar el mensaje al mundo entero de la nueva tendencia política: *El Estado de Bienestar*, implementado por los países democráticos de la post-guerra con un profundo sentido de *justicia social*, el cual reunía condiciones básicas para la existencia de un programa político de intervención económica del Estado, mismo que encabezarían en América y Europa: Franklin D. Roosevelt y William Beveridge.⁶⁴

Ahora bien, en el caso de México el “Estado Benefactor” es acogido en el artículo 39 de nuestra Carta Fundamental bajo la fórmula de que “Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste”.⁶⁵

1.9 La seguridad social en México su origen y desarrollo

Durante la colonia, si bien es cierto el sistema era prácticamente esclavista existen por los menos algunos intentos por equilibrar los problemas sociales, tales como las cajas de ahorro, establecimientos de cofradías, mutualidades y Montes Píos. Y en materia de *salud* existían las siguientes figuras: hospitales religiosos, casas hogar y asistenciales en general; aunque la salud de la población indígena y mestiza era muy precaria en sus instituciones asistenciales vinculadas a la Iglesia, sin embargo esta situación no mejoró durante la independencia.⁶⁶

Rubén Delgado Moya sostiene que la Seguridad Social no existió en México sino hasta después de 1917, considerando que, el movimiento armado de 1810 México seguía experimentado revueltas por todo el territorio, en consecuencia; era imposible que la población tuviera un buen trabajo, mucho menos buenas condiciones de salud.⁶⁷

En suma, la situación social, económica y política de fines del siglo XIX, y de la primera década del XX, originó la Revolución mexicana. Los campesinos no eran

⁶⁴ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *op. cit.*, pág. 72.

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 16.

⁶⁶ Ramírez López, Alejandro José, *op. cit.*, pág. 113.

⁶⁷ Delgado Moya, Rubén, *op. cit.*; pág. 48.

dueños de las tierras que trabajaban y sufrían una vida llena de injusticias, pues los propietarios en lugar de explotar las tierras, explotaban al hombre; así mismo los obreros carecían de derechos e intolerables condiciones de trabajo pesaban sobre ellos.⁶⁸

Por ejemplo, el factor étnico que en la etapa histórica que analizamos se llegó a descomponer así: población indígena (15%); población mestiza (60%); población criolla (20%); población extranjera (5%). A su vez, la manera en que las tierras se encontraban repartidas, concentrándose en manos de los caciques los cuales consideraban a los indígenas como unas bestias, sometiéndoles a largas jornadas de trabajo, frenando rotundamente el nacimiento del derecho a la seguridad social.⁶⁹

Se debe agregar que, el indio en cada hacienda era sometido a la esclavitud, adicionando que el salario que ganaba le era arrebatado por las tiendas de raya a cambio de mercancías de ínfima calidad, a cambio de aguardiente y pulque; condenándolo aun más a situaciones de inferioridad.

Las condiciones de vida del 80% de la población eran calcinantes pues vivían en la miseria y en el hambre, colocándolos en una situación infeliz y desgraciada. Era preciso que esa raza humana luchara por salvarse y rompiera las cadenas que los sujetaban y oprimían; hambre total en todos los campos: de pan, de tierras, de justicia, de libertad y sobre todo de derechos sociales.⁷⁰

1.9.1 Época Porfirista

Durante la dictadura del General Díaz, las medidas oficiales protectoras de trabajo, brillaban por su ausencia, o eran casi inoperantes.

En esta etapa cobra mayor importancia una organización solidaria creada por los artesanos urbanos y que existía desde el año 1867. Esta figura era conocida como

⁶⁸ Rabasa, O. Emilio, *Historia de las constituciones mexicanas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 82.

⁶⁹ Delgado Moya, Rubén, *op. cit.*, pp. 54 -55.

⁷⁰ *Ibidem*, pág. 56.

las mutualidades, que entre sus objetivos se contaba el proporcionarse ayuda mutua entre sus integrantes en caso de necesidad.⁷¹

Estas organizaciones se fundaban con el propósito expreso de proporcionar ayuda mutua a sus socios, en caso de que la adversidad afectara a alguno de ellos. Es así, como por medio de las cuotas que aportaban a la asociación, se formaba una caja de ahorros que servía para asistir al afiliado necesitado en caso de accidente, enfermedad o muerte. Dicha caja de ahorros era administrada por los dirigentes de la agrupación.

Por otra parte, durante esta época nacieron dos leyes que reflejaron la preocupación por el campo de la seguridad social.

Tal es el caso de la primera ley, conocida como “Ley Vicente Vallada” en homenaje al gobernador del Estado de Veracruz que la promulgó, se votó el 30 de abril de 1904 bajo la inspiración de una Ley de Leopoldo II de Bélgica, puesta en vigor unos mese antes (24 de diciembre de 1903) según indica Mario de la Cueva.⁷²

La segunda Ley fue promulgada por el Gobernador de Nuevo León, Bernardo Reyes, el día 9 de noviembre de 1906, fue más conocida y sirvió de modelo para la Ley de Accidentes de Trabajo en Chihuahua, de 29 de julio de 1913 y para la Ley de Trabajo de Coahuila de 1916. ⁷³

1.9.2 Movimiento obrero de los hermanos Flores Magón

Es evidente que el movimiento revolucionario que encabeza Francisco I. Madero no perseguía ningún objetivo social. Su formación, su cómoda economía personal que le colocaron en la parte alta de la clase burguesa y simplemente su estilo, no lo hicieron particularmente sensible ante el problema social.

⁷¹ Cázares García, Gustavo, *op. cit.*, pág. 39.

⁷² De Buen Lozano, Néstor, *op. cit.*, pág.19.

⁷³ *Idem.*

Sin duda alguna, el primer antecedente social de la Revolución lo encontramos en el plan de San Luis Missouri del **Partido Liberal Mexicano** que presidía Ricardo Flores Magón.

En sus artículos se menciona la necesidad de que los patrones den alojamiento higiénico a los trabajadores; y tratándose de propietarios rurales se obligue a los patrones a pagar indemnizaciones por accidentes de trabajo.⁷⁴

A sí mismo, en dicho Manifiesto, firmado por otros como Manuel Sarabia, se exigían, entre múltiples aspectos, varios de *carácter social*: jornada máxima de ocho horas, salario mínimo suficiente para llevar una vida digna, reglamentación del trabajo a domicilio, prohibición de trabajo a menores de catorce años, nulificación de las deudas de los jornaleros con sus amos, pago del salario del dinero en efectivo, supresión de las tiendas de raya, obligación al descanso semanal e igualdad de condiciones que a los trabajadores extranjeros.⁷⁵

Adicionalmente, el Partido Liberal Mexicano planteó la idea crucial de que ese conjunto de garantías laborales deberían ser *proporcionadas por el Estado*, con lo que se producía el salto ideológico fundamental desde la sociedad prerrevolucionaria que se regía por los principios liberales de no intervención del Estado, hacia otra en la que el tutelaje estatal de las relaciones entre capital y trabajo habría de ser la pauta de la futura sociedad mexicana.⁷⁶

Es por ello que puede hablarse de la gran influencia de los hermanos Flores Magón en el ámbito de la Seguridad Social. Además de que se les acuñe el merito de incorporar al pensamiento revolucionario la idea de la *solidaridad*, principio básico de la seguridad social. Cabe mencionar que la idea de *solidaridad* los Flores Magón no era propiamente el correspondiente a una acción estatal solidaria

⁷⁴ *Ibidem*, pág.19- 20.

⁷⁵ Carpizo McGregor, Jorge, *op. cit.*, pp. 32- 33.

⁷⁶ Farfán Mendoza, Guillermo, *Los orígenes del seguro social en México: Un enfoque neoinstitucional histórico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pág. 162.

a favor de los trabajadores, sino la de distintas formas de apoyo mutuo entre los propios trabajadores.⁷⁷

1.9.3 La primera declaración de los derechos sociales en el mundo

El movimiento revolucionario que se originó el 20 de noviembre de 1910, representó la lucha de las mayorías inconformes con la realidad de la nación, lo cual se caracterizó por ser un fenómeno eminentemente social. Además, de la reivindicación de la clase obrera y campesina, cristalizando los derechos sociales a la Constitución Federal de 1917.

Así, la Carta Magna representó la vanguardia de la búsqueda del bienestar social, de hecho logró conformar un gran pacto social que preserva, respeta e impulsa los derechos fundamentales de los mexicanos.

Además, una de las interpretaciones acerca del origen del seguro social pretende explicar este acontecimiento como la cristalización de los avances en materia de *justicia social* que estaban detrás del triunfo de la Revolución Mexicana. Particularmente, se considera que la fundación del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) fue consecuencia de la materialización de los fundamentos que ya estaban señalados en la Constitución de 1917.⁷⁸

Nuestra Constitución es un documento solidario, progresista, de enormes alcances sociales. Ha sido el sustrato para la edificación del proyecto nacional de desarrollo, además de ser un documento de la sociedad civil, es en palabras del ilustre jurista Mario de la Cueva, "**La primera declaración de los derechos sociales**".⁷⁹

Los ideólogos y líderes de la de la revolución tenían como visión liberar al pueblo de las enormes insatisfacciones sociales que aquejaban al pueblo de la dictadura porfirista. Cabe señalar, que este fenómeno representa la lucha de miles de

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 59.

⁷⁹ Narro Robles, José, *op. cit.*, pág. 60.

hombres por resolver los grandes problemas nacionales, constituyendo aquel momento como la vestía que luchara por los derechos de las clases desposeídas.

Asimismo, la Constitución de 5 de febrero de 1917, es la culminación de un drama histórico cuyos orígenes se remontan a la guerra de la Independencia, teniendo como escenario la lucha de un pueblo por conquistar la libertad de los hombres, por realizar un mínimo de justicia social en las relaciones humanas. Los ideales pueden resumirse en unas pocas palabras: devolver al hombre su dignidad y restituirle en el goce de esta tierra suya, hecha para la libertad y el trabajo.

No obstante, los constituyentes de Querétaro mostraron preocupación especial por la situación de los trabajadores. Finalmente, en la fracción XXIX del artículo 123, se plasma la necesidad de establecer un sistema de *seguros sociales*, que vendrían a resolver de una manera razonable el riesgo sufrido por los trabajadores, y a su vez, la necesidad de encontrar un sustituto del salario, cuando por razones de invalidez o vejez, los trabajadores dejaban de ser útiles.

Es así, como el artículo 123 reglamentó los derechos del trabajo y abrió la puerta a la legislación y reglamentación del Seguro Social, que se implanto el **19 de enero de 1943**. Sin embargo, la idea de la seguridad social no fue objeto de la preocupación en la agenda revolucionaria; aquello que se quería resolver era la ausencia de derechos laborales para los trabajadores, dentro de los que el tema de la seguridad social apenas se encontraba esbozado y acotado alrededor de las compensaciones por enfermedad y accidentes de trabajo.⁸⁰

Por ende, la Constitución de 1917, es consecuencia directa de la de 1857, fue en su día y es hoy, a través de múltiples adaptaciones de sus reformas, la canalización al Estado mexicano actual de gran estabilidad institucional, que va permitiéndoles estructuras democráticas más logradas, de mayor progreso y alcances, en beneficio de amplios estratos sociales marginados.⁸¹

⁸⁰ *Idem*

⁸¹ Arnáiz Amigo, Aurora, *Historia Constitucional de México*, México, Trillas, 1999, pág. 152.

En consecuencia, el Constituyente de Querétaro dispuso en 1917 de la paz suficiente como para vislumbrar el máximo instrumento legal que transformará en realidad los lineamientos constitucionales que fueron trazándose desde 1810 con el *Bando de Hidalgo*.

Por otra parte, la estructura del artículo 123, es decir, la Seguridad Social se convirtió en una parte del derecho del trabajo, y así ha sido considerada prácticamente hasta la promulgación de la nueva ley en el año de 1973, en razón de que el supuesto para el establecimiento de normas del seguro social era la existencia de las relaciones de trabajo.⁸²

Es así como la Constitución de 1917 representa uno de los mayores progresos y alcances, en beneficio de amplios estratos sociales, marginados en el pasado y hoy en día.

1.10 Forma de gobierno del Estado Mexicano

Ahora bien, se hace indispensable un sistema jurídico que además de reconocer los derechos los proteja con la eficacia necesaria para evitar que se conviertan en ***declaraciones de buena voluntad***.

Sin embargo, el origen de toda seguridad es el derecho, ya que regula, norma y controla los demás aspectos de la seguridad; es por ello que, podemos hablar de un derecho a la seguridad social, al existir un Estado que funja como protector.

Por consiguiente, es conveniente señalar que es lo que se entiende por Estado de Derecho y Constitución ya que sobre estos dos pilares descansa el orden constitucional mexicano así como; la Constitución forma parte de nuestro sistema jurídico, la cual contiene los derechos humanos objeto de estudio de la presente investigación.

Ahora bien, comenzaremos por definir conceptos clave que juegan un papel importante en la plenitud de los derechos humanos, tales como: Estado, Estado de Derecho y Constitución. Posteriormente, haremos mención a la forma de gobierno

⁸² De Buen Lozano, Néstor, *Seguridad Social*, México, Porrúa, 1995, pág. 3.

en nuestro país, la cual dista en gran medida, referente a la protección de los derechos humanos.

El Estado es un orden de convivencia de la sociedad políticamente organizada, en un ente público superior, soberano y coactivo, y a su vez, se integra por la población, o grupo social sedentario, permanente y unificado, asentada sobre un territorio o porción determinada del planeta, provisto de un poder público que se caracteriza por ser soberano y se justifica por los fines sociales que tiene a su cargo.⁸³

Por su parte, Norberto Bobbio define al Estado como “un ordenamiento jurídico para los fines generales que ejerce el poder soberano en un territorio determinado, al que están subordinados necesariamente los sujetos que pertenecen a él.”⁸⁴

Kelsen lo define como un ordenamiento jurídico, centralizado, con un ámbito territorial y temporal de validez jurídico, internacionalmente delimitado, y con una pretensión de totalidad, respecto del ámbito material de validez, solo restringida por la reserva del Derecho Internacional.⁸⁵

Ahora bien, el Estado se encarga de la organización de la vida en sociedad, la cual, se encuentra establemente asentada en un territorio determinado, además, de encontrarse sujeta a un orden jurídico, ejercido mediante un cuerpo de funcionarios, lo cuales se encargan de garantizar un poder jurídico coactivo hacia la sociedad. Etimológicamente la palabra Estado (Estatus) significa situación, sin olvidar que Nicolás Maquiavelo, fue el primero en introducir esta palabra.⁸⁶

⁸³ Serra Rojas, Andrés, *Teoría del Estado*, 15a. Ed., México, Porrúa, 2000, p. 167.

⁸⁴ Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad “Por una Teoría General de la Política”*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 128.

⁸⁵ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 2a. Ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 115.

⁸⁶ Basave Fernández del Valle, Agustín, *Teoría del Estado. Fundamentos de Filosofía Política*, 10a.Ed., México, Editorial Jus, 1985, p. 120.

A su vez, el Estado está obligado a establecer, a regular y a vigilar el cumplimiento de los derechos humanos, de no ser así estaríamos hablando de un Estado fallido, democráticamente débil y corrupto.

Sin duda alguna, el Estado es el creador del orden jurídico; así mismo le es esencial crear y tener como suyo un orden jurídico, estableciendo el derecho como un mecanismo de coacción.

Por ende, el Estado de Derecho ha sido concebido como un modelo organizativo, asimismo, como un medio de respuestas a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de la vida real. Por otra parte, el Derecho debe ser incluido entre las ordenaciones sociales para garantizar la organización jurídica y política de la población, y a su vez canalizar el poder público, estableciendo la división de poderes como elemento fundamental del Estado de Derecho.

En este sentido, resulta propicio citar lo que al respecto se establece en el artículo 49 Constitucional de nuestra Carta Magna: **Art. 49.-** El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en **Legislativo, Ejecutivo y Judicial**.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgaran facultades extraordinarias para legislar.⁸⁷

Al respecto Elías Díaz dice: un Estado es derecho cuando su poder y actividad están regulados y controlados por la ley que, a su vez, es el reflejo de la voluntad general.⁸⁸

El Estado de Derecho está formado por dos componentes: El estado (como forma de organización política) y el Derecho (como conjunto de normas que rigen el

⁸⁷ www.diputados.gob.mx consultada el 28 de octubre del 2017.

⁸⁸ Díaz, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1998, p.29.

funcionamiento de la sociedad). Por lo tanto, el poder del Estado se encuentra limitado por el derecho. Los principios del Estado de Derecho son los instrumentos encaminados a impedir la expansión totalitaria y, en general, el ejercicio sin control del poder del Estado.⁸⁹

Indudablemente, el Estado de Derecho crea un derecho es decir, produce normas jurídicas mediante las cuales se sirve de ellas para organizar y hacer funcionar el grupo social, así como resolver conflictos concretos surgidos dentro de él. Por ejemplo, sería muy difícil imaginar un Estado sin derecho, sin leyes sin normas que regulen la conducta de los habitantes de un determinado Estado, de serlo así no existiría un sistema de legalidad, no existiría un orden. En suma, todo Estado necesita de un mecanismo coactivo, denominado derecho.

Un Estado de Derecho, es el sometimiento del Estado al derecho, a su propio derecho, mediante el cual se encarga de la regulación y control de poderes, a su vez, este derecho se encarga de las actuaciones del Estado por medio de las leyes, creadas éstas además según determinados procedimientos de alguna y abierta y libre participación popular, con respecto pues para derechos fundamentales concordes con tal organización institucional.⁹⁰

Ahora bien, el concepto de poder al igual que los demás juega un papel importante en materia de derechos humanos, debido a que varios funcionarios se valen de él para cometer atrocidades hacia la dignidad humana.

Bodenheimer, apunta acertadamente a este concepto, pues manifiesta su significado en sentido sociológico, definiendo al poder como la capacidad de un individuo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de

⁸⁹ Zippelius, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, 3a. Ed., México, Porrúa, 2000, p. 98.

⁹⁰ Díaz, Elías y Ruiz, Alfonso, *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, Madrid, Trotta, 1996, p. 63.

otros individuos o grupos. Por ende, el poder puede ejercerse por medios físicos, psicológicos o intelectualmente.⁹¹

Efectivamente, si una estructura de poder consigue apoderarse de todo un Estado y moldearlo conforme a sus intereses, nos estaríamos enfrentando ante un Estado totalitario. Es por ello, que en un Estado de Derecho debe existir la división de poderes, pues de ser lo contrario el poder político sería ilimitado.

Derivado de lo anterior la Constitución nace como un instrumento para limitar el poder, además de que es el primer documento que consagra los derechos humanos otorgándoles jerarquía jurídica para su pleno respeto.

Partiendo de esta primera noción, podemos decir que, la Constitución es la norma fundamental calificada como un documento útil para la protección de los individuos mediante la división de poderes. Por ejemplo, Guastini cita cuatro significados principales de la palabra Constitución, que son los siguientes:

1. En una primera acepción, “Constitución” denota todo ordenamiento político de tipo “liberal”.
2. En una segunda acepción, “Constitución” denota un cierto conjunto de normas jurídicas, *grosso modo*, el conjunto de normas en algún sentido fundamentales que caracterizan e identifican todo ordenamiento.
3. En una tercera acepción, “Constitución” denota simplemente un documento normativo que tiene ese nombre (o un nombre equivalente).
4. En una cuarta acepción, en fin, “Constitución” denota un particular texto normativo dotado de ciertas características “formales”, o sea de un peculiar régimen jurídico.⁹²

Una Constitución es un complejo normativo de naturaleza suprema y fundamental. Es un conjunto de normas dispuestas sistemáticamente con el propósito de

⁹¹ Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, 2a.Ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 17.

⁹² Guastini, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 23-24.

organizar un Estado; ellas regulan el uso del poder, garantizan el respeto de las libertades y permiten el ejercicio de los derechos; son de jerarquías superiores, permanentes, generales, escritas y reformables.⁹³

En tanto que para Lassalle “La Constitución es la Ley Fundamental proclamada en el país, en la que se echan los cimientos para la organización del derecho público de esa nación”.⁹⁴En suma, la Constitución es un mecanismo que sirve de instrumento para equilibrar pesos y contrapesos entre poder y derecho, sin olvidar que funge como base para la organización de todo Estado, cimentado sobre un Estado de Derecho.

1.11 La adopción de una definición de Salud

Ahora bien, a continuación definiremos que es lo que se entiende por salud, todo ello con el objeto de precisar que es un bien jurídico que se requiere proteger.

No obstante, Víctor de Correa- Lugo señala que esta definición de salud debe de descansar sobre tres aristas, siendo las siguientes: a) que su objeto definido sea la salud y no más que la salud, b) que sea jurídicamente funcional, es decir que no sea solo una noción vaga del deseo del deseo sino que permita una concreción jurídica, y c) que dé respuestas a las nociones morales, sociales y académicas de lo que se entiende por salud. Es decir un concepto de salud que sea preciso en sus límites y en su materia y que, por tanto, permita precisar los alcances de su exigibilidad.⁹⁵

⁹³ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, 4a.Ed., México, Oxford University Press, 2014, pág. 2.

⁹⁴ Ferdinand, Lassalle, *¿Qué es una Constitución?*, 2a.Ed., México, Tomo, 2013, p.45.

⁹⁵ De Correa-Lugo Víctor, *La salud como derecho humano*, España, Universidad de Deusto, 2005, pág. 29.

CAPÍTULO II

HACIA UNA VISIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1 El camino de la declaración universal de los derechos humanos

Los registros historiográficos de la Lucha por los derechos humanos anuncian muy frecuentemente el amanecer de sus manifestaciones formales en algunas de las estipulaciones contenidas en la Carta Magna inglesa del 15 de Junio de 1215, expedida por el rey Juan Sin Tierra en la que se expreso un conjunto de compromisos del monarca con la nobleza británica.

Entre otros de los derechos, dispuso que ningún hombre pudiera ser detenido en prisión ni desposeído de su tenencia, de sus libertades o libres usos, declarado fuera de la ley, exiliado o molestado de manera alguna, sino en virtud de un juicio legal de pares y según la ley del país.⁹⁶

Nuevamente, en Inglaterra en 1689, se promulga una ley de derechos individuales, en cuyos trece artículos encuentran cabida la libertad de conciencia, a la elección de los representantes populares y a no mantener ejércitos durante épocas de paz.

No obstante, los señalamientos que anteceden, la doctrina coincide en que la primera vez que se da una verdadera declaración de derechos humanos, es decir, el reconocimiento catalográfico de esos derechos, es en la *Constitución de Virginia de 1776*, cuyo preámbulo llevó por título *Bill of Rights*.⁹⁷

Aquí aparecen los derechos reconocidos a la vida, la igualdad, la seguridad, el derecho a modificar la forma de gobierno, la libertad de sufragio, el principio de elecciones libres, las garantías del proceso penal, entre otros derecho.

⁹⁶ Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, 7a. Ed., México, Porrúa, 1986. pág. 141.

⁹⁷ Carpizo, Jorge, *Los derechos humanos y ombudsman*, México, Porrúa, 1992, pág. 38.

Más tarde las constituciones de otras ex colonias norteamericanas, como la de Pennsylvania, Maryland, Carolina del Norte, Vermont, Massachusetts y New Hampshire, continuaron con el modelo señalado por Virginia.

Por otro lado, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, ocupan un lugar muy especial en la lucha por los derechos humanos, pues en gran dimensión estuvo influenciada por las declaraciones de las colonias norteamericanas.⁹⁸ Por su parte, esta declaración contiene 17 artículos, entre los cuales se señaló que los derechos naturales e imprescriptibles del hombre son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

No obstante, las ideas de la Revolución Francesa y su declaración de derechos invadieron occidente. Posteriormente, fueron fuente de muchas otras disposiciones del constitucionalismo del siglo XIX. Sin duda alguna, Francia sigue siendo una de las cunas de los derechos humanos, pues es proclama en París el 10 de Diciembre de 1948 *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*. No obstante, el presente documento nace con la finalidad, de impedir nuevamente una guerra, pues, hemos de recordar la amarga experiencia que dejó la Segunda Guerra Mundial, al devastar el derecho a la vida con millones de personas muertas, sin olvidar la desagradable humillación a su dignidad humana.⁹⁹

Es por ello, que los derechos humanos, son lo más importante que posee la persona humana. Asimismo, Norberto Bobbio ha señalado que la cuestión no resuelta en nuestro tiempo respecto de los derechos humanos no es la de fundamentarlos o justificarlos, en último término de comprenderlos sino la de protegerlos.¹⁰⁰

⁹⁸ *Ibidem*, pág.52.

⁹⁹ Díaz López de Falco, Rosa María, *El ombudsman de la salud en México*, México, Universidad nacional Autónoma de México, 2014, pp. 2-3.

¹⁰⁰ Ramírez García, Hugo Saúl, *Derechos Humanos*, 4a. Ed., México, Oxford University Press, 2014, pág.23.

Derivado de lo anterior, se buscó un instrumento que impidiera esta experiencia, de tal suerte, que se pensó en ¿cómo evitar estos hechos tan abominables? Por consiguiente, se creó la Organización de la Naciones Unidas (ONU) en 1945, estableciéndolo en la *Carta de las Naciones Unidas*, en ella se buscaba prevenir las atrocidades de las guerras¹⁰¹. Este documento tiene por finalidad lograr la configuración de un “nuevo sistema internacional” estructurado a través de Derecho.

Sin embargo, este escrito no establecía en forma clara lo que eran los derechos humanos. Por lo cual, se abre paso a *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* (DUDH) tal como lo mencione anteriormente. Así, la DUDH no solo describe los derechos humanos que protegerán los Estados reunidos en torno a las Naciones Unidas, sino que además contiene su respuesta de cómo evitar una Segunda Guerra Mundial. El primer considerando de este documento dice:

Artículo 1º. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.¹⁰²

Por lo tanto, este artículo no solo enmarca derechos sino también obligaciones, entre sus obligaciones esta el comportarse coherentemente y respetar a los demás seres humanos.

Además, de la declaración que antecede queda claro lo siguiente: a) Todo ser humano por el solo hecho de existir es persona y, por tanto, titular de derechos humanos; b) Los derechos humanos tienen su origen en la propia naturaleza del ser humano y son expresión natural de su existencia; c) Los derechos humanos pertenecen a la persona por igual, es decir, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad o condición social; d) Los derechos humanos son preexistentes a la Ley; esta los reconoce, protege y garantiza, pero no los crea, y e) Los derechos

¹⁰¹ *Ibidem*, pág. 4.

¹⁰² *Carta Internacional de los Derechos Humanos*, México, 22 de Julio de 2017, <http://dhpedia.wikipaces.com>.

humanos constituyen el conjunto de facultades y prerrogativas de las personas, sin las cuales no puede existir realmente como ser humano.¹⁰³

Por ende, los derechos humanos no son creados por el Estado, son reconocidos a través de la acción del parlamento, en donde se precisa y se fija su extensión. Además, de establecer los mecanismos y procedimientos para su adecuada tutela y conservación.

De tal forma que, en materia de **seguridad social**, La Declaración Universal de los Derechos Humanos, elaborada por la UNESCO y aprobada el 1º de diciembre de 1948 en el Palái Chailhot de parís, en sus artículos 22 y 25 declara:

*Toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, a tener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta entre la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos, económicos, sociales y culturales, indispensables en su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.*¹⁰⁴

Esta declaración se complementa con el artículo 25 que dice:

Toda persona tiene derecho un nivel de vida adecuado que lo asegure, así como a su familia, *la salud* y bienestar y en especial la alimentación, el vestido la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Tiene derecho a sí mismo a los seguros en el caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. La maternidad y la infancia, tienen derecho a los ciudadanos y asistencia especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social.¹⁰⁵

¹⁰³ Madrazo, Jorge, *Derechos Humanos: El Nuevo Enfoque Mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pág. 10.

¹⁰⁴ www.un.org. Consultada el 05 de noviembre del 2017.

¹⁰⁵ www.un.org. Consultada el 05 de noviembre del 2017.

2.2 La Organización Internacional del Trabajo y la seguridad social

En el preámbulo de la Constitución de la OIT, (texto de 1919 modificado en 1946), en los considerandos se señala que una paz universal y permanente no puede fundarse sino sobre la base de la *justicia social*; que existen condiciones de trabajo que implican para un gran número de personas la injusticia, la miseria ya las privaciones lo cual engendra tal descontento que constituye una amenaza para la paz y la armonía universales, que es preciso mejorar dichas condiciones en lo concerniente entre otras cosas a la garantía de un salario que aseguren condiciones de existencia decorosas, a la protección del trabajador contra las enfermedades generales o profesionales y los accidentes de trabajo, a la protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, a las pensiones de vejez e invalidez, a la defensa de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero y otras tantas fundamentales finalidades.¹⁰⁶

Cabe destacar, que la Declaración de Filadelfia de la OIT de 1944 elevó la seguridad social a instrumento internacional y proclamó la necesidad de extender su cobertura. La Declaración de Filadelfia, relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional de Trabajo, que en 1946 fue formalmente anexada a su Constitución, señala:

“Que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a lograr su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades, por lo que el propósito central de la política nacional e internacional debe ser el logro de las condiciones que permitan llegar a estos resultados.”¹⁰⁷

Por otro lado, la Oficina Internacional del Trabajo ha señalado varios principios en el desarrollo de la seguridad social y la asistencia social los siguientes:

¹⁰⁶ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *op. cit.*, pág. 88.

¹⁰⁷ *Idem*

- a) La protección total coordinada de las diversas contingencias, que sin culpa del trabajador, pueden traer como resultado la pérdida temporal o permanente del salario, asistencia médica y asignaciones familiares;
- b) Extensión de esta protección a todos los adultos en la medida que la exigen, así como a las personas a su cargo.
- c) Seguridad de recibir las prestaciones, que aun siendo módicas permitan mantener un nivel de vida socialmente aceptable y se otorguen en virtud de un derecho legal bien establecido.
- d) Financiamiento por métodos que obliguen a la persona protegida a tener presente, en cierto modo, el costo de las prestaciones que recibe, pero al mismo tiempo, una amplia aplicación del *principio de solidaridad* entre ricos y pobres, hombres y mujeres, asalariados y personas muy jóvenes o de edad muy avanzada para trabajar, robustos y endebles. ¹⁰⁸

No obstante, en 1939 en la Conferencia de los Estados de América, miembros de la OIT, se observa una tendencia a fusionar la **asistencia pública** y **los seguros sociales**, desganándose estas dos ramas de la previsión con la denominación de **seguridad social**.

2.3 La constitucionalización del Derecho de la Seguridad Social

Es conocido en la historia de nuestro derecho social, como discutió el constituyente que elaboró la Constitución de 1917 acerca de si debía quedar o no incluido en dicho supremo documento un régimen que garantizara sus más íntegros derechos a los trabajadores, toda vez que en los artículos 4º y 5º ya estaba garantizada la libertad del trabajo.

Fue así, que Venustiano Carranza quedó en la historia como uno de los hombres más grandes del siglo y de nuestro México estableciendo un régimen de legalidad, pero particularmente sembró la semilla nueva de una autentica justicia social. Fue

¹⁰⁸ González Díaz, Francisco, *El derecho social y la seguridad social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1973, pp. 125 y 126.

así como se elevó a rango constitucional artículos como el 27 y el 123: el primero que estableció las bases de la reforma agraria, y el segundo un régimen del derecho del trabajo y de previsión social.

Por otra parte, ya enfocándonos en concreto sobre el artículo 123 de la Constitución Mexicana y la previsión social, el cual se aprobó como resultado del movimiento revolucionario establecido tras una larga discusión, un régimen del derecho del trabajo y la previsión social que no constituye, sino dos aspectos distintos de una realidad, que integran una unidad de protección laboral y social.

De esta manera, se establecieron no solo normas tendientes a regular las relaciones obrero patronales, sino normas que pretendieron resolver, desde entonces, el problema de lo que hoy se llama seguridad social, al abordar el problema de la vivienda, el de la educación de los obreros, el de un régimen de seguro social, el de prevención de los riesgos, protección a los menores y a las mujeres y tantas otras disposiciones que han derivado del fecundo contenido de este artículo.

En suma, La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, representan el fundamento jurídico primario de la Seguridad Social, en concreto el artículo 123, consagra en nuestra patria los derechos integrados a favor de la clase trabajadora.

Ahora bien, son cuatro los organismos públicos descentralizados que, en base a las leyes que los crean, reglamentarias todas del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fueron emitidas por el Congreso de la Union y brindan el servicio público de seguridad social a los sujetos de aseguramiento obligatorio o voluntario.

Los entes, sus legislaciones-marco, y basamento Constitucional son:

- a) El Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), creado por la Ley del Seguro Social, que el reglamentaria de la fracción XXIX del Apartado "A";

- b) El Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, creado por la Ley del ISSSTE, que es reglamentaria de la fracción XI del Apartado “B”;
- c) El Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, creado por la Ley del INFONAVIT, que es reglamentaria del segundo párrafo de la fracción XII del Apartado “A”; y,
- d) El Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, creado por la ley del ISSFAM, que es reglamentaria del segundo párrafo de la fracción XIII del apartado “B”.¹⁰⁹

2.3.1 Ley del Seguro Social

La Ley del Seguro Social es la más importante de todas las fuentes formales, porque originalmente solo se contemplaba un seguro social voluntario, por lo cual fue modificada en 1929 para considerar de *utilidad pública* la expedición de una Ley del Seguro Social.¹¹⁰

Asimismo, mediante ella se creó la institución que es considerada por ley como el *instrumento básico* para lograrla, denominado coloquialmente el “Seguro Social”.

Es así como mediante esta institución se ofrece un servicio público nacional a cargo de un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, autonomía fiscal. Estableciéndose en la citada legislación las bases de su organización, administración, operación y funcionamiento.

En la Ley del Seguro Social se establece en su artículo segundo que Seguridad Social tiene como finalidad:

“Garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y

¹⁰⁹ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *op.cit.*, pág. 152.

¹¹⁰ Sánchez Castañeda, Alfredo, *op.cit.*, pág. 25.

colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en caso previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado”.¹¹¹

2.3.2 Las principales instituciones de Seguridad Social

Tres son las principales instituciones que han desarrollado los seguros sociales en nuestro país: El Instituto Mexicano del Seguro Social(1), El Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (2) y el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas(3).

1. El Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS)

Venustiano Carranza publicó el 12 de Diciembre de 1914 un decreto que buscaba expedir y entrar en vigor “durante la lucha, todas las leyes, disposiciones y medidas encaminadas a dar satisfacción a las necesidades económicas, sociales y políticas del país, así como, incentivar una legislación para mejorara la condición del peón rural, del obrero y en general de las clases proletarias.”¹¹²

La Constitución, inicialmente había contemplado un seguro social de manera potestativa, al establecer en su artículo 123, fracción XXIX, que es de **utilidad social** el establecimiento de cajas de seguros populares de invalidez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, por lo cual tanto el gobierno federal como el de cada estado deberían de fomentar la organización de instituciones de esta índole.

Sin embargo, en 1929 el Congreso de la Unión modificó la fracción XXIX del artículo 123 constitucional, para establecer la siguiente disposición: “Se considera de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social y ella comprenderá seguros de invalidez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes y otros con fines análogos”.¹¹³

¹¹¹ www.diputados.gob.mx consultada el 05 de noviembre del 2017.

¹¹² Sánchez Castañeda, Alfredo, *op. cit.*, pág. 27.

¹¹³ Sánchez Castañeda, Alfredo, *op. cit.*, pág. 28.

Finalmente, en el periodo presidencial de Manuel Ávila Camacho, el 19 de enero de 1943, nació el Instituto Mexicano del Seguro Social e inicia operaciones el 1º de enero de 1944.¹¹⁴

Asimismo, la Ley del Seguro Social vigente fue publicada en el *Diarios Oficial de la Federación* el 21 de diciembre de 1995. Es de observancia general en toda la Republica, sus disposiciones son de orden público y de interés social (artículo 1º). La ley establece la finalidad de la seguridad social: “Garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión” (artículo 2º).¹¹⁵

Cabe señalar, que de 1943 a la fecha, la Ley del Seguro Social ha sido objeto de múltiples reformas. No obstante, la más relevante quizá se la publicada en el *Diarios Oficial de la Federación* el 21 de diciembre de 1995, en vigor en toda la Republica a partir del 1º de julio de 1997 (según el “Decreto por el que se reforma el párrafo primero del artículo primero transitorio de la Ley del Seguro Social publicado el 21 de diciembre de 1999”). Reforma por medio de la cual se modificó el sistema de pensiones, hasta entonces caracterizado por la solidaridad intergeneracional, a otro basado en *cuentas de capitalización individual*.¹¹⁶

2. El Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE)

El 12 de agosto de 1925 el presidente Plutarco Elías Calles expidió la primera Ley General de Pensiones Civiles, seguida de la de 1946 y la de 1947.

Posteriormente, debido a la reforma de 1959 del artículo 123 constitucional, que establece una regulación distinta para los trabajadores del gobierno federal, el 20 de noviembre de 1959 se promulgó la primera Ley del Instituto de Seguridad y

¹¹⁴ Cano Valle, Fernando *et al.*, *Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México: Hacia la reforma integral del sistema de salud mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, pág. 188.

¹¹⁵ *Idem*

¹¹⁶ Sánchez Castañeda, Alfredo, *op.cit.*, pág. 31.

Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, en vigor hasta enero de 1984, fecha en que entro en vigor la nueva Ley. ¹¹⁷

En tal sentido, la administración de lo seguros, prestaciones, así como la del fondo de la vivienda de los trabajadores al servicio del Estado, están a cargo del organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, denominado Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

La Ley del Instituto se aplica a los trabajadores al servicio civil de las dependencias y de las entidades de la administración pública federal que por ley o por acuerdo del Ejecutivo Federal se incorporen a su régimen, así como a los pensionistas y a los familiares derechohabientes de unos y otros; a las dependencias y entidades de la administración pública federal y de los poderes de la Unión; a las dependencias y entidades de la administración pública en los estados y municipios y a su trabajadores; así como a los diputados y senadores que durante su mandato se incorporen individual y voluntariamente. ¹¹⁸

3. El Instituto de Seguridad Social Para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM)

La fracción XIII del apartado B del artículo 123 constitucional establece las bases para la creación de la seguridad social de las fuerzas armadas mexicanas, al establecer que “Los militares, marinos, se regirán por sus propias leyes. El Estado proporcionará a los miembros en activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, las prestaciones a las que se refiere el inciso f) de la fracción XI de este apartado, en términos similares y a través del organismo encargado de la seguridad social de los componentes de dichas instituciones”. ¹¹⁹

A su vez, el ISSAFAM es una institución que proporciona seguridad social a los miembros en activo y en situación de retiro de las fuerzas armadas, sus

¹¹⁷ *Ibidem*, pág. 34.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ *Idem*, pág. 38.

derechohabientes, pensionistas y beneficiarios. Esto incluye a miembros de la Secretaría de la Marina (Semar) y Secretaría de la Defensa Nacional (Sedena). Sus beneficios son parecidos a los del IMSS y a los del ISSSTE.¹²⁰

Conforme a la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (LISSFAM) publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de julio del 2003, el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas es un organismo público, descentralizado federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio.¹²¹

Ahora bien, entre sus funciones se encuentran las siguientes:

1. Otorgara las prestaciones y administrar los servicios a su cargo que la LISSFAM le encomienda;
2. Administrar su patrimonio exclusivamente para el fin señalado en la presente ley;
3. Administrar los fondos que reciba con destino específico, aplicándolos a los fines previstos;
4. Administrar los recursos del Fondo de la Vivienda para los miembros del activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, a fin de establecer y operara un sistema de financiamiento que les permita obtener crédito barato y suficiente para:
 - a) La adquisición en propiedad de habitaciones cómodas e higiénicas, incluyendo las sujetas al régimen de condominio;
 - b) La construcción y reparación, ampliación o mejoramiento de sus habitaciones, y
 - c) El pago de pasivos contraídos por los conceptos anteriores.
5. Coordinar y financiar con recursos del Fondo de la Vivienda programas de construcción de habitaciones destinadas a ser adquiridas en propiedad por los miembros del Ejército, Fuerza Aérea y Armada;

¹²⁰ Cano Valle, Fernando, *op.cit.*, pág. 224.

¹²¹ Sánchez Castañeda, Alfredo, *op. cit.*, pág. 38.

6. Adquirir todos los bienes muebles e inmuebles necesarios para la realización de sus cometidos.
7. Invertir sus fondos de acuerdo con las disposiciones especiales de esta Ley;
8. Realizar toda clase de actos jurídicos y celebrar los contratos que requiera el servicio;
9. Organizar sus dependencias y fijar la estructura y funcionamiento de las mismas;
10. Expedir el estatuto orgánico, manuales, normas y procedimientos interiores para la debida prestación de los servicios y para su organización interna;
11. Difundir conocimientos y orientaciones sobre prácticas de previsión social, y;
12. Las demás que le confieren las leyes y reglamentos.¹²²

2.4 Reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio del 2011.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos promulgada en junio de 2011 tiene una importante dimensión internacional y está llamada a ejercer un notable impacto en la conducción de la política exterior de México por diversas vías. Primero, todo el basamento jurídico de los tratados internacionales en materia de derechos humanos se precisa su rango de jerarquía constitucional; a su vez, se establece que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y los propios tratados. Segundo, se introduce en el artículo 89, fracción X, “el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos” como principio normativo que debe guiar la conducción de la política exterior.¹²³

¹²²Consultada en: www.diputados.gob.mx/

¹²³ Carbonell Sánchez, Miguel, y Salazar Ugarte, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, pág. 1. <https://biblio.juridicas.unam.mx>

Sin duda alguna, esta reforma representa un parteaguas en lo conducente a la política exterior de México, además de la preocupación por los derechos fundamentales; base de todo Estado de Derecho.

Precepto que ahora dispone que:

Artículo 1º.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo en las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.¹²⁴

2.4.1 Obligaciones generales derivadas de la Observación General número 3

Tradicionalmente se ha considerado que las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales son fundamentalmente tres: respetar, proteger y realizar.¹²⁵

La obligación de respetar: Significa que el Estado lo que incluye a todos sus organismos y agentes, sea cual sea el nivel de gobierno en el que se encuentren y

¹²⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, [https://www.juridicas.unam.mx/...](https://www.juridicas.unam.mx/)

¹²⁵ Carbonell, Miguel y Ferrer Mac- Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Edit. Flores -UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pág. 34. biblio.juridicas.unam.mx

sea cual sea la forma de organización administrativa que adopten, debe de abstenerse de hacer cualquier cosa que viole la integridad de los individuos, de los grupos sociales o ponga en riesgo sus libertades y derechos; lo anterior, incluye el respeto del Estado hacia el uso de los recursos disponibles para que los sujetos de los derechos puedan satisfacer estos derechos por los medios que consideren más adecuados. ¹²⁶

La obligación de proteger: Significa que el Estado debe tomar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos sociales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones (como lo podría ser la creación de procesos jurisdiccionales o sistemas de tutela administrativa) sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho. ¹²⁷

La obligación de cumplir o realizar: Significa que el Estado debe de adoptar medidas activas, incluso acciones positivas a favor de grupos vulnerables, para que todos los sujetos de los derechos tengan la oportunidad de disfrutar de ellos cuando no puedan hacerlo por sí mismo. ¹²⁸

Las obligaciones de los poderes públicos en materia de derechos sociales que genéricamente se acaban de describir han sido detalladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General número 3.

2.5 Declaración Universal de los derechos humanos

El derecho a la protección de la salud se encuentra recogido en diversos pactos internacionales de derechos humanos, entre los cuales conviene citar al menos los

¹²⁶ *Ibidem*, Pág. 35.

¹²⁷ *Idem*

¹²⁸ *Idem*

siguientes: El artículo 25 de la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948 dispone 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; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.¹²⁹

2.6 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 establece en su artículo 12 que:

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 de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene en el trabajo y del medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, 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.¹³⁰

2.7 Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

¹²⁹Consultada en: www.un.org

¹³⁰ Consultada en: www.ohhr.org

Por su parte, el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Protocolo de San Salvador), dispone en su artículo 10 lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.¹³¹

2.8 Interpretación del Comité de Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU sobre el Derecho a la Salud.

¹³¹ Consultada en: www.oas.org

En primer término, el Comité subraya que el derecho a la salud debe ser entendido como un derecho muy amplio, a partir del cual se genera no solamente la posibilidad de contar con atención médica en caso de enfermedad:

Sino que abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.¹³²

De esta forma, el Comité interpreta este derecho de manera extensiva, puesto que a su consideración el derecho a la salud no solamente se refiere a estar sano sino que involucra una gama de diversos derechos fundamentales complementarios para el desarrollo del ser humano.

El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.¹³³

Asimismo señala que el derecho a la salud, en todas sus formas y niveles, comprende ciertos elementos esenciales e interrelacionados, que son los siguientes:

a) Disponibilidad: cada Estado parte debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.

¹³²Carbonell, Miguel y Ferrer Mac- Gregor, Eduardo, op. cit., pág. 13.

¹³³ *Ibidem*, pág. 16.

b) Accesibilidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado. La accesibilidad comprende cuatro distintas dimensiones: a) no discriminación; b) accesibilidad física, de forma que los establecimientos, bienes y servicios estén al alcance geográfico de todos los sectores de la población, particularmente en el caso de los grupos vulnerables o marginados; c) accesibilidad económica (asequibilidad), lo que implica que los servicios de salud estén económicamente al alcance de todos, para lo cual hay que tener en cuenta las siguientes palabras del Comité:

Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos; d) acceso a la información, lo que comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud.

c) Aceptabilidad: es decir, que los establecimientos, bienes y servicios sean respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, para lo cual se deberá ser sensible a los requisitos de género y del ciclo de la vida, así como respetar la confidencialidad e intimidad de las personas de que se trate.

d) Calidad: de forma que, además de ser culturalmente aceptables, los servicios médicos sean apropiados desde el punto de vista científico, para lo cual se requiere personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

2.8.1 Observación General número 3

La mencionada Observación, toma como punto de partida el texto del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece lo siguiente:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.¹³⁴

Aunque en su conjunto sea de máximo interés, del artículo transcrito conviene preliminarmente subrayar tres expresiones:

- a) Todo Estado Parte, “se compromete a tomar medidas ... por todos los medios apropiados”;
- b) “Hasta el máximo de los recursos de que disponga”; y
- c) “Para lograr progresivamente”.¹³⁵

2.9 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

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

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia

¹³⁴ Consultado en: <http://www.ohchr.org/>

¹³⁵ Carbonell, Miguel y Ferrer Mac- Gregor, Eduardo, op. cit., pág. 36.

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.¹³⁶

Así por ejemplo, a partir del derecho a la salud, corresponde al Estado asegurar la asistencia médica una vez que la salud, por la causa que sea, ha sido afectada; esto es lo que se llama el “derecho a la atención o asistencia sanitaria.”¹³⁷

2.9.1 Obligaciones específicas con base a la Observación General número 14 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En este apartado se desarrollan las obligaciones de carácter específico respecto al derecho a la salud. Por lo tanto, el Comité señala que los Estados deberán cumplir con las siguientes obligaciones:¹³⁸

Obligación de respetar: abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas... los Estados deberán abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto, así como impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud.

La obligación de proteger: Adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y

¹³⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, [https://www.juridicas.unam.mx/...](https://www.juridicas.unam.mx/)

¹³⁷ Carbonell, Miguel y Carbonell, Miguel, *El derecho a la salud: Una propuesta para México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pág. 2. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3274/3.pdf>

¹³⁸ Carbonell Sánchez, Miguel, y Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, pág. 91 y 92.

otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología. Los Estados también tienen la obligación de velar por que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación de la familia; impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales, por ejemplo a la mutilación de los órganos genitales femeninos; y de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género. Los Estados deben velar asimismo porque terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud.

Obligación de Cumplir: Los Estados deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso igual a todos los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas. La infraestructura de la sanidad pública debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales. Los Estados tienen que velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico, la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud, así como por la promoción y el apoyo a la creación de instituciones que prestan asesoramiento y servicios de salud mental, teniendo debidamente en cuenta la distribución equitativa a lo largo del país. Otras obligaciones incluyen el establecimiento de un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos

La obligación de promover: Requiere de medidas positivas por parte de los poderes públicos; dichas medidas comprenden, a juicio del Comité, lo siguiente: a) fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro de resultados positivos en materia de salud; por ejemplo, la realización de investigaciones y el suministro de información; b) velar por que los servicios de salud sean apropiados

desde el punto de vista cultural y el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados; c) velar por que el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como acerca de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios, y d) apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud.

2.10 Ley General de Salud

Indudablemente la ley que desarrolla los mandatos del art. 4º constitucional es citada Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984 y que ha sufrido diversas reformas con posterioridad.

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

- I. El bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;
- II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación, y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;
- IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;
- V. El disfrute de servicios de salud y asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;
- VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.¹³⁹

¹³⁹ Consultada en: www.salud.gob.mx

CAPÍTULO III

LA SUBROGACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD VIGENTES

3.1 El derecho humano a la protección de la salud

A fin de abordar lo relativo al derecho humano a la protección de la salud, tema de estudio de la presente investigación, referiremos en primer lugar, qué se entiende por la palabra “salud”.

Según el Poder Legislativo Federal, la salud...¹⁴⁰

No se constriñe ni se limita a evitar o recuperarse de los quebrantamientos físicos, sino que comprende el disfrute de posibilidades de acción que permitan el ya aludido desarrollo, entendido por éste no sólo el bienestar e integridad físicos, sino también el enriquecimiento intelectual y la superación en todos los órdenes, esto es, la comodidad genérica a que se refirió el Constituyente de Apatzingán.

Por su parte, el Diccionario de la Lengua Española la ha definido como:

(Del lat. *salus, utis*.) F. Estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones. 2. Condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado.¹⁴¹

Ahora bien, en la Ley General de Salud artículo 1º Bis, la salud se entiende como:

Un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. (Artículo adicionado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2013).¹⁴²

¹⁴⁰ Salazar Ugarte, Pedro. Et al; *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, p. 15.

¹⁴¹ Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª. ed., Madrid, Espasa Calpe. 2017.

¹⁴² <https://www.juridicas.unam.mx>

La salud es un elemento fundamental en la vida individual y colectiva de los sujetos. Así mismo es un eje transversal que cruza todas las dimensiones y problemáticas de la existencia humana.¹⁴³

Es fundamental entender que la salud es un derecho no solo humano sino también social, es decir, que su garantía es de naturaleza política. La organización Mundial de la Salud (OMS) asume de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Naciones Unidas (DESCA) que el derecho a la salud incluye cuatro elementos: *calidad, disponibilidad, accesibilidad y aceptabilidad*.¹⁴⁴

Derivado de lo anterior la OMS define a la salud como: “un Estado de bienestar físico, psíquico y social, tanto del individuo, como de la colectividad”.¹⁴⁵

Por otro lado, el constituyente de 1917 incorporó en la Norma Fundamental diversos derechos sociales, principalmente dirigidos a la clase trabajadora, entre los que se establecieron disposiciones en materia de higiene, seguridad para prevenir accidentes de trabajo y salud; con esta base constitucional se fueron creando las diferentes instituciones de seguridad social que hoy son de gran importancia.

Posteriormente, con el fin de elevar el derecho a la protección de la salud a rango constitucional, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de febrero de 1983, se adiciono un párrafo al artículo 4º; así, esta prerrogativa se traduce en la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud, responsabilidad que comparten el Estado, la sociedad y a su vez, los interesados con base en criterios de capacidad contributiva y redistribución del ingreso.¹⁴⁶

¹⁴³ Lozano Villanueva, *Una reflexión crítica sobre la salud de los mexicanos*, en López Cervantes, Malaquías, (Comp.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pág. 29.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pág. 33.

¹⁴⁵ Carbonell, Miguel y Carbonell, Miguel, *op.cit.*, pág. 42.

¹⁴⁶ Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, pág. 18.

No obstante, con la reforma a la Constitución Federal en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, se amplía el catálogo de derechos al reconocerse tanto los que son parte de la Norma Suprema, como los contemplados en los tratados internacionales, que en su conjunto conforman el parámetro de control de regularidad constitucional, lo que conllevó el compromiso de todas las autoridades del Estado mexicano a *promover, proteger y garantizar* los derechos humanos y prevenir, investigar, sancionar y reparar su violación, tal como lo establece el párrafo tercero del artículo 1º constitucional.

Es así, como en este contexto el derecho humano a la protección a la salud, consiste en un derecho social e individual, del que gozan todos los mexicanos. Es por ello, que es obligación del Estado establecer los mecanismos necesarios para que todos los ciudadanos puedan acceder a dichos servicios y a la asistencia médica, bajo condiciones de igualdad y costos accesibles.

A su vez, es prudente señalar que la salud como derecho fundamental requiere de otros aspectos para que el ser humano pueda disfrutar de un verdadero derecho a la salud.

TABLA 2: REQUISITOS PARA LA SALUD

La paz: El uso de medios pacíficos para la resolución de los conflictos surgidos de la convivencia entre individuos o poblaciones, garantiza las condiciones mínimas para la reproducción biológica y social de los grupos humanos.

La educación: Permite a los individuos asumir un papel activo en sus procesos de *salud* y enfermedad, así como en el mejoramiento de sus condiciones materiales de existencia.

La vivienda: Disponer de un espacio vital suficiente y adecuado, *tener acceso al suministro de agua potable y a los servicios de saneamiento básico*, resulta fundamental para el bienestar físico y mental del ser humano.

La alimentación: La lactancia materna al inicio de la vida y el insumo de los nutrientes suficientes y necesarios para el desarrollo del ser humano, son por lo

tanto determinantes de la salud individual y colectiva.

El ingreso: Los bajos estándares nutricionales, la vivienda inadecuada y el acceso restringido a los servicios asistenciales que están asociados a la pobreza, son tal vez los factores más obvios asociados a los procesos de salud y enfermedad.

Un ecosistema estable: Resulta importante para mantener y mejorar la salud de las personas, armonizar el desarrollo con la protección de la naturaleza.

La justicia social: Las políticas económicas conducentes al crecimiento sostenido se cuentan entre los instrumentos más importantes que los gobiernos pueden utilizar para mejorar las condiciones de salud de los ciudadanos.

La equidad: Todos los seres humanos deben tener oportunidades para realizar su potencial de salud; nadie debe estar desfavorecido para lograrlo, en tanto pueda evitarse. El Estado debe invertir los recursos disponibles para garantizar igual acceso a la atención disponible e igual utilización de los servicios, para iguales necesidades, así como igual calidad de atención para toda la población.

Fuente: Ochoa Doris. Et al., *ABC de la descentralización de la salud*, Colombia, Ministerio de Salud República de Colombia, 1993, pág. 16.

A su vez, en la observación general número 14 (2000) establece que “*la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos*”. Al respecto el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales insisten en la interdependencia de la salud con otros derechos humanos como: derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Para el Comité, esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud.¹⁴⁷

¹⁴⁷ *Observación General N° 14 (2000) ‘El derecho del más alto nivel posible de salud’.*

Por lo anterior, el derecho a la salud puede dividirse en dos grande grupos, tal como se muestra en la **tabla 3** ubicada en la página 15 de la obra: Medicina y estructuras jurídico- administrativas en México. Hacia la reforma integral del sistema de salud mexicano de Fernando Cano Valle.

TABLA 3: Determinantes para el derecho a la salud

DERECHO A LA SALUD	
<i>Determinantes básicos para la salud</i>	<i>Cuidado de la salud</i>
<p>Políticas públicas de prevención, difusión y promoción, saneamiento público, cuidado del medio ambiente, y salubridad. Estos determinantes básicos de la salud se pueden dividir en los siguientes grupos:</p> <p>a) Condiciones sanitarias del entorno: agua potable, drenaje, alcantarillado, pavimentación, entre otros.</p> <p>b) Condiciones biológicas: epidemias, principales causas de muerte, expectativa de vida, enfermedades nuevas, entre otros.</p> <p>c) Condiciones socioeconómicas: nutrición, vivienda, condiciones sanitarias sanas, drogadicción, alcoholismo,</p>	<p>Servicios materiales y humanos de salud que se prestan, así como las políticas públicas que se adoptan para afrontar la enfermedad y sus efectos; y que se pueden dividir de la siguiente manera:</p> <p>a) Sistemas de salud. Se refiere a los elementos materiales y humanos necesarios para la atención de la salud, como lo son los hospitales, clínicas, medicamentos, profesionales de salud, seguros en caso de enfermedad, invalidez o vejez, entre otros.</p> <p>b) Políticas públicas encaminadas al ciudadano de la salud como programas, sean públicos, privados o mixtos, y los recursos</p>

<p>enfermedades relacionadas con la pobreza, entre otros.</p> <p>d) Condiciones ecológicas: emisión de contaminantes, contaminación del agua, cuidado de los recursos naturales, entre otros.</p> <p>e) Acceso a la información, sobre cuestiones relacionadas con la salud.</p> <p>f) Condiciones de violencia y conflictos armados.</p>	<p>económicos del Estado destinados a la salud, entre otros.</p>
---	--

Por ende, al encontrarse el derecho a la salud dentro de nuestra Carta Magna se busca el acceso a esos servicios de salud. Derivado de lo anterior, las acciones deben de estar encaminadas a proteger, promover y restaurar la salud de las personas y de la colectividad; y a su vez, mejorar la adecuación de las instalaciones en donde se otorgue un trato digno, sumándole la prestación y el suministro de medicamentos necesarios para atender un padecimiento. Es por ello, que el Estado mexicano tiene la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos con que cuente.

Sin embargo, la realidad es otra hoy en día en nuestro país, pues; en la mayoría de los casos las instituciones carecen de equipos médicos, medicamentos y qué decir del servicio. Cabe mencionar, que nuestros propios gobernantes se han encargado de llevar a la quiebra las instituciones de seguridad social, todo ello con el objetivo de justificar la implementación de un nuevo modelo de salud, en donde obviamente participará la iniciativa privada.

No obstante, la constitucionalización de este derecho humano no ha logrado alcanzar el nivel más alto posible de salud, y una seguridad social adecuada que comprende; los tipos de atención médica.¹⁴⁸

3.2 Estado benefactor

México es una república federal, democrática y representativa que, por disposición expresa en el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus políticas económicas y sociales ha asumido un carácter de *Estado Benefactor*; de tal manera que todo lo que atañe al poder público el cual dimana originariamente del pueblo, como real soberano del poder en una democracia, deberá instituirse siempre, por disposición constitucional expresa, en su beneficio.¹⁴⁹

El Estado benefactor puede ser entendido en al menos cuatro campos, como *salud, educación, vivienda y alimentación*. Generalmente el Estado es el creador, regulador y administrador de estos sistemas, aunque en algunos casos delega esta última función al sector privado. La forma más precisa que toma esta participación gubernamental puede ser mediante subsidios a precios, transferencias de ingresos, mediante la producción directa de bienes y servicios, u obligando a los individuos a adquirir el seguro correspondiente.¹⁵⁰

Ruiz Moreno, nos señala que es lo que se entiende por Estado Benefactor “Es aquel Estado en que el poder organizado se utiliza deliberadamente (por medio de la política y de la administración) en un esfuerzo por modificar de las fuerzas del mercado, al menos en tres direcciones: primera garantizando a los individuos y a su familias un ingreso mínimo, cualquiera que sea el valor de mercado de su propiedad; segundo, estrechando el margen de inseguridad al permitir que individuos y familias hagan frente a ciertas contingencias sociales; y tercero, asegurando que se ofrezcan a todos los ciudadanos, sin distinción de categoría o

¹⁴⁸ Briceño Ruiz, Alberto, *op.cit.*; pág. 141.

¹⁴⁹ Ortiz Magallón, Rosario (coord.), *Diez años de reformas a la seguridad social en México. Balance, perspectivas y propuestas*, México, Offset Universal, S. A., 2008, pág. 9.

¹⁵⁰ Solís Soberón Fernando, *La seguridad Social en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pág. 22.

clase, los mejores niveles disponibles en relación con cierta gama, ya establecida, de servicios sociales.¹⁵¹

Por eso, el llamado Estado de bienestar resulta necesario entenderlo en su exacta dimensión, consistente, a nuestro juicio, en la *intervención directa de los órganos de gobierno, en el ejercicio de su poder soberano, para imponer como política prioritaria el establecimiento de medidas económicas jurídicamente diferenciadas a favorecer los sectores sociales menos privilegiados.*¹⁵²

De hecho el Estado de bienestar surge precisamente para abatir la miseria y la enorme brecha entre los pocos que tenían mucho y lo muchos que tenían poco, con un eje “redistribuidor de la riqueza” en la búsqueda de un bienestar común; nace como tal en el año de 1929, a raíz de la gran depresión económica que resisten los Estados Unidos de Norteamérica, al hallarse inmerso el país en la peor crisis financiera de su historia. Es entonces, cuando su presidente Franklin Delano Roosevelt resuelve imponer una nueva estrategia político-social con un fin preponderantemente económico: *El New Deal o Nuevo Pacto Social, enmarcando una serie de nuevas disposiciones concretas* como: salarios suficientes, seguridad social y salud pública, educación y cultura a desposeídos, obra pública para los marginados, construcción de vivienda popular y apoyo de financiamiento a campesinos.¹⁵³

3.3 Concepto de Subrogación

Roca Sastre la define como aquella figura en virtud de la cual la situación jurídica que en cierto aspecto califica o afecta a una cosa concreta pasa a calificar o a afectar en igual sentido a la otra cosa que haya remplazado o sustituido aquella, cuando la misma haya sido objeto de enajenación o pérdida.¹⁵⁴

¹⁵¹ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *op. cit.*, pág. 69.

¹⁵² *Ibidem*, pág. 71.

¹⁵³ *Ibidem*, pág. 72.

¹⁵⁴ Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, Espasa, 1999, pág. 936.

3.4 Privatización de la Seguridad Social

La reforma a la Ley del Seguro Social en 1995 y su aplicación a partir del 1º de julio de 1997, abrió el debate sobre el impacto de la privatización de uno de los ejes constitucionales que construyeron el Estado moderno mexicano: los derechos sociales, entre los que se encuentra la seguridad social.¹⁵⁵

Entre las razones que se esgrimieron para llevar a cabo esta reforma fueron las siguientes. Hablaron de una crisis estructural de la seguridad social, y el entonces presidente de México; Ernesto Zedillo ofreció un cambio que preservaría los principios de la seguridad social mexicana, y así, evitar la quiebra del Instituto Mexicano del Seguro Social.¹⁵⁶

No obstante, con la presente reforma se llevó a cabo la privatización de la seguridad social, pues se estableció que las pensiones de los trabajadores pasaran al dominio de los bancos privados y, por ley se abrió la posibilidad de la subrogación de servicios de seguridad social a prestadores privados. Es claro, que se trata de un instrumento que atiende a necesidades financieras del Estado y que procura beneficios gratuitos a la Banca Privada, y en la remota lejanía, una oferta de ahorro para los trabajadores; pues los únicos beneficiados son los bancos privados, los cuales otorgan una cantidad muy de bajo a lo que legalmente corresponde.

La citada reforma ofrece un sistema de ahorro en donde la seguridad social brilla por su ausencia, pues los hechos hoy en día hablan por sí mismos sobre el resultado de la reforma impuesta por la tecnocracia neoliberal.¹⁵⁷

3.5 El modelo privatizador en los sistemas de salud

¹⁵⁵ Briceño Ruiz, Alberto, *Derecho mexicano de los seguros sociales*, Harla, México, 2000, p. 58.

¹⁵⁶ Briceño Ruiz, Alberto, *op. cit.*, p. 201.

¹⁵⁷ De Buen L, Néstor, *Seguridad social*, México, Porrúa, 1995, p. 195.

Las reformas estructurales que están sucediendo hoy en día, atentan contra el Estado de Derecho, pues es claro que el Estado pretende delegar sus responsabilidades con la sociedad; en ámbitos de salud y seguridad social, mediante el nuevo modelo de salud. Por consiguiente, autorizaría a la iniciativa privada a manejar el acceso a estos derechos, colocándolos en un plano de difícil acceso.

Por otra parte, el Banco Mundial tiene grandes intereses en las reformas llevadas a cabo en México, pues pretende implementar la transformación de un modelo público a un modelo privado de mercado. Su propuesta está claramente delineada, pues tras otorgar a México un préstamo de 700 millones de dólares a cambio de intervenir en el *Sistema de Salud Mexicano*.¹⁵⁸

Derivado de lo anterior, la propuesta bancomundialista consiste en que el mercado es el mejor asignador de recursos que el Estado y, por tanto, es preciso reducir la responsabilidad del Estado a garantizar los “servicios públicos” de salud.

Sin embargo, el verdadero motivo de privatizar la salud tiene una razón, y esa razón se basa en que la salud constituye una actividad económica muy relevante, y en la lógica de la *doctrina neoliberal* es demasiado importante para que esté en manos del Estado.

Es preciso señalar que, el relator especial de las Naciones Unidas sobre extrema pobreza, **Philip Alston**, señaló que dicha privatización provocaría una mayor marginación de aquellos que viven sumidos en la pobreza. **Alston**, criticó que esa ola de privatización ha sido impulsada, “**no solo por los gobiernos y por el sector privado sino también por organizaciones internacionales como el FMI y el Banco Mundial**”.¹⁵⁹

Lo que realmente busca el Banco Mundial es privatizar el derecho humano a la salud, para comenzar a generar ganancias millonarias, y por consiguiente, ser los que manejen los servicios públicos de salud. De llevarse a cabo, estaríamos

¹⁵⁸ Ortiz Magallón, Rosario (coord.), Diez años de reformas a la seguridad social en México. Balance, perspectivas y propuestas, México, Offset Universal, S. A., 2008, p.81.

¹⁵⁹ <http://www.Ir21.com.uy/mundo/1383>

enfrentándonos ante una inminente transformación profunda al derecho humano a la salud; pues dejaría de ser reconocida como una necesidad humana básica, y sobre todo como una garantía individual y como un derecho social.

Así mismo, significaría el abandono del valor a la salud como derecho humano y, condición de una vida plena y además, el establecimiento de nuevas prioridades en el sistema de salud. A su vez, el alejamiento o negación de la justicia social y la rearticulación del ámbito institucional.¹⁶⁰

Esto fue lo que se planteó con la reforma a la Ley del Seguro Social y se intenta culminar con la reforma a la salud que busca la “universalización de la atención médica” para toda la población. Si bien es cierto, que la actual iniciativa presentada en Palacio Legislativo de San Lázaro, el jueves 28 de abril de 2016 Número 4518-XXVI- pretende ampliar el aseguramiento de toda la población, su principal objetivo es llevarlo a cabo mediante la subrogación de los servicios de salud y las concesiones de obras. Por consiguiente, se está omitiendo el hecho de que los seguros van a ser administrados por aseguradoras privadas.

Actualmente, la presente iniciativa fue presentada por el titular del Poder Ejecutivo Federal, que pretende reformar disposiciones de la Ley General de Salud para dar cabida a las Asociaciones Público –Privadas, de esta manera el gobierno federal contrataría a empresas privadas para que construyan y operen hospitales. Así mismo, estas empresas se encargarían de brindarnos los servicios públicos correspondientes a la salud y a su vez, el Estado le destinaría los recursos públicos para su operación.

Por su parte, el actual secretario de salud José Narro Robles rechaza los rumores del carácter privatizador de la reforma, calificando de “discursos” las distintas voces que se han manifestado en contra de la universalidad de la salud.

Por otra parte, basta con echar un vistazo a las reformas neoliberales de los servicios de salud más acabadas en América Latina como son el caso de Chile y

¹⁶⁰ De Buen L, Néstor, *op.cit.*, p. 163.

Colombia; pues, en ambos casos está plenamente reconocido que estas reformas requieren cambios profundos.

Los principales problemas en los países mencionados con anterioridad son: que las reformas no han resuelto al acceso a los servicios de salud en caso de necesidad; se ha generado una nueva segmentación de los servicios con la consecuente inquietud; los servicios de salud pública y colectiva han retrocedido gravemente; el costo de los servicios ha crecido muy rápido y la calidad no ha mejorado consistentemente. En suma, los servicios de salud y regulación son muy deficientes.¹⁶¹

Sin duda alguna, el nuevo arreglo institucional que pretendía llevar a cabo Enrique Peña Nieto no resolvería para nada la situación en decadencia de la seguridad social en nuestro país y, más aún la deprimente decadencia de la salud de los mexicanos. Por lo tanto, se considera que el verdadero problema consiste en la indebida utilización de los fondos públicos de la seguridad social para fines diferentes a aquellos para los cuales se establecieron.

3.5.1 Proyecto de decreto que reforman y adicionan diversas disposiciones a la Ley General de Salud

El jueves 28 de abril del 2016 el titular del Poder ejecutivo, presento un proyecto con el objetivo de reformar y adicionar diversas disposiciones a la Ley General de Salud, documento que se agregará a la investigación como **anexo numero 1**.

En la exposición de motivos, hacen referencia a la salud como la piedra angular; en la que cualquier Estado dotado de justicia social, debe basar su crecimiento y estabilidad.

Por otra parte, derivado de la reforma constitucional del 2011 se ha re direccionado el derecho a la salud como un *derecho social*, de tipo **programático, declarativo y sin carácter vinculante**.

¹⁶¹ Ortiz Magallón, Rosario, *op. cit.*, p.85.

Como consecuencia el derecho a la salud ha evolucionado y generado obligaciones frente al Estado, todo ello con la finalidad de garantizarlo tal y como lo estipula la propia Constitución y además hacerlo viable hablando jurisdiccionalmente a través del *amparo y la tutela*.

Dentro de la exposición de motivos hablan del Programa Sectorial de Salud 2013-2018, el cual entre sus objetivos planea “**avanzar en la construcción de un Sistema Nacional de Salud Universal bajo la rectoría de la Secretaría de Salud**”, y establece como una de sus estrategias, “**fortalecer la regulación en materia de salubridad general**”, para tal efecto tienen como objetivo el *establecimiento de:*

- Una unidad administrativa que regule y verifique la calidad de los servicios que prestan los establecimientos de salud.
- Reglas para los prestadores de servicios de salud
- Por lo cual la creación e implementación de dichos instrumentos contribuirán a dotar de certidumbre y confianza a la sociedad sobre los servicios de salud
- La creación de la Comisión Federal para la Regulación y Vigilancia de los Establecimientos y Servicios de Atención Médica, como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud
- Este órgano fomentaría la construcción de un nuevo modelo uniforme para todos los habitantes del país, favoreciendo a la Universalidad en los servicios de salud.
- La Comisión se encargaría de la vigilancia y control sanitarios de los servicios de atención médica, así como de los establecimientos en los que se prestan dichos servicios.

Asimismo, dicha Comisión estará cargo de informar al Consejo de Salubridad General sobre los resultados que obtenga de la vigilancia que lleve a cabo en los establecimientos que se encuentren certificados por este, así como, cuando se identifiquen irregularidades en la prestación de los servicios o en relación con los propios establecimientos.

Esto facilitará a dicha Comisión a vigilar y controlar de mejor manera los establecimientos de prestación de servicios médicos.

A continuación se muestra una tabla que resume la iniciativa de reforma presentada en el Palacio Legislativo San Lázaro.

TABLA 4: Proyecto de decreto que reforman y adicionan diversas disposiciones a la Ley General de Salud

INICIATIVA	TURNO A COMISIÓN	SINOPSIS	PENDIENTE
<p>83. Proyecto de decreto que reforman y adicionan diversas disposiciones a la Ley General de Salud.</p> <p>Proponente: Ejecutivo Federal (Ejecutivo)</p>	<p>Fecha de presentación: 28-Abril-2016</p> <p>- Salud</p>	<p>Crear la Comisión Federal para la Regulación y Vigilancia de los Establecimientos y Servicios de Atención Médica como órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud.</p>	<p>Publicación en Gaceta: 28-Abril-2016</p>

3.5.2 Programa para el impulso de las asociaciones público privadas en los Estados Unidos mexicanos

El Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos (PIAPPEM) es un documento instituido por el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN), del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el cual se encarga de brindar apoyo técnico y financiero a las entidades federativas de México, todo ello con el objetivo de crear las *condiciones jurídicas, institucionales y técnicas* necesarias para el desarrollo de Proyectos de Asociación Público-Privada de carácter estatal, a través de mecanismos alternativos a la inversión pública tradicional con el fin de que ofrezcan infraestructura y servicios.

A su vez, los proyectos de las APP están encaminados a brindar ayuda a las administraciones en los siguientes casos:

- Transferir riesgos, los cuales serian atendidos de mejor manera por el sector privado.
- Mejorar la planificación de la inversión.
- Disminuir la presión presupuestaria los gobiernos de las entidades federativas.

Hoy en día la República Mexicana ya ha desarrollado proyectos con las APP, bajo distintas modalidades; las cuales se muestran el documento marcado como **anexo numero 2**. En este documento se encuentra un apartado denominado Proyectos para la Prestación de Servicios (PPS). Consecutivamente en esta modalidad se encuentra estipulado, Hospitales Regionales de Alta Especialidad del Bajío y de Cd. Victoria.

Finalmente, al concluir el documento se encuentra una leyenda la cual indica que es un Programa patrocinado por el Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo, el cual dirige sus políticas bajo un interés monetario que más adelante se detallan en el apartado comparativo con Colombia.

3.5.3 Acuerdo Nacional Hacia la Universalización de los Servicios de Salud

El documento denominado “**Acuerdo Nacional Hacia la Universalización de los Servicios de Salud**” **anexo 3** firmado el 07 de abril del 2016, comienza desarrollando una breve introducción sobre lo que es la salud, así mismo manifiesta que este derecho humano se encuentra consagrado dentro de nuestra Carta Magna bajo los principios de: *Universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*.

No obstante, en el apartado indicado con el número **II** se menciona que el principal problema con el que cuenta la población para acceder a la protección en salud son los siguientes:

- **Segmentación en múltiples subsistemas**
- **Instituciones verticalmente integradas**

Por ende, el referido documento señala que los problemas descritos anteriormente obstaculizan la eficacia del gasto en el sistema público de salud. Asimismo, mencionan que la segmentación por grupos de población, representa el verdadero origen de la inequidad en el sistema de salud, tanto en términos de financiamiento como de acceso a los servicios públicos, lo cual desemboca en una prestación de servicios diferenciado en cuanto a cobertura y calidad.

Cabe señalar que el citado documento, hace alusión al “**factor presupuestario**”, pues menciona que a pesar del “**incremento de los recursos en salud**” subsisten otros problemas como lo es la *Evaluación a fondo del Sistema de Salud que permita asegurar un acceso efectivo a los servicios de salud.*

Sin embargo, este documento tiene como objetivo re direccionar los recursos públicos a través de acciones articuladas y ordenadas de la Secretaria de Salud, *las Instituciones de Seguridad Social y los Prestadores de Servicios de Salud de las entidades federativas.*

Ahora bien, en el apartado numero **IV** se establecen los compromisos entre los que se encuentran los siguientes:

- Solidaridad y corresponsabilidad de la Secretaría de Salud, las Instituciones de Seguridad Social y los prestadores de Servicios de Salud de las entidades federativas.
- Alentar la construcción de un modelo de atención homogéneo, entre Secretaría de Salud, las Instituciones de Seguridad Social y los prestadores de Servicios de Salud de las entidades federativas.
- Celebración de instrumentos jurídicos entre las diversas instituciones del sector público, en los que se establezcan los compromisos, términos y condiciones, así como las formas de pago, con las que se garantizará la atención médica, sin tomar en cuenta su afiliación o derechohabencia.

Finalmente, el verdadero trasfondo del presente documento está encaminado hacia los *Prestadores de Servicios* quienes conjuntamente con la Secretaria de de Salud y las Instituciones de Seguridad Social se encargaran de proporcionar y hacer efectivo el derecho humano a la salud.

Además, los gobernadores de la Republica Mexicana que firmen el Acuerdo se comprometen a que, tanto dependencias como organismos públicos descentralizados se pueden adherir al mismo en cualquier tiempo.

En suma, los firmantes del presente acuerdo, se obligan a celebrar instrumentos jurídicos idóneos para fortalecer los compromisos del Acuerdo. No obstante, este documento lo que realmente pretende es dar **certeza jurídica** a las **Asociaciones Publico Privadas** para que puedan operar con cabalidad en las entidades federativas, vendiéndonos la idea de que este documento está encaminado en hacer efectiva la protección al derecho a la salud, bajo la arista de la **“Universalización”**.

Por otra parte, el gobierno pretende esconder una verdad a todas luces; como lo es el bajo presupuesto destinado a la salud, haciéndonos creer que el verdadero problema consiste en la *segmentación y en múltiples subsistemas* que han ocasionado un freno para que se cumpla lo estipulado en artículo 4º Constitucional.

3.5.4 Programa Sectorial de Salud 2013-2018

Dentro del Plan Sectorial de Salud se visualiza a la salud como uno de los componentes fundamentales del capital humano, además se menciona la intención de de llevar a cabo la transformación del Sistema Nacional de Salud, puesto que los servicios de salud se encuentran fragmentados, así como la operación diferenciada de infraestructura y recursos.

Derivado de lo anterior, el Gobierno pretende cimentar las bases de un Sistema Nacional de Salud Universal, en donde el esquema de atención sea homogéneo además de que exista una operación integrada y una mayor coordinación entre las distintas instituciones de salud.

En este documento describen al derecho a la salud, como un derecho independiente y no exclusivo del derecho laboral.

El Plan Sectorial de Salud 2013-2018 establece como sus principales objetivos los siguientes:

- Consolidar las acciones de protección, promoción de la salud y prevención de enfermedades.
- Asegurar el acceso efectivo a servicios de salud con calidad.
- Reducir los riesgos que afectan la salud de la población en cualquier actividad de su vida.
- Cerrar las brechas existentes en salud entre diferentes grupos sociales y regiones del país.
- Asegurar la generación y el uso efectivo de los recursos en salud.
- Avanzar en la construcción del Sistema Nacional de Salud Universal bajo la rectoría de la Secretaría de Salud.

Ahora bien, en el apartado del Plan Sectorial de Salud denominado “Avanzar en la construcción de un Sistema Nacional de Salud Universal bajo la rectoría de la Secretaría de Salud”, existen varios puntos de interés para nuestra investigación.

En la estrategia número 5 del citado apartado, se hace referencia a que las *instituciones públicas de salud deben mejorar sus márgenes de eficiencia para liberar recursos que le permitan consolidar sus logros y avanzar hacia la construcción de un Sistema Nacional de Salud Universal.*

En la estrategia número 5.2 se menciona como punto total la *transparencia, monitoreo y control de los recursos financieros del SPSS*; idea en la que estamos totalmente de acuerdo.

Sin embargo la realidad dista en gran medida con lo establecido en este documento, pues basta recordar el caso del Estado de Veracruz donde la Secretaría de Salud del Estado suministro agua destilada en lugar de quimioterapia a niños con cáncer.¹⁶²

Hoy en día el caso del Gobernador Javier Duarte, es un caso palpable en donde se demuestra que en nuestro país no existe transparencia, mucho menos justicia en casos asociados al derecho humano a la salud.

Por otra parte, en la estrategia número 5.3 se habla de mejorar la infraestructura y equipamiento para la salud, no obstante son documentos teñidos de falacias, pues las instituciones públicas de salud son las que se encuentran sin un equipo dotado a cabalidad, para atender las necesidades de la población más vulnerable.

Y qué decir de los medicamentos abordados en la estrategia número 5.5 en el que se señala que el Gobierno verificará el gasto asignado a la compra de medicamentos, además de esquemas novedosos de compra y abasto de medicamentos para asegurar el surtimiento. No obstante, los argumentos citados en este documento dejan mucho que decir, pues en la gran mayoría de las instituciones de salud están carentes de medicamentos, orillando a la población a adquirirlos en otros establecimientos y en el peor de los casos las personas fallecen a falta de este.

Por lo que respecta a la estrategia número 6, titulada “Avanzar en la construcción de un Sistema Nacional de Salud Universal bajo la rectoría de la Secretaría de Salud”, se desprenden los siguientes puntos.

- Hoy en día se cuenta con un sistema fragmentado
- La actual administración lucha por que se cuente con una atención más homogénea e integrada y coordinada entre las distintas instituciones de salud
- El Sistema Nacional de Salud Universal busca mejorar la eficiencia y la equidad del propio sistema

¹⁶² <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2017/01/16/1140249>

- En el nuevo Sistema Nacional de Salud que se plantea se pretende que exista una nueva autoridad sanitaria que ejerza una rectoría eficaz y con alcance entre lo público y lo privado

Todos los puntos descritos anteriormente, constituyen el punto total que pretenden impulsar el nuevo Sistema Nacional de Salud Universal.

Por otra parte, en la estrategia 6.1 a nuestro parecer resalta el objetivo 6.1.7 en el cual se habla de preparar al sistema para que la persona usuaria seleccione a su prestador de servicios de salud; aquí por nuestra parte cabría la siguiente interrogante ¿Qué no se habla de un Sistema de Salud Universal en el que se dote del servicio sin que se tome en cuenta su edad, condición laboral, residencia?

Derivado de lo anterior, el nuevo Sistema de Salud que se pretende implementar busca que la población mexicana tenga un verdadero acceso a la salud, en donde los sistemas de salud sean homogéneos, además de una coordinación entre las distintas instituciones de salud. Por lo tanto, se considera que este punto del Plan Sectorial en Salud no es claro pues no define específicamente a que se refiere con seleccionar los servicios de salud; o más bien resulta un tanto contradictorio.

Al pretender establecerse un Sistema Nacional de Salud Universal, análogamente se debe actualizar el marco legal para la implementación del nuevo sistema, aunado a lo anterior se requiere de *una unidad administrativa que regule y verifique la calidad de los establecimientos de salud*; todo esto abordado en la estrategia numero 6.2.

3.6 La propuesta del banco mundial

Para comenzar, la propuesta Bancomundialista está basada en la idea neoliberal, de que los servicios médicos son bienes privados. No obstante, de ahí se desprende que la salud pertenece al ámbito de lo privado y que las necesidades de salud deben ser resueltas por los ciudadanos. Por lo tanto, el punto total se encuentra en la percepción de que el Estado sólo debe hacerse cargo de aquello

que los privados no quieran asumir por falta de rentabilidad, es decir, la iniciativa privada debe intervenir en todas aquellas áreas que generen ganancias millonarias.

Por consiguiente, esta idea es incompatible con la noción del derecho a la salud, lo cual significa que todo ciudadano, por el solo hecho de serlo, tiene derecho a la satisfacción de sus necesidades médicas.

En efecto, la política de salud que deviene del Banco Mundial se concreta a una noción neoliberal la cual tiene dos grandes ejes: 1) la mercantilización del financiamiento y la prestación de los servicios de salud; 2) la reducción de los servicios públicos gratuitos a un paquete mínimo de servicios para los comprobadamente pobres.¹⁶³

En realidad, la citada reforma propone que los servicios médicos sean otorgados por entidades privadas, aduciendo la ineficiencia de las instituciones públicas y, en lo consecuente introducir las fuerzas del mercado en el sector salud y asignar los recursos públicos a las Asociaciones Público- Privadas.

Sin embargo, el principal objetivo del Banco Mundial descansa sobre tres pilares fundamentales que son: poner un precio a las acciones de servicio para darles carácter de mercancía y definir planes o paquetes de servicios con precios diferentes; establecer sistemas de prepago de los servicios o seguros que permiten, por un lado, garantizar un mercado respaldado con poder de compra y, por el otro, manejar los fondos de salud de manera privada y con fines de lucro.¹⁶⁴

3.7 El nuevo modelo

Como ya se ha mencionado, la propuesta de reforma al sector salud y las reformas a la Ley del Seguro Social delinean un retroceso a la salud y seguridad social. Simultáneamente, significan el abandono de los derechos sociales consagrados en la Constitución de 1917. En su lugar se promueve un nuevo

¹⁶³ Laurell, Ana Cristina, *La reforma a la salud y seguridad social*, México, Ediciones Era, 1997, p. 86.

¹⁶⁴ Ruiz Moreno, Ángel, *Nuevo derecho de la seguridad social*, 14ª ed., México, Porrúa, 2010, p. 173.

modelo con una clara orientación mercantil y privada, que significa la individualización y la restricción de derechos, tanto para los asegurados como para la población no asegurada.

Conviene subrayar, que no existe ningún argumento de fondo que permitan suponer que este modelo pueda resolver los principales problemas del sistema de salud mexicano, que vistos desde el ángulo del bienestar social colectivo, son en síntesis, la desigualdad en el acceso a los servicios de calidad ante la misma necesidad y los recursos públicos insuficientes para garantizar el derecho a la protección de la salud.¹⁶⁵

En este contexto, es necesario recordar que históricamente las naciones sólo han podido garantizar este derecho a sus ciudadanos con sistema público, lo que significa que la sociedad asume colectivamente la responsabilidad y destina los recursos necesarios para alcanzar este fin.

Es por ello, que la vía privada no garantiza servicios de mejor calidad porque incentiva práctica nocivas y peligrosas, como el caso de **Chile** y **Colombia** donde se ha demostrado que el modelo privatizador ha generado un rango más costoso sobre los servicios de salud.¹⁶⁶

Así mismo, este nuevo modelo introduce como actores directos a grupos financieros, bajo la figura de compañía aseguradora, los cuales otorgarían los servicios de salud a un alto costo. Es decir, estas Asociaciones Público- Privadas desempeñarán con certeza un papel activo en la formulación de la política de salud en el futuro, ya que incluyen directamente sus intereses privados.

No obstante, al madurar este proceso nos encontramos ante un sistema de salud ajeno al espíritu constitucional de los artículos 4º y 123º. Además, se debe agregar que bajo este nuevo modelo, el derecho a la salud dista en gran medida

¹⁶⁵ Ruiz Moreno, Ángel, *op.cit.*, p. 215.

¹⁶⁶ Laurell, Ana Cristina, *op.cit.*, p. 113.

sobre los conceptos de derecho a la salud y universalización puesto que, dejan de vincularse al compromiso de garantizar una plena ciudadanía social.

3.8 La salud en México desde la perspectiva de FUNSALUD

La Fundación Mexicana para la Salud (FUNSALUD) es una institución privada al servicio de la comunidad, que tiene como misión contribuir a la salud en México y como visión ser punto de referencia en la discusión de la agenda de temas de salud en el país.

No obstante FUNSALUD sostiene que no se ha logrado alcanzar las metas del Sistema de Salud en México, pues todavía subsisten limitaciones en las características y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud.

Derivado de lo anterior, FUNSALUD cita un documento de la Organización Mundial de la Salud del año 2000, en el cual se llevo a cabo la evaluación del desempeño de los sistemas de salud de los países que forman parte de ella. Esta evaluación arroja como resultado que nuestro país se coloca en el **numero 61, debido a que México no ha destinado recursos suficientes a la salud y a que la inequidad financiera del Sistema mereció una calificación baja con la posición 144.**¹⁶⁷

Es por ello, que bajo esta panorámica FUNSALUD sostiene la idea de un nuevo modelo de salud; con una estructura única.

Pues afirma que esta configuración en el sistema sería más equitativa en términos de reglas de financiamiento y la prestación de los servicios, ya que eliminaría la problemática de la portabilidad de beneficios entre instituciones, al concentrar en un solo rubro todo lo relacionado con el tema de salud.

FUNSALUD, respalda que la mejor estrategia para logara estas previsiones es la ***implantación de reformas graduales que vallan preparando el camino hacia la consolidación de instituciones.***

¹⁶⁷ Informe sobre la salud en el mundo 2000. Mejorar el desempeño de los sistemas de salud. Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2000.

Ahora bien, un aspecto interesante de este documento es siguiente; FUNSALUD menciona que el camino hacia la visión objetivo invariablemente **enfrentará resistencias importantes y la velocidad de la reforma deberá evaluarse a la luz del capital político de las nuevas administraciones.** ¹⁶⁸

Para llevar a cabo la transformación del Sistema Nacional en Salud, FUNSALUD señala que se requieren de cuatro instrumentos financieros que le darían ese carácter Universal y prepararían la transición hacia el modelo horizontal. Estos instrumentos serían los siguientes:

- Un fondo único de aseguramiento, que permitirá diversificar riesgos en salud a escala nacional, de manera solidaria y eficiente.
- Una tarjeta Universal de salud, que garantizaría que las personas puedan reclamar sus beneficios a las instituciones prestadoras, así como una mayor claridad en el pago de sus aportaciones del gobierno federal por beneficiario.
- Tabuladores unificados de intervenciones, que garantizarían optimizar la oferta mediante la utilización y facturación cruzada de servicios entre instituciones públicas, sociales y privadas.
- Un plan obligatorio de servicios, que establecería y homologaría de manera explícita el conjunto de beneficios a que tiene derecho la población.

Por otra parte, FUNSALUD menciona ocho propuestas fundamentales para anclar la construcción del Seguro Universal de Salud. Estas propuestas específicas para el corto plazo se describen a continuación:

1. Legislar la contribución social generalizada para la salud
2. Separar el financiamiento de la atención médica del financiamiento de otras prestaciones de la seguridad social
3. Separar el financiamiento y la prestación de los servicios de atención médica

¹⁶⁸ Funsalud.org.mx

4. Consolidar un fondo sectorial de protección contra gastos catastróficos para servicios de alta especialidad
5. Asegurara el financiamiento de los bienes públicos de la salud
6. Impulsar la participación pública-privada en la inversión en salud
7. Asegurar el impacto del incremento de los niveles de salud en la competitividad del sistema productivo

En cuanto al punto número 6, que resulta de importancia para nuestra investigación se menciona la participación pública-privada bajo un enfoque de complementariedad para que las instituciones públicas puedan llevar a cabo su objetivo.

La iniciativa privada por su parte atendería cuestiones sobre: infraestructura de unidades médicas de alta especialidad, los prestadores privados ofrecerían servicios de atención médica, apoyo a las funciones sustantivas de las unidades aplicativas.

Otro de los aspectos importantes de este documento lo constituyen las propuestas para reformar el marco rector de la salud, las cuales se basan en los siguientes puntos:

- Actualizar el marco jurídico del sistema de salud
- Fortalecer las actividades de monitoreo y evaluación de los servicios de salud
- Promover la participación activa de la ciudadanía en la toma de decisiones

El punto toral de lo anterior, descansa sobre una revisión integral de la Ley General de Salud; para llevar a cabo la implementación del nuevo Modelo ajustándose obviamente a un nuevo marco jurídico.

En cuanto al monitoreo y servicios de salud, FUNSALUD propone establecer una instancia no gubernamental de carácter externo para la evaluación y producción de información; además de llevar a cabo la certificación de las unidades de atención médica.

Finalmente, FUNSALUD es una institución privada delineada claramente por los preceptos del Banco Interamericano de Desarrollo, el cual ha tenido injerencia en otros sistemas de salud como el colombiano; el cual se describe más adelante.

3.9 Servicio de guardería en el IMSS

En el servicio de guardería se atiende el desarrollo integral del niño y la niña, a través del cuidado y fortalecimiento de su salud, además se brinda una sana alimentación y un programa educativo-formativo acorde a su edad y nivel de desarrollo.¹⁶⁹

TABLA 5: Objetivos del servicio de guarderías del IMSS

MISIÓN	VISIÓN
<p>Nuestra misión es proporcionar a los hijos de las madres trabajadoras aseguradas, padres viudos, divorciados o de aquél al que judicialmente se le ha otorgado la custodia de sus hijos e hijas; todos aquellos elementos que favorezcan su desarrollo integral a través de programas de alto valor educativo, nutricional, de preservación y de fomento a la salud, así como satisfacer la demanda mediante la ampliación de cobertura.</p>	<p>Nuestra visión es promover el desarrollo integral de los niños y niñas, mediante la aplicación de modelos educativos vanguardistas con personal calificado que proporcione el servicio con calidad, respeto y calidez; en instalaciones seguras y funcionales, que se adapten a las necesidades de la demanda con procesos automatizados y estandarizados que permitan evaluar su desempeño en el progreso del menor.</p>

Fuente: Elaboración propia, con base en los datos publicados en la página oficial del IMSS: <http://www.imss.gob.mx/>

¹⁶⁹ www.imss.gob.mx/servicios/guarderias/transparencia.

En el siguiente cuadro se detallan las modalidades bajo las cuales el IMSS ofrece los servicios de guardería.

TABLA 6: Modalidades del servicio de guarderías en el IMSS

MODALIDADES	
<i>Prestación Directa</i>	<i>Prestación Indirecta</i>
<p>Servicio de guardería que presta directamente el Instituto con recursos humanos, materiales y técnicos propios, bajo 2 esquemas:</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Madres IMSS (M) ➤ Ordinario (G) 	<p>Servicio de guardería que se presta por medio de un contrato con un tercero (que generalmente tiene la calidad de patrón), denominado prestador del servicio o subrogatario, bajo los esquemas:</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Vecinal Comunitario Único (U) ➤ Guardería Integradora (Y) ➤ Guardería en el Campo (C) ➤ Reversión de Cuotas (R)

Fuente: Elaboración propia, con base a los publicados en la página oficial del IMSS: <http://www.imss.gob.mx/>

TABLA 7: Principales características del marco normativo bajo los lineamientos de: Convenios de Subrogación

XIV. MARCO NORMATIVO	➤ <i>Última fecha de actualización:</i> 22-03-2018.
Detalle del Marco Normativo	

Tipo de Documento:	Acuerdo
Nombre del Documento:	ACUERDO ACDO.SA2.HCT.240216/57.P.DPES y sus Lineamientos, referente a las Disposiciones de carácter general para la celebración de convenios de subrogación para la prestación indirecta del Servicio de Guardería con los patrones que tengan instaladas guarderías en sus empresas o establecimientos.
Publicado en el Diario Oficial:	Si
Fecha de publicación/expedición/última modificación:	03-05-2017

FUENTE: Elaboración propia, con base en los datos publicados en el Portal de Obligaciones de Transparencia del IMSS: <http://portaltransparencia.gob.mx/>

3.10 Consulta en el Portal de Obligaciones de Transparencia del Instituto Mexicano del Seguro Social

Ahora bien, dentro del portal de obligaciones de transparencia se procedió a realizar la consulta, bajo la denominación guarderías esquema vecinal; arrojando un resultado de **547** guarderías bajo este tipo de contratación.

TABLA 8: Indicadores de subrogación de guarderías

Área Administrativa	Número de Resultados
Coordinación de adquisición de bienes y contratación de	2

servicios	
Delegación estatal en Aguascalientes	104
Delegación estatal en Chiapas	41
Delegación estatal en chihuahua	5
Delegación estatal en Guanajuato	4
Delegación estatal en Hidalgo	2
Delegación estatal en Puebla	34
Delegación estatal en San Luis Potosí	27
Delegación estatal en Tabasco	21
Delegación estatal en Zacatecas	90
Delegación Regional en Baja California	105
Delegación Regional en Colima	19
Delegación Regional en Veracruz Norte	89
Delegación Regional en Veracruz Sur	4
TOTAL	547

FUENTE: Elaboración propia, en base en los datos publicados en el Portal de Obligaciones de Transparencia del IMSS: <http://portaltransparencia.gob.mx/>

TABLA 9: Indicadores del monto de subrogación en guarderías

MONTO DEL CONTRATO		
➤ Menos de	\$ 2867156	137
➤ Entre	\$2867156 y \$3918900	137
➤ Entre	\$3918900 y \$5908983	137
➤ Más de	\$5908983	136
	TOTAL	547

FUENTE: Elaboración propia, en base en los datos publicados en el Portal de Obligaciones de Transparencia del IMSS: <http://portaltransparencia.gob.mx/>

TABLA 10: Indicadores de la firma del contrato

FECHA DE FIRMA DE CONTRATO		
➤ Antes	2012-12-16	80
➤ Entre	2012-12-16 y 2013-05-13	209
➤ Entre	2013-05-13 y 2014-01-02	118
➤ Después	2014-01-02	140
	TOTAL	547

FUENTE: Elaboración propia, en base en los datos publicados en el Portal de Obligaciones de Transparencia del IMSS: <http://portaltransparencia.gob.mx/>

3.11 Subrogación de hospitales de alta especialidad en el IMSS

Ahora bien, ya más específico en el área de la salud; de acuerdo al portal de obligaciones de transparencia del IMSS, la búsqueda nos dio como resultado **161 contratos para: subrogación de hospitales de alta especialidad en el IMSS**; los cuales serán descritos en las siguientes tablas.

TABLA 11: subrogación de hospitales de alta especialidad en el IMSS

SUBROGACIÓN DE HOSPITALES DE ALTA ESPECIALIDAD EN EL IMSS 161 CONTRATOS

TABLA 12: Indicadores del monto de subrogación en hospitales de alta especialidad

MONTO DEL CONTRATO		
➤ Menos de	\$13050	33
➤ Entre	\$ 13050 y \$18270	95
➤ Entre	\$ 13050 y \$484303	17
➤ Más de	\$484303	16

FUENTE: Elaboración propia, en base en los datos publicados en el Portal de Obligaciones de Transparencia del IMSS: <http://portaltransparencia.gob.mx/>

TABLA 13: Indicadores de la firma del contrato

FECHA DE FIRMA DE CONTRATO		
➤ Antes	2015-06-19	34
➤ Entre	2015-06-19 y 2015-07-28	95
➤ Entre	2015-07-28 y 2017-05-13	15
➤ Después	2017-05-13	17

FUENTE: Elaboración propia, en base en los datos publicados en el Portal de Obligaciones de Transparencia del IMSS: <http://portaltransparencia.gob.mx/>

TABLA 14: Indicadores de la terminación del contrato

FECHA DE TERMINACIÓN DE CONTRATO		
➤ Antes	2015-05-19	31
➤ Entre	2015-05-19 y 2015-08-06	95
➤ Entre	2015-08-06 y 2017-05-22	15
➤ Después	2017-05-22	20

FUENTE: Elaboración propia, en base en los datos publicados en el Portal de Obligaciones de Transparencia del IMSS: <http://portaltransparencia.gob.mx/>

Cabe señalar que los 161 contratos de subrogación, se realizaron para los **“servicios de diagnóstico y laboratorio”**; todos ellos celebrados con la empresa OPERADORA DE HOSPITALES ANGELES, S.A. DE C.V. En cuanto a la información sobre el contrato con esta empresa es nulo puesto que, no puede visualizarse, al momento de oprimir el link **“Documento del contrato”** aparece la siguiente leyenda *“Estimado usuario, te informamos que nos encontramos en proceso de mantenimiento, actualización y reestructura del Portal”*.

Por otro lado, en el mismo link del portal de transparencia del IMSS procedimos a realizar la búsqueda de la siguiente manera “subrogación de servicios”, realizándola por sector en este caso el de “salud”, donde los resultados fueron los siguientes:

TABLA 15: Subrogación de servicios en el sector salud

Subrogación de servicios	
Sector: Salud	
Institución	Contratos
1. HOSPITAL GENERAL DE MÉXICO DR. EDUARDO LICEAGA	8
2. INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA	4
3. HOSPITAL REGIONAL DE ALTA ESPECIALIDAD CIUDAD VICTORIA BICENTENARIO 2010	1

Respecto al contenido de la **tabla número 15** el citado portal de transparencia del IMSS nos dio como resultado un total de 13 contratos de subrogación en sector salud.

Por su parte el Hospital General de México Dr. Eduardo Liceaga, muestra un resultado de **8 contratos** los cuales tienen como objetivo el servicio de asesoría de gestión administrativa para pacientes al convenio de subrogación de servicios con la secretaría de salud del distrito federal, para atención de alta especialidad en apoyo al catalogo universal (causes) del seguro popular y seguro m. Cabe señalar que todos los contratos concluyeron el 31 de diciembre del 2011; Asimismo el portal **no muestra el documento**, apareciendo las siguientes siglas: N/A.

El Instituto Nacional de Cancerología realizó **4 contratos de subrogación**, por lo cual el primero de ellos se realizó bajo la denominación contrato de subrogación de servicios a terceros, denominado –outsourcing, este contrato se celebró en junio del 2012 y concluyo en diciembre del mismo año. En el segundo contrato el Instituto realizó un contrato de subrogación de servicios con terceros para la

administración de personal en el INCAN, para la atención del programa de acciones de post-mastectomía para elevar la calidad de vida de las mujeres con cáncer de mama 2013 y programa de prevención y atención del cáncer de ovario. El presente contrato inicio en junio del 2013 y concluyo en diciembre del mismo año.

Por último el tercer y cuarto contrato, se celebraron para la subrogación de servicios con terceros para la administración de personal para la atención del programa de formación de técnicas y técnicos radiólogos para detección de cáncer de mama, administración de personal para la atención del programa de cáncer familiar y administración de personal para la atención del programa de prevención y atención de cáncer de ovario. La fecha de vigencia de ambos contratos es de junio del 2014 a diciembre del mismo año.

Asimismo, el portal de transparencia del IMSS no muestra el documento del contrato.

Para concluir con la descripción de la tabla numero 15, respecto del Hospital Regional de Alta Especialidad de Ciudad Victoria Bicentenario 2010, el portal del IMSS no ofrece ninguna información sobre los servicios de subrogación, una vez que das clic en la institución descrita anteriormente aparece la siguiente leyenda “esta fracción no aplica para la institución” en todos los apartados subsecuentes; por ende, el portal de transparencia no ofrece la información necesaria, además de omitir varios aspectos del contrato.

En el mismo orden de ideas, durante el sexenio de Enrique Peña Nieto se celebraron varios contratos de subrogación en diversos sectores, tales como: **Agua y medio ambiente, Electricidad, Hidrocarburos, Industria, Inmobiliario y turismo, Telecomunicaciones, Transporte y por ultimo Infraestructura social;** sector que nos interesa para la investigación del tema.

La información sobre el “**sector de infraestructura social**” la podemos encontrar en la página electrónica www.proyectosmexico.gob.mx. Los hospitales están contruidos bajo el esquema de **Asociaciones Público Privadas (APP)** lo que

significa que la construcción, operación y mantenimiento de esas instituciones, salvo la parte médica, estará a cargo de empresas privadas durante los próximos 25 años, es decir el gobierno solamente hará un aporte anual.¹⁷⁰

En la página electrónica descrita anteriormente, puede realizarse la búsqueda por criterio; una vez seleccionado el sector **salud** aparece un total de **13 proyectos**. Sin embargo, solo cuatro de esos proyectos nos son de nuestro interés; puesto que, fueron contratos celebrados con el IMSS; **1) Hospital General de la Zona en Bahía de Banderas; Nayarit; 2) Hospital General Regional en Tepoztlán, Estado de México; 3) Hospital General Regional en el Municipio de García, Nuevo León; 4) Hospital General en Tapachula, Chiapas.**

1) Hospital General de la Zona en Bahía de Banderas, el hospital contará con una capacidad de 144 camas censables, 35 consultorios para la atención de 31 especialidades médicas y 8 quirófanos. A su vez, la página señala detalles como:

Firma de contrato	08/09/2017
Inicio de ejecución/ Construcción	08/12/2017
Inicio de operación	08/09/2019

2) Hospital General Regional en Tepoztlán, esta institución contará con 260 camas censables, 46 consultorios para la atención de 32 especialidades y 12 quirófanos en el municipio de Tepoztlán, Estado de México. A continuación se detallan aspectos del contrato.

Firma de contrato	13/02/ 2018
Inicio de ejecución/ Construcción	13/05/ 2018

¹⁷⁰ <https://plumasatomicas.com/noticias/>

Inicio de operación	14/02 2020
----------------------------	------------

3) Hospital General Regional en el Municipio de García, Nuevo León; contará con 260 camas censables, 46 consultorios para la atención de 34 especialidades médicas y 10 quirófanos.

Firma de contrato	10/11/2017
Inicio de ejecución/ Construcción	09/02/2018
Inicio de operación	09/11/2019

4) Hospital General en Tapachula, Chiapas, la institución contará con una capacidad de 180 camas censables, 36 consultorios para la atención de 36 especialidades médicas y 6 quirófanos. Fechas relevantes:

Firma de contrato	28/07/2017
Inicio de ejecución/ Construcción	28/10/2017
Inicio de operación	29/07/2019

Este tipo de esquemas ha sido criticado porque, desde 2016, se utilizan a modo de “**pago de favores**”, así lo advierte Francisco Gallo de la **Asociación Mexicana de la Industria de la Construcción**, quien señala que la Ley de Asociaciones Públicas y Privadas ha servido de esa forma desde 2016.¹⁷¹

3.12 Disminución del presupuesto en salud pública

La disminución del presupuesto destinado a la salud pública y aumento d enfermedades, han llevado al colapso al sistema de salud mexicano. Por su parte,

¹⁷¹ <https://plumasatomicas.com/noticias/>

el Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), manifiesta que “México se encuentra al borde de una crisis de salud pública”, esta fue la conclusión de un estudio por el instituto.¹⁷²

El instituto alerta que durante el gobierno de Enrique Peña Nieto, el presupuesto para la salud se ha reducido; por ejemplo en el 2018 el presupuesto fue de 90.558 millones de pesos, mientras que en el 2012 fue de 113,480 millones.¹⁷³

Como consecuencia de la disminución del presupuesto, instituciones como el IMSS se encuentran con gran “**desabasto de medicamentos**”, y un aumento en los tiempos de espera para las consultas. Cabe señalar, que el derecho a la salud no debe de estar condicionado al nivel de ingreso, en consecuencia el Estado mexicano viola el derecho a la salud estipulado en el artículo 4º de la Constitución; además de no someterse a un **verdadero Estado Social y Democrático de Derecho**.

Consideramos que el Estado debe redireccionar el sistema de salud mexicano, es decir, que los servicios de salud públicos sean más **eficientes, inclusivos y transparentes**.

3.13 Irregularidades en contratos otorgados por el IMSS

En la investigación del trabajo en comento, consideramos que además del bajo presupuesto otorgado a la salud; la corrupción dentro del IMSS alimentan el quebranto del derecho a la salud; es por ello que en este apartado hacemos mención de contratos millonarios otorgado por el IMSS a una red de empresas propiedad de una misma familia.

En un artículo presentado por animal político, señalan que el IMSS entregó 248 contratos por un total de 674 millones de pesos a una red de seis empresas proveedoras de equipo e instrumental médico, que son propiedad de una misma familia.

¹⁷² <https://expansion.mx/nacional/2018/05/24>

¹⁷³ <https://expansion.mx/nacional/2018/05/24>

El IMSS es la tercera institución pública con mayor riesgo de corrupción de acuerdo con el **índice realizado por el Instituto Mexicano para la Competitividad**.¹⁷⁴

3.14 El derecho a la salud: en perspectiva comparada con Colombia

Antecedentes del sistema de salud colombiano

Colombia es un país que no tuvo un desarrollo temprano en cuanto a seguridad social, sin embargo existen antecedentes.

Por ejemplo, Simón Bolívar destacaba en 1819 en el Congreso de Angostura que: *“El sistema de gobierno más perfecto es el que comparte mayor cantidad de **Bienestar**, seguridad social y estabilidad política”*.¹⁷⁵

Tal es el caso que en el año de 1821 se dictaron normas aisladas y de alcance limitado para amparar unas pocas contingencias, tales como la vejez, los accidentes de trabajo, cesantía, maternidad, pensiones a las viudas y huérfanos de los servidores de la patria.¹⁷⁶

En este apartado trataremos de comprender como ha evolucionado la salud en Colombia considerando su contexto político, social y económico.

Ahora bien, desde la fundación de la nación hasta inicios del siglo XX, fueron apareciendo servicios médicos fragmentados constituidos por facultativos privados que ejercían liberalmente su actividad o por centros hospitalarios de caridad, regentados por comunidades religiosas y más tarde, por beneficencias creadas en los departamentos sin que existiera una organización estatal que vigilara tales servicios.¹⁷⁷

¹⁷⁴ <https://www.animalpolitico.com/imss>

¹⁷⁵ Facultad Nacional de Salud Pública, *Crisis y perspectivas de la salud en Colombia*, Colombia, Ediciones Graficas Ltda, 1991, pág. 19.

¹⁷⁵ *Idem*.

¹⁷⁶ Ortiz Alonso Luis Miguel, *Investigación sobre la privatización del Instituto del Seguro Social*, Bogotá, Universidad de Medellín, Facultad de Derecho, 1993. Pág.2.

¹⁷⁷ Arias Ramírez, Jaime. *Et al., Dos décadas del Sistema de Seguridad Social en Salud: Desarrollo, crisis y soluciones*, Colombia, Asociación Colombiana de Empresas de Medicina, 2012, pág. 17.

Por ende, a nivel constitucional, no existía el concepto de derecho en relación con los servicios o la seguridad social en salud. Las referencias que se hacían en esta materia se orientaban a proteger la libertad de profesión u oficio.

Posteriormente a principios del siglo XX surgieron organismos que prestaban servicios en el campo de la salud pública y la prevención; a la vez, se establecieron las primeras instituciones hospitalarias en el país, creadas en su mayoría por la iniciativa del clero o legados de ciudadanos, con el propósito de garantizar la prestación de estos servicios, en especial a la población de menores recursos.¹⁷⁸

Cabe mencionar que estas instituciones se desarrollaron de manera desorganizada, para finalmente ser administradas de forma paulatina por el Estado. Sin embargo, en algunos casos, los actos de la administración tenían una clara influencia de lo público sobre lo privado, es así como en ciertos municipios los directores de estas instituciones sin ánimo de lucro eran designados por la administración pública y en algunas de ellas empezó a existir.

A su vez, se empezaron a construir planes de seguridad social dirigidos a la protección de poblaciones específicas: tal es el caso de las fuerzas militares, quienes a partir de 1925 se les otorgó una serie de beneficios en salud.¹⁷⁹

En la reforma constitucional de **1936**, se consagró una serie de normas relacionadas con el trabajo y su especial protección por parte del Estado y le otorgaron a este facultades de intervención directa en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas para proteger al trabajador.

A partir de este momento, es el Estado quien entra a buscar mecanismos que permitan la protección de las personas más pobres, convirtiéndose en el garante de la asistencia social:

...la consagración de la asistencia pública como función del Estado, corresponde al propósito de romper el círculo de los derechos civiles y políticos del siglo XIX,

¹⁷⁸ Facultad Nacional de Salud Pública, *op.cit.*, pág. 33.

¹⁷⁹ *Idem.*

*para abrir campo a los económicos y sociales de nuestra época. Mientras que en textos anteriores se ponía énfasis en las prerrogativas individuales, que implicaban restricción de la órbita del poder público, el derecho a la asistencia social exige la intervención estatal directa.*¹⁸⁰

Si bien, no se consagró en forma directa la salud como un bien y como un derecho exigible por parte de los ciudadanos frente al Estado, la noción de asistencia pública implicó la adopción de medidas dirigidas claramente a proteger la salud de la población. Se garantizó, entonces mediante la asistencia pública, una protección a quienes no contaban con la capacidad de pago, siendo el responsable directo el Estado.

Es por ello que en **1940** se reformó nuevamente la Constitución con el propósito de autorizar la creación, mediante ley de la República, de una jurisdicción especial de trabajo. Es así como en **Colombia**, en la década de los años cuarenta, surgió la noción de la seguridad social, ligada de manera estrecha al ámbito laboral. De esta reforma nació, a nivel legislativo (**Decreto 2350 de 1944 y Ley 6 de 1945**), la noción de las prestaciones patronales, las cuales eran asumidas en forma directa por los empleadores.¹⁸¹

De esta manera, a mediados del siglo XX, **Colombia** adoptó el sistema de seguros Sociales tipo “**bismarckiano**”, al crearse entidades como cajanal, el seguro social, caprecom y numerosas cajas de previsión públicas, con lo que se constituyó el núcleo inicial de la seguridad social. En la misma época creció el número de camas hospitalarias públicas y se creó el **Ministerio de Salud** que se ocupaba principalmente de los programas y actividades de salud pública y de la gestión de unos pocos hospitales especializados.¹⁸²

¹⁸⁰ Ministerio de protección social y Universidad de Antioquia, *Análisis de la situación de la salud en Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2012, t.1, pág. 54.

¹⁸¹ Ministerio de Salud, *La formación del personal de salud en Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2002, pág. 114.

¹⁸² Titelman, Daniel y Utholf, Andras, *Ensayos sobre el financiamiento de la Seguridad Social en salud*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1991, pág. 28.

La **Ley 90 de 1946** estableció el seguro social obligatorio y creó el **Instituto de Seguros Sociales** (ISS) que tenía como propósito garantizar la solidaridad entre los diferentes empleadores y trabajadores, de tal suerte que las empresas cotizaran en proporción a los salarios pagados y los trabajadores tuvieran los mismos beneficios, sin importar el monto de los aportes realizados por su empresa.¹⁸³

En esa época, los conceptos de salud y seguridad social en salud eran independientes: *la seguridad social era concebida única y exclusivamente como un derecho de las personas que se encontraban en situación de asalariados*. De esta manera, las personas que se encontraban afiliadas tenían una serie de derechos exigibles frente al empleador o a la institución a la cual estaban afiliadas, mientras que las personas no afiliadas, que se protegían a través de la asistencia pública, dependían para su atención de la *disponibilidad de recursos de la red hospitalaria y de su capacidad económica en el momento de demandar servicios*.

¹⁸⁴

Finalmente, en forma paralela a esta legislación sobre seguridad social, se fue expidiendo y desarrollando una serie de normas relacionadas directamente con la protección de la **salud pública y el sistema de salud**.

Con la reforma constitucional de 1968 se amplió el campo de la intervención del Estado dirigida a lograr el desarrollo integral de la sociedad. Dentro de este marco, en 1979, se expidió el *Código Sanitario (Ley 9)*, **en donde se consagra de manera expresa los derechos y los deberes de todos los habitantes del territorio colombiano en materia de salud**. Es entonces cuando de manera explícita se establece que todas aquellas disposiciones que se relacionen con la salud son de orden público y se establece el derecho de todos los habitantes del territorio nacional para acceder a los servicios de salud, ya sea de carácter preventivo o asistencial.¹⁸⁵

¹⁸³ *Idem*.

¹⁸⁴ Arias Ramírez, Jaime, *op. cit.*, pág. 135.

¹⁸⁵ Ministerio de protección social y Universidad de Antioquia, *op. cit.*, pág. 203.

Es así como en el **artículo 594** se declara la salud **como bien de interés público**. También en el **artículo 595**, se establece el derecho que tiene todo habitante a acceder a los servicios de salud:

“Todo habitante tiene el derecho a las prestaciones de salud, en la forma que las leyes y las reglamentaciones especiales determinen y el deber de proteger y mejorar el ambiente que lo rodea”, y en el **artículo 603** se establece el derecho a los servicios de prevención:

*“Toda persona tiene derecho a exámenes preventivos de salud y a los servicios de diagnóstico precoz de las enfermedades crónicas debiendo, en todo caso, someterse a ellos cuando la autoridad de salud así lo disponga.”*¹⁸⁶

Esta ley continua vigente y consagra todas las normas de protección de la salud relacionadas con el consumo y el medio ambiente, y en general con la *protección de la salud pública*.

El acceso a los servicios de salud para la población pobre siguió en manos de fundaciones sin ánimo de lucro, que recibían aportes del estado, y de los hospitales públicos.

No obstante, el criterio político y jurídico de la época favorecía en algunos países de la región el concepto de *Estado de Bienestar*, ya bastante desarrollado en la mayoría de los países europeos, particularmente en Inglaterra.¹⁸⁷

Cabe señalar que la estructura vertical del Sistema nacional de Salud se ajustó a nivel legal con la expedición de la **Ley 10 de 1990**, siguiendo los lineamientos que proclamaban la descentralización de funciones y recursos entre los entes territoriales.

El **Sistema Nacional de Salud** colombiano está compuesto, de acuerdo con lo definido en la **Ley 10 de 1990**, por todas las *instituciones públicas y privadas* que prestan los servicios de salud y las entidades de seguridad social.

¹⁸⁶ *Idem.*

¹⁸⁷ Arias Ramírez, Jaime, *op. cit.*, pág. 156.

Se estableció la obligación de las instituciones, públicas y privadas, de prestar la atención inicial de urgencias independientemente de la situación económica del usuario y la gratuidad de los servicios básicos para todos los habitantes del territorio nacional.

Como principios básicos del servicio público, **la Ley 10 de 1990** establece la *Universalidad, la participación ciudadana, la participación comunitaria, la subsidiariedad, la complementariedad y la integración funcional*, los cuales son definidos por el artículo 3 de la siguiente manera: ¹⁸⁸

Universalidad: Como un derecho de todos los habitantes del territorio nacional a recibir la prestación de los servicios de salud;

Participación comunitaria: Como el derecho de la comunidad a participar en los procesos de diagnóstico, formulación y elaboración de planes, programas y proyectos, toma de decisiones, administración y gestión, relacionados con los servicios de salud;

Subsidiariedad: Implica la posibilidad de las entidades públicas responsables de la prestación de servicios de salud de determinado nivel de atención para prestar otros niveles inferiores, en forma transitoria, cuando él entre responsable no se encuentra en capacidad de hacerlo;

Complementariedad: Como la posibilidad de las entidades públicas de prestar atención en salud, en niveles superiores, siempre y cuando su capacidad científica, tecnológica y financiera se lo permitan;

Integración funcional: Como la concurrencia armónica entre todas las instituciones prestadoras de servicios de salud, públicas y privadas, para la prestación de estos servicios mediante la integración de sus funciones, acciones y recursos. ¹⁸⁹

¹⁸⁸ Isaza Delgado, José Fernando. *et al.*, *Memorias de investigación 2008*, Bogotá, Estudio Gráfico y Digitas, 2009, pág. 55.

¹⁸⁹ <https://www.minsalud.gov.co>

Esta reforma fue importante porque la nación, a través del Ministerio de Salud, intentó perfilarse como ente de dirección y regulador, delegando el tema de la administración de prestación de servicios en los territorios, responsabilizando a los entes territoriales de la salud de su jurisdicción y de la incorporación, dentro de los planes de desarrollo territoriales, de los planes de salud.

La segunda reforma legal ocurrió en 1993 con la ley 100, bajo los lineamientos de la nueva carta política expedida en 1991 en la cual se consagró en forma expresa el **“derecho a la Salud y a la seguridad social en salud”** de todos los habitantes del territorio colombiano. Con esta reforma el Estado tiene como meta final la universalidad de la afiliación a la seguridad social.¹⁹⁰

En efecto, en los artículos 44, 48, 49, 365 y 366 de la Constitución podemos enmarcar el nuevo desarrollo y enfoque del Estado en relación con el tema de la salud y la seguridad social en salud, en el cual, aparte de establecer estos derechos como normas de **tipo programáticos**, se vuelven reclamables a través de la **“Tutela”**, **claramente establecida en el artículo 86 de la misma carta.**¹⁹¹

La salud y la seguridad social son entonces definidas por el Constituyente como servicios públicos a cargo del Estado, los cuales e deberán prestar bajo su dirección, coordinación y control, sujetándose a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad.

A su vez, se brindo ***la oportunidad de participación a operadores privados dentro de los lineamientos de la nueva Carta Política de 1991, y creando un régimen de aseguramiento subsidiado para la población de escasos recursos económicos.***

3.15 Principios Neoliberales que enmarcaron la reforma del sistema de salud colombiano

¹⁹⁰ Arias Ramírez, Jaime, *op.cit.*, pág. 167.

¹⁹¹ *Idem.*

La situación actual de la salud en Colombia es el resultado de unos fenómenos mundiales, característico de los países latinoamericanos; ejemplo de ello son la globalización y el auge del capitalismo neoliberal. Además, hay que agregar a ese entorno la *violencia, la corrupción, la ineficacia administrativa* y la *debilidad del Estado*; sumándose el interés marginal que este país tiene respecto a la educación, particularmente la *Educación Superior*.¹⁹²

A finales de 1994, menos de un año de promulgada la Ley 100, el gobierno colombiano firmó un acuerdo con la Universidad de Harvard para estudiar los requerimientos que permitieran poner en práctica la ambiciosa reforma del sistema de salud que planteaba la Ley.

En el año siguiente el Banco Interamericano de Desarrollo aprobó un préstamo orientado a financiar una serie de proyectos originados en las debilidades del sistema que puntualizaba el *informe de la Escuela de Salud Pública de Harvard*.¹⁹³ Una de las áreas que más requirió análisis y acciones específicas fue el componente de los recursos humanos para la salud.

Sin duda alguna, *la globalización, el triunfo del capitalismo, la tendencia a la privatización y la descentralización* representan el fundamento de las reformas en materia de salud en Latinoamérica. De igual manera se observa, la rápida asimilación de los preceptos neoliberales como *el libre mercado, la privatización, la reducción progresiva de las estructuras del Estado, la dependencia económica, cultural y científica de los Estados Unidos y el crecimiento desmesurado de los centros urbanos*.¹⁹⁴

A las circunstancias mencionadas, se agregan las particularidades colombianas que, además de la violencia, la corrupción y la debilidad gubernamental, incluyen un interés marginal en la salud y la educación superior.

¹⁹² Ministerio de Salud, *op.cit.*, pág. 54.

¹⁹³ *Ibidem*, pág. 60.

¹⁹⁴ Isaza Delgado, José Fernando, *op.cit.*, pág. 62.

En casi en todos los países han sido el resultado de una imposición proveniente de entes ajenos al sector de la salud, como el **Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional**.

Cabe señalar que aunque en Colombia, los temas de salud tiene un interés creciente para los medios de comunicación, su peso político y su importancia en las agendas de gobierno son todavía secundarios.

3.16 Los problemas de salud en Colombia “Causas Estructurales”

En un proceso que hunde sus raíces en las propuestas de “Sí se puede” de Belisario Betancur, el modelo de salud imperante desde los años setentas ha sido profundamente reformado, con el *supuesto objetivo de mejorar la calidad de los servicios y brindárselos a la mayoría de la población*, hoy en día desamparada.¹⁹⁵

Sin embargo, el desmonte del Sistema Nacional de Salud, la conversión de los hospitales públicos en Entidad Promotora de Salud (**EPS**), con participación del sector privado la financiación con base en la llamada Unidad por Capitación UPC, el reforzamiento de la descentralización, la instauración de los subsidios a la oferta de servicios y, en general, el paso de la **salud pública a un esquema de medicina prepagada, en el que se convierte a la salud en un negocio, fundamentalmente a cargo del sector privado**.¹⁹⁶

Además, un paulatino marchitamiento de las entidades oficiales, lo cual *no garantiza la mejora en la prestación de los servicios, ni su mayor cobertura, y lesiona gravemente los intereses de los trabajadores de la salud*.¹⁹⁷

Como consecuencia de los factores de índole económica, el problema de salud de los colombianos está determinado por las precarias condiciones de vida. Según las estadísticas cerca de la tercera parte de la población no dispone de acueducto y casi la mitad no accede a los sistemas de eliminación de excretas. De acuerdo

¹⁹⁵ Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social, *La Privatización de la Salud en Colombia*, Bogotá, Marfil Editores, 1996, pág. 9.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pág. 11.

¹⁹⁷ *Idem*.

con el diagnóstico de calidad de agua, solo el 62 % de la población urbana y el 9% de la rural tiene agua de buena calidad. ¹⁹⁸

Aunado a estos problemas, se suman un asistencialismo ineficiente y burocratismo como en la mayoría de los países latinoamericanos.

En síntesis, *la disminución de los recursos asignados por el Estado, la desmejora de las condiciones de vida y las erráticas políticas de salud, en una sociedad atrasada, de bajo nivel científico y tecnológico y con enormes desigualdades sociales, constituyen las tres causas centrales de la crisis que las reformas pretenden resolver.* ¹⁹⁹

3.17 Antecedentes y orígenes de las reformas neoliberales

En 1974 se creó el Sistema Nacional de Salud en el marco del impulso que se daba al intervencionismo del Estado, lo cual significó la cúspide en el desarrollo de la organización de un sistema único, *centralizado y bajo la responsabilidad de la nación.*

Sin embargo, los trabajos de la **Misión Bird- Wiesner**, dentro de cuyas recomendaciones de encontraban tres criterios para el área de salud: **descentralización; participación comunitaria y privatización.**²⁰⁰

Al igual que en México, los impulsores de estas políticas son el **Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional**, tras plantearlo abiertamente en su publicación trimestral *Finanzas y Desarrollo*, al señalar que es necesario “el mejoramiento de la gestión de servicios de salud estatales, a través de medidas como la *descentralización de facultades en materia administrativa y presupuestaria y la subcontratación de servicios*”. ²⁰¹

¹⁹⁸ Salud, equidad y transformación productiva en América Latina y el Caribe, CEPAL/OPS, 1988.

¹⁹⁹ Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social, *Op. Cit*, pág. 18.

²⁰⁰ *Ibidem*, pág. 20.

²⁰¹ *Revista de Finanzas y Desarrollo*. Publicación del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Septiembre de 1993.

He ahí el catalogo de recomendaciones del BID, una agencia del Banco Mundial para las Américas, cuya aplicación está atada a la aseveración de que, “donde la mayoría de la población no está asegurada por el seguro social, ni efectivamente protegida por el ministerio de salud... **el sector privado puede convertirse en la alternativa.**²⁰²

En suma, su propuesta consiste en mayores aportes, menores beneficios y **privatización** sobre la base de fundir *el sistema en uno solo*, el remedio parece ser peor que la enfermedad.

3.18 La ley 10 de 1990: comienzo del fin del Sistema Nacional de Salud

Durante el gobierno de Virgilio Barco se promovieron varios proyectos de reestructuración del sistema, cuyo fundamento radicaba en negar que la causa de la crisis fuera el déficit presupuestal, achacándole el problema al excesivo centralismo, corruptela y falta de buena gerencia.

Fue así como durante el ministerio de Eduardo Díaz Uribe, se expidió la ley 10 de 1990, que persigue instaurar la descentralización de la salud pública, concentrar la acción del Estado en la atención primaria, reforzar el criterio del pago de tarifas por la prestación del servicio, que ya desde 1978 venía creciendo al ritmo acelerado y se constituye en un primer paso hacia la privatización.²⁰³

Sin duda alguna, la Ley 10 de 1990 que define las responsabilidades de los niveles nacional, departamental y local, es un documento histórico que, antes de la Constitución de 1991, presagió los importantes cambios que se introducirían durante la última década del siglo XX.

3.19 Ley 100 de 1993

En respuesta al panorama de los ochentas y al frente fracaso del Estado como “único” prestador del servicio de salud, en los noventas empieza a darse un

²⁰² Isaza Delgado, José Fernando, *op. cit.*, pág. 82.

²⁰³ Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social, *Op. Cit.*, pág. 25.

cambio gradual, el primero de los cambios legales más destacado es la **Ley 100 de 1993** que reorganiza el *Sistema Nacional de Salud* y dicta otras disposiciones.

En esta ley se definen aspectos generales sobre el Servicio Público de Salud a cargo del Estado el cual debe regirse por una serie de principios básicos como: *Universalidad, participación ciudadana, participación comunitaria, subsidiariedad, complementariedad e integración funcional.* ²⁰⁴

Cabe señalar que los últimos tres principios orientan hacia una armonización del **sector público y privado**. La ley también regula la prestación de servicios de salud por parte de los privados y la destinación del situado fiscal para la salud, donde se implanta un orden de prioridades a la hora de la destinación de los recursos, primando los servicios básicos de salud y servicios de asistencia pública.

Para ese entonces, el BID había trazado la orientación que se debía adoptar

TABLA 16: Políticas del Banco Interamericano de Desarrollo en Salud

1. <i>Los gobiernos debían de financiar un conjunto de medidas de salud pública y servicios clínicos esenciales, definido a nivel nacional, especialmente para los pobres.</i>
2. El sector público no debía de dedicar recursos a financiar servicios de salud fuera del conjunto de servicios esenciales, que tiene menos eficiencia en términos de costo.
3. Los gobiernos debían de promover tipos de seguros médicos que establezcan una cobertura amplia de la población y que contengan a la vez mecanismos de pagos para controlar el costo de los servicios de salud.
4. Deberían fomentar también un sector privado competitivo que suministrara toda la gama de servicios de salud, incluidos los financiados por el Estado.
5. <i>Integrar o coordinar eficazmente los servicios medico-hospitalarios del seguro social y el Ministerio de Salud.</i>

²⁰⁴ *Ibidem*, pág. 28.

Fuente: Elaboración propia con base en la obra La Privatización de la Salud en Colombia, del Sindicato de Nacional de la Salud y Seguridad Social.

Adicionalmente para darle peso a la creación de esta ley neoliberal, el gobierno constriñó durante varios lustros el crecimiento de la planta de personal y la infraestructura física de las instituciones de seguridad social; provocaban una fuerte congestión de demanda, lo cual daría como resultado a opiniones adversas de sus usuarios.

En aras de una eficiencia médica, desaparece la salud pública, se desmejoran los servicios a los asalariados a la vez que se le elevan sus aportes y se somete al conjunto de la población a un *sistema de afiliación y prepago obligatorio que no garantiza el incremento de la cobertura*.

La Constitución de 1991 establece el derecho irrenunciable a la seguridad social mediante el **art. 48** y a la salud y saneamiento público en el **art. 49**. Estos nombran al Estado como el encargado de la dirección, coordinación y control bajo principios de eficiencia, universalidad y solidaridad aunque señala que los servicios de salud deben de organizarse de **forma descentralizada y por niveles de atención**.²⁰⁵

La Constitución Política de 1991 mediante el **artículo 86** también crea la **Tutela** que figura como mecanismo de protección a los derechos constitucionales fundamentales de los individuos frente a la vulneración, amenaza u omisión por parte de la autoridad pública. Cabe destacar que esta figura ha sido primordial en la evolución del **derecho a la salud**, en la medida que ha lugar a pronunciamientos judiciales sobre su interpretación, además de establecer condiciones bajo las cuales este puede o no ser **“tutelado”**.²⁰⁶

La ley 100 de 1993 representa una gran transformación del Sistema de Salud ya que busca el “pluralismo estructurado” (entidades públicas y privadas, y descentralización). Cabe señalar que esta ley define las características básicas del

²⁰⁵ Nicolás Páez, Gustavo. *Et. al., Estudio sobre el modo de gestionar la salud en Colombia*, Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, pág. 53.

²⁰⁶ Isaza Delgado, José Fernando, *op. cit.*, pág. 96.

sistema de seguridad social en salud, ilustradas en la siguiente figura tomada de la obra ABC de la descentralización de la salud, de Ochoa Doris.

TABLA 17: Características básicas del sistema de seguridad social en salud

GOBIERNO NACIONAL
<ul style="list-style-type: none"> • Funge como encargado del SGSSS (Sistema de Seguridad Social en Salud)
EXISTENCIA DE UNA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN (UPC)
<ul style="list-style-type: none"> • Corresponde a un pago recibido por cada entidad promotora de salud, por cada persona afiliada y beneficiaria
RÉGIMEN SUBSIDIADO
<ul style="list-style-type: none"> • Para los más pobres y vulnerables financiado por la nación, los departamentos y municipios, y por un fondo de solidaridad y garantía
RÉGIMEN CONTRIBUTIVO
<ul style="list-style-type: none"> • Que cubre a los trabajadores, jubilados o personas con capacidad de pago
ESTA LEY CREA DOS TIPOS DE PERFILES
De esta manera los que no tienen capacidad de pago se amparan bajo la figura de solidaridad (principio constitucionalmente establecido)

La **Ley 100** libera al Ministerio de Salud de la prestación de los servicios directamente y crea las intermediarias conocidas como **Entidades Promotoras de Salud (EPS)** y las **Administradoras del Régimen Subsidiado**, para este se ofrece un paquete obligatorio de salud a manera de seguro, estas intermediarias llegan a la prestación directa del servicio mediante las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS). La competencia en este sentido está dada entre las **EPS** y las **IPS** donde la lógica inicial era competir en términos de eficiencia vía reducción de

costos de operación y mejorando la calidad para atraer afiliados o para el caso de los **IPS** contratos con las entidades.²⁰⁷

Después de promulgada la Ley 100, sus resultados han sido muy diferentes a los esperados. De particular relevancia es la crisis hospitalaria, que llevó al cierre de muchos centros asistenciales.

Es preocupante la privatización de la salud que ha llevado a un acceso inequitativo y a la falta de control sobre la calidad de los servicios otorgados por parte de las EPS. Es por ello que se hace necesaria la intervención del Estado en sectores como la salud y la educación pues no se puede dejar en manos del libre mercado.

3.18 Fines sociales del Estado Colombiano

El desarrollo económico como el humano hoy en nuestros días se ha visto limitado, es por ello que el Estado Colombiano se ha encaminado a ampliar las opciones de la gente para mejorar su calidad de vida en sectores como: la salud, el saneamiento, la disponibilidad alimentaria, la nutrición, la educación, el ingreso, el bienestar infantil y de la mujer, la seguridad y el medio ambiente.

En este sentido el Estado Colombiano ha optado por el reordenamiento el cual se plasma en la Constitución de 1991. El colombiano se define como un **Estado social de derecho**, organizado en forma de República unitaria. Esta se administra de manera descentralizada, afirmando la autonomía de los entes territoriales y la participación democrática de sus habitantes.²⁰⁸

Los entes territoriales son los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. Cada uno goza de su autonomía para la gestión de sus intereses y ejerce los siguientes derechos: se gobierna por autoridades propias; desarrolla las competencias que le corresponden; administra recursos y participa en las rentas nacionales.

²⁰⁷ Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social, *Op. Cit*, pág. 28.

²⁰⁸ Ochoa Doris. Et al., *ABC de la descentralización de la salud*, Colombia, Ministerio de Salud República de Colombia, 1993, pág. 8.

Según este esquema organizativo, el municipio es la unidad fundamental de la división político-administrativa del Estado; o para decirlo de manera más precisa, es el estado local, fortalecido con nuevas responsabilidades, recursos y formas democráticas de participación ciudadana.

En síntesis, el bienestar de la población, el mejoramiento de su calidad de vida y la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política y cultural de la Nación, son finalidades sociales del Estado colombiano, en cualquiera de sus niveles. Por consiguiente, la Constitución otorga gran importancia los temas relacionados con las prestaciones de *servicios públicos*.²⁰⁹

Los servicios públicos son las actividades destinadas a satisfacer las necesidades colectivas esenciales, en forma regular y continua, siendo prioritarios los destinados a satisfacer las necesidades insatisfechas de *salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable*.²¹⁰

Así con la restructuración de los conceptos de *Soberanía y Democracia, la Constitución de 1991* transita de la democracia representativa hacia la democracia participativa, invocando al pueblo soberano, núcleo esencial de la soberanía de donde emana el poder público, expresadas no sólo en los tradicionales derechos civiles y garantías sociales, sino en los llamados **derechos fundamentales**, repotenciados con mecanismos de exigibilidad y nuevas formas de participación política.²¹¹

3.18.1 Una Constitución reglamentaria

La extensa Carta fundamental, con una prolija reglamentación, se compone de 380 artículos distribuidos en trece títulos, acompañados de un preámbulo finalista y 60 artículos con disposiciones transitorias; en el preámbulo, *el pueblo de Colombia, invocando la protección de Dios y con “el fin de fortalecer la unidad*

²⁰⁹ *Ibidem*, pág. 9.

²¹⁰ *Idem*.

²¹¹ Gómez Serrano, Laureano, *El control constitucional en Colombia* 2ª. ed., Colombia, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2007, pág. 214.

de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo” ²¹² en procura de un orden político, económico y social justo que genere la integración latinoamericana, a través de sus delegatarios, dispone y promulga la Constitución.

En el siguiente cuadro se enuncian algunos de los derechos fundamentales que protege la Constitución Colombiana.

TABLA 18: Derechos fundamentales que tutela la Constitución colombiana

TÍTULO II. DE LOS DERECHOS, LAS GARANTÍAS Y LOS DEBERES (SE ENUNCIAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES)
1. el derecho a la vida (prescribe la pena de muerte)
2. la integridad corporal
3. la libertad e igualdad
4. la libertad e igualdad
5. personalidad jurídica
6. derecho a la intimidad
7. libre desarrollo de la personalidad (prohíbe la esclavitud, servidumbre y trata de seres humanos)
8. libertad de conciencia
9. libertad de cultos
10. libertad de expresión
11. Derecho a la honra
12. Derecho a la paz
13. Derecho de petición
14. Libertad de circulación y tránsito
15. Derecho al trabajo
16. Libertad de profesión y oficio

²¹² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. Preámbulo, Editorial Temis, Bogotá, 1991.

17. Libertad de enseñanza
18. Libertad personal
19. Imperturbabilidad del domicilio
20. Proscripción de de prisión por deudas y prescriptibilidad de penas
21. Debido proceso y presunción de inocencia
22. Habeas Corpus
23. Doble instancia
24. Prohibición del destierro
25. Prohibición de extradición de colombianos por nacimiento y de delincuentes políticos
26. Derecho de asilo
27. Derecho de asociación
28. Derecho de sindicalización
29. Participación política activa y pasiva, y pedagogía constitucional

Fuente: Ochoa Doris. Et al., *ABC de la descentralización de la salud*, Colombia, Ministerio de Salud República de Colombia, 1993, pág. 15.

Mientras que en el *capítulo 2* se señalan los *derechos sociales, económicos y culturales* en el que se encuentra los derechos humanos que fundamentan nuestra investigación como: **el derecho a la salud y la seguridad social**.

Por lo que respecta al Capítulo 4 en este se encuentra inserto la *protección e inaplicación de los derechos*. Aquí de determina el principio de buena fe; la excepción reglamentaria; la enunciación de los derechos de aplicación inmediata; **el establecimiento de la acción de tutela**, la acción de cumplimiento y las acciones populares, la determinación de los procedimientos expeditos para el ejercicio de los derechos; la responsabilidad patrimonial del Estado por daño; la responsabilidad por infracción a la Constitución, la sanción a las autoridades que vulneren la ley; la prevalencia

Cabe señalar que en este apartado de la Constitución Colombiana, se encuentra inserta la **acción de tutela**, mecanismo utilizado por la población de Colombia para hacer valer el derecho humano a la salud frente al Estado colombiano; y que más adelante lo menciono de manera más extensa.

3.19 La descentralización de la Salud al servicio del desarrollo social

Durante muchos la gente se preguntó porqué el gobierno central no miraba hacia los municipios o porqué los recursos se quedaban en las grandes ciudades, siendo aquellos tan pobres. Así mismo, los habitantes de las localidades sentían que si sus voces no eran tenidas en cuenta, entonces para que opinaban.

Fue así como Colombia comenzó a transformarse a causa de las fuerzas sociales, políticas y económicas de diversas procedencias demandaron un cambio en las formas de convivencia y de administrar el interés común. Así se abrió paso a la descentralización en el país; con ello los municipios pueden definir su destino de forma autónoma y ser sujetos de su propio desarrollo.

Descentralización significa, redistribuir el poder para tomar decisiones en dos sentidos:

Primero: Se desconcentra el poder de toma decisiones dentro del Estado. Hoy en cambio, tanto el municipio, como el departamento y la Nación, intervienen en la toma de decisiones, según las responsabilidades que corresponden a cada uno.

*Segundo: Se redistribuye el poder entre el Estado y la Sociedad*²¹³

Antes los ciudadanos no contaban; sus deseos o necesidades no tenían eco en la administración pública. Hoy los ciudadanos tienen el derecho y además el deber constitucional de participar en la gestión pública y en la conformación del poder político, convirtiéndose en sujetos de su propio desarrollo, tal como se muestra en la siguiente tabla ubicada en la página 35 de la obra: *ABC de la descentralización de la salud*, de Ochoa Doris.

²¹³ Ochoa Doris, *op. cit.*, pág. 28.

TABLA 19: Mecanismos de participación de los ciudadanos y las organizaciones en el municipio

<i>PARTICIPACIÓN CIUDADANA</i>	
<i>Iniciativa popular ante el Consejo</i>	Es el derecho político de un grupo de ciudadanos de presentar proyectos de acuerdo para que sean debatidos por el Consejo y posteriormente aprobados, modificados o negados por el mismo.
<i>Referendos aprobatorios</i>	Los proyectos de acuerdo de iniciativa popular que no son aprobados por el consejo se someten a consideración del pueblo para que decida si lo aprueba, total o parcialmente, o lo rechaza.
<i>Referendos derogatorios</i>	Se ponen a consideración del pueblo acuerdos aprobados por el Concejo para decidir si se derogan o no.
<i>Revocatoria del mandato del alcalde</i>	Es un derecho político por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han conferido a un alcalde.
<i>Consulta popular</i>	El alcalde somete un asunto de trascendencia municipal a consideración del pueblo para que éste se pronuncie al respecto. La decisión del pueblo es obligatoria.
<i>Cabildo abierto</i>	Es la reunión pública de los Concejos o de las Juntas Administradoras Locales , en la cual los habitantes pueden

	participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad.
--	--

Laureano Gómez, plantea que después de diez años de vigencia han aparecido fuerzas que plantean nuevas reformas a diversos acápites de la Constitución de Colombia, menciona que de su praxis solo se rescata la instauración de la **Acción de Tutela**, para la **protección de los derechos fundamentales, Las Acciones Populares y las Acciones de Cumplimiento**, así como la creación **De la Defensoría del Pueblo** como mecanismos concretos de protección de los derechos fundamentales.²¹⁴

Antes de finalizar este apartado, creemos conveniente hacer mención de las palabras del Dr. Gómez pues menciona que la Constitución Colombiana ha sufrido retoques estéticos que no han podido encubrir la *“Esencia autoritaria del Estado así como también se ha mantenido intacta la potestad del Ejecutivo para fungir como legislador a pretexto de la crónica perturbación del orden público”*.²¹⁵

La Constitución de Colombia de 1991 resultó ser mera retórica; el clientelismo y la corrupción reaparecieron vitalizados por el dinero del narcotráfico, y los grupos económicos prosiguieron en sus nuevas aventuras depredatorias forzadas por los inversionistas internacionales.

3.20 Análisis de la crisis del actual sistema de salud colombiano

Cabe resaltar la situación en materia presupuestal que ya hemos señalado anteriormente, pues basta mencionar que, según palabras del **impulsador de la reforma. Juan Luis Londoño**, “Colombia invierte alrededor del 6% del PIB en salud”, cifra que sigue siendo inferior a los parámetros internacionales.²¹⁶

²¹⁴ Gómez Serrano, Laureano, *op. cit.*, pág. 218.

²¹⁵ *Idem.*

²¹⁶ *Ibidem*, pág. 40.

En síntesis, podemos identificar los problemas principales en la siguiente figura; extraída de la obra de Arias Ramírez Jaime titulado Dos décadas del Sistema de Seguridad Social en Salud: Desarrollo, crisis y soluciones, pág. 51.

CRISIS EN EL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO



El diagrama anterior nos señala como el sector de salud atraviesa por la crisis más seria desde su reforma en 1993.

Se trata de un proceso complejo que comenzó hace más de una década por el crecimiento casi exponencial de las mencionadas presiones sobre el sistema de

salud, a lo cual se le han dado respuestas reactivas, inadecuadas o inoportunas por parte de los organismos de rectoría, crisis que se hizo más evidente con los **recobros** (Resolución 458 de 2013 Ministerio de Salud, **art.1º** *Se entiende por recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), el procedimiento que se adelanta para presentar cuentas por concepto de tecnologías en salud no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS), suministradas a un usuario y autorizadas por el Comité Técnico Científico (CTC), u ordenadas por fallos de tutela*) glosados y no pagados del N° POS y se agravio en 2011 con varios hechos negativos para las EPS, siendo los principales la intervención a SaludCoop- la EPS más grande.²¹⁷

Además de los problemas en la *calidad en servicios por parte de las prestadoras y de las EPS* (Entidades Promotoras de Salud).

3.21 Fallas en la regulación de las Entidades Promotoras de Salud (EPS)

La delegación de las funciones de aseguramiento del Estado hacia las EPS requiere para estas, reglas claras sobre sus responsabilidades, obligaciones, funciones y derechos, sin lo cual es muy difícil operar. Existe una aparente contradicción entre la multiplicidad de reglas y las fallas de regulación. No se trata de tener una proliferación normativa, sino de que existan reglas claras generales, eficaces y precisas que ofrezcan seguridad jurídica a los agentes y le permita al Estado ejercer vigilancia y control sobre el sistema.²¹⁸

Por ejemplo, la regulación parte del Estado ha sido mal enfocada, pues la reglamentación se ha hipertrofiado con una infinidad de leyes, decretos y resoluciones que aparentemente constituyen una respuesta los problemas puntuales, pero que finalmente terminan produciendo una saturación reglamentaria que obscurece el campo jurídico, permite la fácil trasgresión a la ley, crea incertidumbre e inseguridad jurídica, eleva los costos de transacción y

²¹⁷ Nicolás Páez, Gustavo, *op.cit.*, pág. 77.

²¹⁸ Arias Ramírez, Jaime, *op.cit.*, pág. 201.

aumenta los litigios y controversias, congestionando los despachos jurídicos y los entes de control sin que se resuelvan oportunamente los casos.²¹⁹

Adicionalmente al exceso de regulación, se han presentado problemas en relación con la falta de la claridad de la misma, un ejemplo de esto es la definición del Plan Obligatorio de Salud. Las fallas regulatorias y el aseguramiento, en términos operativos y financieros.

La siguiente tabla resume los problemas de regulación en el sistema de salud colombiano.

TABLA 20: Problemas de regulación en el sistema de salud colombiano

MODIFICACIONES PERMANENTES DE LAS REGLAS DEL JUEGO, SIENDO TEMAS CRÍTICOS LOS SIGUIENTES
<ul style="list-style-type: none">• Rol de las EPS como entidades de aseguramiento
<ul style="list-style-type: none">• Complicación de trámites y requisitos para reembolsos
FALTA DE CLARIDAD DE LAS NORMAS
<ul style="list-style-type: none">• Contenidos del Plan Obligatorio de Salud
AUSENCIA DE REGULACIÓN
<ul style="list-style-type: none">• Definición del ingreso propio de la EPS
<ul style="list-style-type: none">• Reglamentación de la Ley 1438 de 2011

Fuente: Arias Ramírez, Jaime, Dos décadas del Sistema de Seguridad Social en Salud: Desarrollo, crisis y soluciones.

El aseguramiento en salud, desde la regulación poco transparente: las EPS carecen de normas que definan su papel de aseguradoras y de *administradoras de los recursos públicos*.

²¹⁹ Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social, *Op. Cit*, pág. 33.

Debido a la falta de una ley estatutaria que defina el núcleo del derecho fundamental a la salud, no hay claridad sobre la estructura y actualización futura del POS frente a presiones de parte de los jueces, los pacientes, los profesionales de salud y la industria farmacéutica para que la cobertura de beneficios sea cada vez más amplia.

A causa de la actualización de la POS durante años, este se rezagó y generó la presión hacia el otorgamiento de prestaciones de última tecnología, ejercida a través de los comités técnicos científicos o de acciones de tutela, las cuales van más allá de las posibilidades de financiamiento del sistema.²²⁰

Los recobros por N° de POS nunca debieron existir a cargo de las EPS, pues son una figura no contemplada en las reglas del aseguramiento. Es necesario definir si las prestaciones no incluidas en el POS son realmente excluidas o se pueden otorgar dentro del llamado N° POS, asumidas directamente por el Estado.²²¹

Como ya se menciona, las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 no han sido reglamentadas en su totalidad, lo cual crea espacios de incertidumbre para el aseguramiento en asuntos como la incorporación en atención primaria, las redes integradas de servicio, los equipos básicos y otros que podrían modificar las condiciones de trabajo de las EPS.

Desafortunadamente, el cambio permanente de las reglas de juego desconoce el principio de seguridad jurídica, valor esencial de cualquier Estado de Derecho. No existen para los agentes del sistema reglas definidas de manera clara, estable y pública que garanticen el ejercicio de las libertades económicas con la aplicación plena de sus alcances y que definan con claridad la responsabilidad de los actos públicos, privados, individuales y colectivos.

a) Debilidad en control y vigilancia

²²⁰ Nicolás Páez, Gustavo, *op.cit.*, pág. 86.

²²¹ Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social, *Op. Cit.*, pág. 24.

La delegación del aseguramiento, la prestación y el pago de los servicios en una multiplicidad de entes privados y públicos; el enorme flujo de recursos financieros; el exceso de trámites y procesos, y la descentralización del gasto constituyen un riesgo de gasto insuficientes, así como de **corrupción y desvíos de fondos**, sino se implementan severos controles inspección y vigilancia de toda la operación.²²² Tradicionalmente la inspección, control y vigilancia han *sido débiles o ausentes* en la mayoría de las entidades que deberían de ser vigiladas y en la mayoría de los procesos.

b) Insostenibilidad financiera de largo plazo

Las dificultades financieras y las discusiones que estas han despertado han relegado a segundo plano el examen de los problemas de largo plazo, en particular del desequilibrio entre ingresos y egresos que puede llegar a ser insostenible el sistema de aseguramiento. Si bien tenemos un gasto anual cercano a 45 billones de pesos, cuando separamos de esas cifras lo que corresponde a aseguramiento encontramos que este cuenta con 24 billones cada año, de los cuales unos 14 billones son del Régimen Contributivo y 10 del subsidiado.²²³

Si se considera el gasto total de los 45 billones tendríamos un per cápita de un millón de pesos, equivalente a unos 600 mil dólares de EUA, menos de lo que gastan muchos países de la región. Si se comparan los diferentes planes de aseguramiento, observamos diferencias notorias entre ellos, como lo señala Núñez.²²⁴

TABLA 21: DISPONIBILIDAD DE MÉDICOS Y REQUERIMIENTOS

Tipos de médico	Cuenta con	Se requieren	Faltarían
Médicos generales	77.473	91.897 a 103.253	14.424 a 25.780
Médicos	2.011	2.217 a 2.491	206 a 480

²²²Isaza Delgado, José Fernando, *op. cit.*, pág. 138.

²²³ Arias Ramírez, Jaime, *op. cit.*, pág. 222.

²²⁴ Núñez, Jairo. y otros. La sostenibilidad financiera del Sistema de Salud Colombiano. Fedesarrollo, 2012, pág. 33.

internistas			
Cirujanos generales	1.442	1.659 a 1.864	217 a 422
Pediatras	2.120	2.329 a 2.617	209 a 497
Anestesiólogos	1.513	1.998 a 2.245	485 a 732
Ortopedistas y traumatólogos	786	863 a 970	77 a 184
Segunda especialidad cirugía general	1.442	1.659 a 1.864	217 a 422
Segunda especialidad Medicina interna	2.011	2.217 a 2.491	206 a 480
Segunda especialidad Pediatria	2.011	2.217 a 2.491	206 a 480

Fuente: Ruiz, F. et al. Recursos humanos de la salud en Colombia: balance, competencias y prospectiva.

3.22 Empresas Promotoras de Salud (EPS)

La ley 100 abrió la competencia del aseguramiento a entidades privadas y públicas, colocando a las EPS como actores muy importantes con unas funciones de articuladoras entre los demás actores. Así las EPS mantienen una tensión con los aportantes, cuando estos incumplen su deber de cotizar al sistema, con los usuarios, cuando abusan o demandan servicios que en criterio de las EPS no están incluidos en el POS; con los prestadores, por razones contractuales o por demoras en la cancelación de las obligaciones.²²⁵

²²⁵ Arias Ramírez, Jaime, *op. cit.*, pág. 79.

Las EPS fueron concebidas desde la ley 100 como aseguradoras sociales, papel que fue aclarado y ampliado por la ley 1122 de 2007 y ratificado en la ley 1438 de 2011.

A las EPS se les asignó el rol de agencia, creándolas como uno de los instrumentos fundamentales para garantizar no solo un manejo eficiente de los recursos, sino la efectividad de los derechos de la población. En este sentido, como lo ha admitido la Corte Constitucional, estamos frente a un **aseguramiento especial**.²²⁶

La delegación de las funciones de aseguramiento del Estado hacia las EPS requiere, para estas, reglas claras sobre sus responsabilidades, obligaciones y funciones y derechos, sin lo cual es muy difícil de operar.

La función de regulación por parte del Estado ha sido mal enfocada, pues la reglamentación se ha hipertrofiado con una infinidad de leyes, decretos y resoluciones que aparentemente constituyen una respuesta a los problemas puntuales, pero que finalmente terminan produciendo una saturación reglamentaria que obscurece el campo jurídico.²²⁷

El aseguramiento en salud es, desde la regulación, poco transparente; las EPS carecen de normas que definan su papel de aseguradoras y de administradoras de recursos públicos.

Los recobros por N° POS nunca debieron existir a cargo de las EPS, **pues son una figura no contemplada** en las reglas de aseguramiento. Es necesario definir si las prestaciones no incluidas en el POS son realmente excluidas o se pueden otorgar dentro del llamado N° POS, *asumidas directamente por el Estado*.²²⁸

Mientras subsista la posibilidad de otorgar prestaciones por fuera del plan, es urgente racionalizar los requisitos y trámites para los recobros y aclarar el papel actual de los comités técnico científicos (CTC) frente a las juntas técnicas

²²⁶ Arias Ramírez, Jaime, *Op. Cit.*; pág. 81.

²²⁷ Núñez, Jairo, *op. cit.*, pág. 39.

²²⁸ *Ibidem*, pág. 92.

científicas establecidas en la Ley 1438 de 2011. En el siguiente cuadro se despliegan las responsabilidades a cargo de las Entidades Promotoras de Salud.

TABLA 22: Responsabilidades a cargo de las Entidades Promotoras de Salud

RESPONSABILIDADES QUE CUMPLEN OBLIGATORIAMENTE LAS EPS
a) Afiliación y registro
b) Organización de las redes de prestación
c) La garantía de calidad de los servicios a los usuarios y la representación de estos ante los prestadores
d) Gestión de riesgo financiero con los respectivos controles
e) Gestión de riesgo en salud
f) Aseguramiento del pago de los subsidios por incapacidades generadas por enfermedad
g) Entrega de la información detallada a las autoridades sobre sus actividades frente a los afiliados y beneficiarios
h) Recaudo de cotizaciones por cuenta del Fosyga
i) Trámite y reembolso de los subsidios en dinero en caso de licencia de maternidad o paternidad

Fuente: Arias Ramírez, Jaime, *Dos décadas del Sistema de Seguridad Social en Salud: Desarrollo, crisis y soluciones*, Colombia, Digiprint Editores E.U. Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral, 2012, pág. 73.

Por otra parte, las EPS cumplen con el rol de integradoras dentro del sistema de salud colombiano. Actualmente las EPS se ven obligadas a desarrollar una red de relaciones con aportes, afiliados y beneficiarios, prestadores, proveedores, representantes de los pacientes, organismos de vigilancia, fondos de financiación, entes de regulación y otros.

TABLA 23: Funciones complejas que deben cumplir las EPS en la cadena de producción del Sgsss

<p>a) Procesos estratégicos: direccionamiento, planeación, calidad, servicio al cliente, modelo de atención, control interno, gestión integral de riesgos;</p>
<p>b) Procesos misionales: promoción de la afiliación, organización de servicios de salud, administración de la red, análisis epidemiológico, promoción y prevención, autorizaciones y auditoría médica, compensación y recobros.</p>
<p>c) Procesos de apoyo: administrativos, jurídicos, financieros, informáticos y de soporte técnico, recursos humanos.</p>

Fuente: Ministerio de Salud, *La formación del personal de salud en Colombia: un reto al futuro*, Bogotá, TecnoPress Ediciones, 2002, pág. 116.

CAPÍTULO IV

LA EXIGIBILIDAD PROCESAL

Una de las cuestiones en las que se tiene que trabajar en materia de derechos sociales; es en la denuncia de la inexistencia, dentro de muchos ordenamientos jurídicos contemporáneos, de vías procesales idóneas para hacerlos exigibles, así como en la necesidad de crear esos medios de defensa de forma que sus violaciones puedan ser llevadas ante Tribunales o ante Órganos protectores de los derechos fundamentales.

Es por ello, que el reconocimiento universal de los derechos sociales, económicos y culturales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impidan su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un Juez o Tribunal de Justicia el cumplimiento al menos de lagunas de las obligaciones que se derivan del derecho

Cabe señalar que, como sucede en buena parte de los derechos sociales fundamentales, la legislación en materia de salud no configura verdaderas prerrogativas de los ciudadanos exigibles a los poderes públicos.

Por lo tanto, se enunciarán un listado de jurisprudencias en el que se encuentran escasos pronunciamientos en los que se haga referencia al derecho a la salud.

4.1 Tesis derivada de la interposición de un “Amparo” contra el Instituto Mexicano del Seguro Social

Un caso interesante fue el de la tesis que se transcribe a continuación, emanada a propósito de la interposición de un amparo por parte de una persona que había contraído el virus VIH/SIDA y que reclamaba, en 1996, la emisión del Cuadro Básico y Catálogo de Medicamento del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) para ese año. El 25 de octubre de 1999, con su acostumbrada celeridad de

respuesta, el Poder Judicial de la Federación, a través del pleno de la Suprema Corte, resolvió el caso y emitió el siguiente criterio:

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

su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que se encuentra consagrado como garantía individual, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos.²²⁹

4.2 Tesis derivadas de la resolución del “Amparo” en revisión 378/2014.

Otro caso similar es el tramitado en los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal,²³⁰ en el mes de diciembre del 2012, varias personas con VIH/SIDA demandaron el amparo y protección de la Justicia Federal en contra de diversas autoridades, por la omisión para tomar las medidas presupuestarias a fin de proteger el derecho a la Salud.

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. CUANDO EL ESTADO ADUCE QUE EXISTE UNA CARENCIA PRESUPUESTARIA PARA SU REALIZACIÓN, DEBE ACREDITARLO.- El contenido normativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, permite concluir que la obligación estatal de proteger, respetar y promover los derechos contenidos en ese instrumento no puede desconocer la situación particular que enfrenta cada país, por lo que no existirá una violación a los derechos en él tutelados, a pesar de que se acredite que un determinado derecho no ha sido realizado o alcanzado a un nivel óptimo de eficacia, siempre y cuando el Estado haya demostrado que ha utilizado todos los recursos que están a sus disposición en un esfuerzo por satisfacer las obligaciones establecidas en la propia convención. De ahí que no basta la simple afirmación del Estado Mexicano de que existe limitación presupuestaria para que se tenga por acreditado que ha adoptado todas las medidas “hasta el máximo de los recursos” de que disponga, para lograr la

²²⁹ Tesis P. XIX/2000 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

²³⁰ La tesis que se comenta deriva del amaro 378/2014 presentado el 20 de diciembre de 2012 ante los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, en la que se reclamó la falta de asignación de fondos suficientes al Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias (INER) “Ismael Cosío Villegas” para la ejecución del proyecto denominado “Construcción y equipamiento del Servicio Clínico para pacientes con VIH/Sida y Co-Infección por Enfermedades de Transmisión Aérea”. Los derechos que reclamaron violentados fueron los contenidos en los artículos 1º., 4º., y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

realización de los derechos consagrados en el referido Pacto, sino que para ello deberá aportar el material probatorio en que sustente su dicho. Por tal motivo, en todo asunto en el que se impugne la violación a los derechos constitucionales de la materia, los juzgados nacionales deben distinguir entre la incapacidad real para cumplir con las obligaciones que el Estado ha contraído en materia de derechos humanos, frente a la renuencia a cumplirlas, pues es esa situación la que permitirá determinar las acciones u omisiones que constituyan una violación a tales derechos humanos.

Amparo en revisión 378/2014. Adrián Hernández Alanís y otros. 15 de octubre del 2014. Mayoría de tres votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, José Fernando Franco González Salas y Luis María Aguilar Morales. Ausente: Sergio A Valls Hernández, Disidente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaría: Georgina Laso de la Vega Romero.

Esta Tesis Se publicó el viernes 14 de noviembre de 2014 a las 9:20 horas en el Semanario Judicial de la Federación.²³¹

SALUD. EL DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PREGRESIVO. – En el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé obligaciones de contenido y de resultado; aquéllas, de carácter inmediato, se refiere a que los derechos se ejercen sin discriminación y a que el Estado adopte dentro de un plazo breve medidas deliberadas, concretas y orientadas a satisfacer las obligaciones convencionales, mientras que las de resultado o mediatas, se relacionan con el principio de progresividad, el cuál debe analizarse a la luz de un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. En esa lógica, teniendo como referente el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental contenido en el artículo 12 del

²³¹ Tesis 2ª. CIX/2014(10ª.), Publicada en la Gaceta Del Seminario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 12, noviembre de 2014, Tomo I, página 1190; Registro Digital: 2007936.

citado Pacto, se impone al Estado Mexicano, por una parte, la obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho a la salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados hasta el máximo de los recursos de que disponga. De ahí que se configurará una violación directa a las obligaciones del Pacto cuando, entre otras cuestiones, el Estado Mexicano no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado.

Esta Tesis Se publicó el viernes 14 de noviembre de 2014 a las 9:20 horas en el Semanario Judicial de la Federación.²³²

4.3 Sentido de la resolución, derivado del “Amparo” 350/2014

Por otra parte, la Sala determinó concederle el amparo²³³ a la quejosa por la omisión del IMSS de no tomar las medidas para adquirir el citado fármaco, como ella lo reclamo en su demanda de amparo, toda vez que el Juez, aun cuando en su sentencia se otorgo la protección constitucional contra todos los actos reclamados, no se pronunció al respecto; de manera que la Sala al advertir esto, de oficio acordó subsanar esta situación para no dejar a la quejosa en estado de indefensión, puesto que esta omisión representa una violación a su derecho a la salud.

Así lo estimó, ya como lo había expresado, una de las obligaciones conforme a este derecho humano consiste en procurara la disponibilidad de medicamentos que curen, alivien las enfermedades de las personas, o bien mejoren su estado de salud y su calidad de vida, al ser este un derecho amplio e integral.

²³² Tesis 2ª. CVII/2014 (10Aa.), publicada en la gaceta, página 1192; Registro digital: 2007938.

²³³ Amparo presentado el 5 de julio de 2012, en los Juzgados de Distrito en el Estado de Oaxaca , en la que se reclamó: la violación del derecho de acceso a la salud, al no proporcionarle a la parte quejosa en una de las Unidades del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) un medicamento. Finalmente, el Director Jurídico del IMSS solicitó al Alto Tribunal que de oficio ejerciera su facultad de atracción. Posterior a ello, fue remitido a la Segunda Sala del Máximo Tribunal Nacional.

De tal manera, enfatizó que a pesar de que el IMSS no contravino el derecho humano a la protección de la salud al negar el suministro del indicado medicamento, si lo hizo con la referida omisión de no tomar las medidas para solicitar a la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud, la posibilidad de incluirlo, con lo que al atender la petición y seguir el procedimiento establecido en la Ley, pudiera decidirse sobre su seguridad, eficiencia y eficacia terapéutica.

Por lo tanto, la Sala consideró que para proteger el derecho a la salud de la quejosa, respecto a la obligación del Estado de procurara la mencionada disponibilidad de medicamentos, el IMSS está legitimado según los artículos 26 y 27 del Reglamento Interior de la mencionada Comisión, como prestador del servicio de salud, para solicitar a la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud, la actualización del aludido cuadro básico para incluir el fármaco indicado. De ahí que la Sala estimó necesario conceder a la quejosa el amparo y protección de la Justicia de la Unión en contra de la citada omisión, para que, con fundamento en el referido artículo 27 del RCICICBCISS, por conducto del servidor público competente, solicite a dicha Comisión, la posibilidad de incorporar el fármaco *Soliris eculizumabK* en el cuadro básico interinstitucional, a fin de que una vez que se lleve a cabo el procedimiento legal correspondiente, pueda decidirse sobre su seguridad, eficiencia y eficacia terapéutica.

En virtud de lo anterior, la Sala modificó la sentencia de Juez de Distrito, de forma que una parte sobreseyó en el juicio, en la otra negó el amparo y, **finalmente, otorgó la protección constitucional a la quejosa.**

4.4 La acción de “Tutela” como mecanismo jurisdiccional en Colombia sobre el derecho a la salud

En Colombia al igual que en México, existen figuras jurisdiccionales para hacer efectivos los derechos fundamentales; sin embargo en territorio colombiano han decidido llamarlo “**Tutela**”.

Es por ello que el jurista Juan Carlos Esguerra Portocarrero, confiesa que han preferido usar la expresión acción de “tutela”, para presentar una figura específica para el modelo colombiano.²³⁴

La acción de tutela incorporada al Art. 86 de la nueva Constitución colombiana es, en esencia, el derecho de amparo de la propuesta del gobierno. Por ende el Art. 86 señala lo siguiente:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

A sí mismo, la Corte Constitucional ha señalado a la “dignidad humana” como piedra angular de la acción de tutela, reiterando que la dignidad humana “*es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contempladas en la Constitución*”.²³⁵

Esta figura jurídica colombiana denominada tutela, puede ser empleada como un mecanismo ágil y eficiente, al alcance de cualquier persona, en todo momento y lugar, para la protección inmediata de sus derechos constitucionales cuando ellos sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en ciertas condiciones.

Hermosas frases, frente a una dramática realidad como la que vive Colombia, rodeada de una sistemática violación de los derechos fundamentales y la negación de los Derechos Económicos Sociales y Culturales; para los nacionales que viven en pobreza extrema, además de la marginación sin que el Estado se ocupe de su suerte. Por lo tanto; ¿de qué Estado Social de Derecho podemos hablar?

²³⁴ Camargo, Pablo Pedro, *Manual de la acción de tutela*, 6ª Edición, Bogotá, Editorial Leyer, 2010, pág. 86.

²³⁵ Ibidem; Pág. 116.

Por otra parte, la **Corte Constitucional Colombiana**, ha desempeñado un papel fundamental para la protección de los derechos fundamentales, pues se ha convertido en el principal garante de la acción de tutela frente a los contrapesos interpuestos por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado de Colombia.

El derecho a la salud y el saneamiento ambiental, son derechos fundamentales previstos en la Constitución Colombiana en el artículo 49, además de que la Corte Constitucional ha establecido la **acción de de tutela** para protegerlo. Derivado de lo anterior, **el derecho a la salud, es declarado fundamental en 1992** por la Corte Constitucional por su estrecha intimidad con el derecho a la vida amenazada por la enfermedad.

Sin embargo, alcanza su verdadera dimensión a partir de la sentencia de tutela T-760 de 2008, sentencia que se analizará en el siguiente apartado.

Finalmente, concluimos en que tanto el **amparo** y la **tutela**; son instrumento jurídicos que han permitido acercar la Constitución a los ciudadanos.

4.5 Sentencia T-760/08

Durante la estancia que se realizó en Bogotá, tuvimos la oportunidad de tener una visita a las instalaciones de la Corte Constitucional Colombiana; para lo cual contamos con el apoyo rotundo de la Dra. Martha Paz, por consiguiente; nos comentó que nos sería de gran ayuda para la investigación; acudir a las oficinas de la Relatoría de la Corte Constitucional, ubicada en la Carrera 8 N° 12^a-19.

Una vez en las instalaciones de la Relatoría de la Corte Constitucional, personal de la institución nos asesoro para la búsqueda de jurisprudencia relevante para nuestra investigación. En cuanto al derecho a la salud, la sentencia **T-760/08** y la sentencia **C-313/14** representan la piedra angular del derecho a la salud; dentro del pronunciamiento por la Corte Constitucional Colombiana, por lo cual comenzaremos por el análisis de la primera en comentario.

En la citada sentencia la Corte se pronuncia sobre varios aspectos relacionados con la salud, por lo cual solo citaremos algunos.

Además, de que la referida sentencia se sintetizó lo que hasta ese momento había considerado el Tribunal Constitucional sobre el derecho a la salud. Dijo la Sala de Revisión:

“(...) El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna(...)”.

De manera sucinta podemos decir que los primeros momentos de reconocimiento de la salud como garantía fundamental en el ordenamiento jurídico Colombiano pasan por la conexidad, tesis según la cual el *status* de derecho fundamental, se adquiere por su relación directa con otros derechos que sí ostentan dicho carácter, tales como la vida y la integridad física.

TABLA 24: Pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana sobre aspectos relacionados a la salud

DERECHO A LA SALUD	
1.	Servicios de salud de manera oportuna, eficaz y efectiva
2.	Debe ser respetado por las entidades responsables: IPS Y EPS

3.	Protección cuando se obstaculiza a la persona la libertad de elegir a la entidad a la cual se puede afiliarse
4.	Goce efectivo del derecho
5.	Obligaciones derivadas del derecho a la salud: <i>respetar, proteger y garantizar.</i>
6.	Existencia de un Sistema de Salud que garantice su acceso
7.	Reglas de recobro

Fuente: <http://seguimientot760.corteconstitucional.gov.co/T-760-08.php>

En la presente Sentencia, la Corte Constitucional aborda varios casos en los que se invoca “**la protección del derecho a la salud**”. A su vez, la citada sentencia es el resultado de una acumulación de procesos, que permite a la Corte analizar diferentes facetas del derecho a la salud; por otro lado la Corte pretende tener una valoración general sobre *los problemas que han llevado a los tutelantes a acudir a la justicia constitucional para obtener la satisfacción de sus derechos.*

La Corte Constitucional, define a la sentencia **T-760/08** como la acumulación de varios casos referentes al derecho a la salud, sin embargo la Corte señala que es necesario identificar dos tipos de problemas jurídicos; de **carácter concreto** y de **carácter general**.

En cuanto a los problemas de **carácter concreto** la Corte refiere los siguientes:

TABLA 25: Sentencia T-760/08, problemas de carácter concreto

Situaciones de carácter concreto en los que la Corte Colombiana reitera que se viola el derecho a la salud		
1. ¿Se desconoce el derecho a la salud por una entidad encargada de garantizar los servicios?	-Se viola cuando no autoriza los servicios, invocando que no se encuentran en el plan obligatorio de servicios	-Además, una EPS viola el derecho a la salud, en base al argumento: de que la

	-Todos tienen derecho constitucional a la salud, siempre y cuando hayan sido requeridos por el médico tratante	persona no ha presentado la solicitud al Comité Técnico Científico -Ni imponer como excusa las cargas administrativas
2. ¿Se desconoce el derecho a la salud por una entidad, hasta tanto no cancele el pago moderador ¿	-Se irrespeta su derecho de acceder, si se le exige como condición previa que cancele un pago moderador	
3. ¿Se desconoce el derecho a la salud por parte de una entidad, cuando no autoriza a un niño o niña un servicio que requiere y sus responsables no lo pueden costear?	-Es violado cuando el servicio requerido con necesidad es negado a una niña o niño, pues son sujetos de especial protección	
4. ¿Se desconoce el derecho a la salud de una persona, cuando la entidad encargada de garantizarle el servicio desconoce, la orden de un médico no adscrito a la entidad respectiva?	-La entidad médica correspondiente llevará a cabo una evaluación al paciente, y si no se desvirtúa el concepto del médico externo, entonces se cumplirá con lo que este manda	
5.		
6. ¿Se desconoce el derecho a la salud de una	-El acceso a la salud debe ser continuo, no puede ser	.Viola el derecho la salud la EPS , que

<p>persona, por la entidad encargada, si interrumpe el suministro porque ya transcurrió un mes luego del momento en que dejo de cotizar?</p>	<p><i>interrumpido súbitamente</i></p>	<p>suspenda el suministro antes de que haya sido asumido por otro prestador</p>
<p>7. ¿Se desconoce el derecho a la salud, por una entidad que se niega a afiliarse a una persona, que dentro de su grupo familiar exista persona con una enfermedad catastrófica?</p>	<p>-La respuesta de la sala a esta cuestión es afirmativa, en razón de que la entidad esta desconociendo el derecho a la salud</p>	
<p>8. ¿Viola un órgano del Estado el derecho de petición de una entidad encargada, al negarse a contestar de fondo una petición para remover un obstáculo?</p>	<p>-Se responde afirmativamente a esta pregunta</p>	
<p>9. ¿Vulnera el derecho a la salud la interpretación restrictiva del POS, según la cual se entienden excluidos los insumos no mencionados expresamente en el POS, y procede en consecuencia su recobro ante el Fosyga?</p>	<p>-Con base en los criterios de interpretación elaborados por la Corte Constitucional, se responde afirmativamente a la anterior pregunta.</p>	

Con referencia a los problemas de carácter general, la Corte Constitucional procede a señalar la **existencia de casos graves y recurrentes en el Sistema de Protección del derecho a la salud.**

Ahora bien, en el ámbito de los problemas de carácter general la Corte Constitucional se refiere a estos como cuestiones de **orden constitucional.** Además, la Corte Constitucional menciona que todos los problemas generales se pueden reunir en uno solo a saber: Las fallas de regulación constadas en la presente sentencia a partir de los casos acumulados y de las pruebas practicadas por esta Sala, **representan una violación de las obligaciones constitucionales que tienen las autoridades competentes de respetar, proteger y garantizar el** derecho a la salud para asegurara su goce efectivo.

A su vez, la Corte decreta la existencia de fallas en el Sistema de Salud colombiano, sin embargo esta no tiene la competencia para ordenar un sistema distinto, puesto que dicha función le compete al legislador.

TABLA 26: Sentencia T-760/08, problemas de carácter general

Situaciones de carácter general en los que la Corte Colombiana reitera que se viola el derecho a la salud	
1. ¿Desconoce el Estado el derecho a la salud de las personas al permitir que se mantenga la incertidumbre en relación con los servicios incluidos, los no incluidos y los excluidos del plan obligatorio de salud?	-Se concluye que el Estado <i>desprotege</i> el derecho a la salud, al mantener las incertidumbres en torno a la cobertura asegurada por el plan obligatorio de salud, pues así impone cargas elevadas y barreras al acceso a los servicios de salud.
2. ¿Desconoce el Estado el derecho a la salud de las personas, al permitir que la mayoría de las decisiones judiciales	-Considera que el Estado si deja de proteger el derecho a la salud, cuando permite que la mayoría de las

que lo tutelan tengan que ver con los servicios contemplados en los POS?	violaciones a este, se presentan en situaciones que versan sobre el POS
3. ¿Desconoce el Estado el derecho a la salud de las personas beneficiarias del plan subsidiado, puesto que este difiere de los contenidos contemplados en el POS para el plan contributivo?	-La Corte estima que después de 15 años de haber sido expedida la Ley 100 de 1993, es constitucionalmente inadmisibile que no se haya previsto superar la desigualdad entre el plan subsidiado y el contributivo
4. ¿Desconoce el Estado el derecho a la salud de las personas que requieren con necesidad un servicio de salud, diferente a medicamentos al no haber fijado y regulado un procedimiento, mediante el cual se garantice el acceso efectivo?	Para la Sala, la ausencia de regulación clara que permita hacer efectivos los derechos de los usuarios cuando requieren un servicio de salud, diferente a un medicamento, no incluido en el POS, es una de las razones por las cuales la tutela se ha convertido en el mecanismo generalizado para acceder a servicios de salud no incluidos en el POS ordenados por el médico tratante
5. El que no exista un flujo de recursos adecuado para garantizar el acceso a los servicios de salud que se requieran con necesidad, no incluidos dentro de los planes de servicio, obstaculiza el acceso a dichos servicios.	

Por otra parte, cabe mencionar que la Corte Constitucional contempla el derecho a la salud, como un derecho constitucional fundamental, además de que lo ha protegido por tres vías:

1. Establece su conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana
2. Reconoce que el “Tutelante” es un sujeto de especial protección
3. Es afirmado en general la Fundamentabilidad del derecho a la salud

Al respecto nos pareció muy importante la postura de la Corte Constitucional respecto de los derechos fundamentales, ya que menciona la *esencialidad e inalienabilidad* del derecho para la persona, es decir, no es necesario que el texto constitucional lo diga expresamente, o a que ubique el artículo correspondiente dentro de un determinado capítulo.

La Corte Constitucional manifiesta que uno de los puntos torales que le dan sentido a los derechos fundamentales, es el “*concepto de dignidad humana*”, asociado al derecho a la salud. A sí mismo, la Corte relaciona el derecho a la “dignidad humana”, en el supuesto donde se le niega el derecho a la salud; a la pareja de una persona homosexual pues representa una violación a los derechos en comento.

Por otra parte, la Corte Constitucional señala a la “dignidad humana” y a “la salud” como las piedras angulares de todo **estado social de derecho**.

En la citada sentencia la Corte Constitucional no se detiene a definir el concepto y alcance el derecho a la salud, si bien es cierto brinda algunos conceptos; sin embargo el principal objetivo se centra en **las fallas concernientes a la regulación de su sistema de protección**.

Cabe destacar, que la Corte Colombiana enfatiza que uno de los principales problemas en su sistema de salud; es el referente a las limitaciones de carácter presupuestal, caracterizado por la escases de recursos. Además, de que el Estado colombiano como los particulares que actúan en su nombre, carecen de estrategias para hacer efectivo el derecho a la salud.

Como se menciono anteriormente el derecho a la salud, es considerado como un derecho fundamental por la Corte Constitucional, adicionalmente la Corte reitera en jurisprudencia su **conexidad** con otros derechos como: el derecho a la vida y la integridad personal. Esto ha sido denominado la tesis de la *conexidad*: la obligación que se deriva de un derecho constitucional es exigible por vía de tutela

si esta se encuentra en *conexidad* con el goce efectivo de un derecho fundamental.²³⁶

No obstante, la Corte manifiesta que existen otras orbitas relacionadas con el derecho a la salud que deben de ser garantizadas mediante la *tutela*, entre estos derechos se encuentran la **vida y la igualdad**, además de ser reconocidos por la Corte como derechos aplicación inmediata.

Si bien es cierto, que la figura jurídica de la “**tutela**” funge como mecanismo para hacer exigible el derecho a la salud frente al Estado colombiano, también lo es que existen excepciones en donde la Corte Constitucional ha negado la acción de tutela. A continuación se mencionan los casos de excepción:

1. Servicios de salud estéticos (sentencia T-749 de 2001)
2. Gafas y cirugía ojos (sentencia T-1036 de 2000)
3. *Tratamientos de fertilidad* (sentencia T-698 de 2001)
4. Prótesis (*sentencia T-1123 de 2000*)
5. By pass gástrico (*En sentencia T-1078 de 2007*)
6. Servicios de odontología (sentencia T-343 de 2003)
7. Alergias (sentencia T-1289 de 2005)

4.6 Sentencia C-313/14

La sentencia C-313/2014, la Corte afirma definitivamente que la “salud” es un derecho fundamental, autónomo y tutelable sin necesidad de que se presente conexidad con ningún otro derecho fundamental.

²³⁶ La jurisprudencia constitucional ha señalado que los derechos sociales, económicos y culturales deben ser considerados fundamentales en aquellos casos en que estén en conexidad “*con un principio o con un derecho fundamental*”. Sentencia T-406 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón) Esta posición jurisprudencial, acogida rápidamente por otras Sala de Revisión de la Corte Constitucional (v.gr., sentencia T-571 de 1992; MP Jaime Sanín Greiffenstein), ha sido sostenida de manera continua e ininterrumpida hasta el momento.

Además, la Corte hace mención de otros aspectos que tienen eminente relación con el derecho a la salud; entre los cuales se encuentran los siguientes:

- a) *Disponibilidad*: El Estado deberá de garantizar personal médico, tecnologías así como instituciones de salud.
- b) *Aceptabilidad*: Los diferentes agentes del sistema de salud deberán de ser respetuosos.
- c) *Accesibilidad*: Los servicios y tecnologías de salud deberán de ser accesibles.
- d) *Calidad e idoneidad profesional*: Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud, deberán estar centrados en el usuario.

Así mismo, la citada sentencia señala que el Estado Colombiano tiene determinadas obligaciones a nivel internacional, aduciendo la observación general número 14 del 2000.

Respecto de la **tutela** en el sistema jurídico Colombiano, se vislumbran dos escenarios; en el primero, el Sistema de Seguridad Social en Salud operaría eficiente, eficaz y efectivamente, garantizando así el derecho a la salud para todos los colombianos en forma universal y con calidad. En un segundo escenario, la **tutela se incrementaría desmesuradamente.**

Por otra parte la **Comisión de Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008 y de Reforma Estructural al Sistema de Salud y Seguridad Social CSR** señalan que la acción de tutela es restringida ampliamente por la ley estatutaria puesto que: 1) restringe el acceso a los servicios de salud; 2) las exclusiones integradas restringen la acción de amparo, ya que primero tendrá que esperar a que surten sus efectos las providencias administrativas; 3) excluye servicios como pañales para los adultos mayores, ya que no serían tutelables; 4)) se debe demostrar la capacidad de pago aun después de que se surta el proceso por la vía administrativa para ejercer la tutela.

Papel de la ley estatutaria en análisis, en la realización efectiva del derecho a la salud, a partir del flujo de recursos económicos y uso adecuado, eficaz y

eficiente de los mismos, en un marco constitucional que establece el principio de sostenibilidad fiscal.

Derivado de lo anterior, una vez que se considera a la salud como un derecho fundamental, no cabe la oposición **del principio de sostenibilidad fiscal**, lo cual está predeterminado por el artículo 334 Superior.

Advierte que al ser la salud un derecho fundamental, la cobertura universal no va a distinguir la condición económica del aportante, lo que implica un reforzamiento de los mecanismos actuales de financiación a partir del concepto de aportes fiscales y parafiscales y un control estricto en la ejecución del gasto, así como un mayor conocimiento y control por el Estado de los inventarios y catastros con el fin de prevenir y evitar sobrecostos en los medicamentos, insumos y equipos de diagnóstico y tratamiento, sobrefacturaciones y consumos inducidos, suntuarios o innecesarios.²³⁷

En este contexto de racionalización del gasto resultan viables políticas de control fiscal, incluida la posibilidad de aplicar el principio de sostenibilidad fiscal.

Otro de los aspectos fundamentales y además, de gran relevancia lo constituye el pronunciamiento de la Corte referente a las **exclusiones en los servicios de salud**, *son inconstitucionales y por lo tanto no pueden estar sujetas a la voluntad de los funcionarios del sistema.*

Además, se plantea que el principio de sostenibilidad fiscal debe de ser inherente al Estado Social de Derecho, definiéndose como un criterio orientador que revista, en la prestación de servicios de salud, un principio fundamental, siendo un referente que comprometa el comportamiento público del Estado en función de desarrollar los mecanismos que sean necesarios para que, desde las finanzas públicas, la prestación de servicios sea consustancial a su existencia.

Afirma que la sostenibilidad fiscal debe enfocarse en la garantía de los recursos suficientes para la materialización del derecho a la salud, teniendo en cuenta los

²³⁷ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>

compromisos que ha adquirido Colombia frente a los DESC en el concierto internacional.

A su vez, la **Comisión de Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008 y de Reforma Estructural al Sistema de Salud y Seguridad Social CSR**, considera que la **sostenibilidad fiscal** es una medida regresiva, impone un obstáculo económico al derecho a la salud y un límite legal a la responsabilidad del Estado, lo que, en su sentir, se agrava teniendo en cuenta **la Ley 1695 de 2013, disposición que permite a los ministros y al procurador interponer el recurso de impacto fiscal, cuando, a su consideración, el cumplimiento de la tutela afecta el techo presupuestal.**

Sin duda alguna **La Ley estatutaria** reduce la visión de la salud, así como el acceso a los servicios, sin tener en cuenta los determinantes sociales. A lo que se suma una restricción presupuestal dura, acogiéndose **al principio de sostenibilidad fiscal**, con lo que se evidencia una mercantilización del derecho fundamental, además, de antecedentes de ataque a los mecanismos de defensa del derecho.

Uno de los aspectos que nos parece trascendente, versa sobre la **Ley Estatutaria**, puesto que; en varias ocasiones se refieren a ella como una Ley Inconstitucional. Así mismo, advierten que el **Gobierno Colombiano pretende acabar con los hospitales públicos, liquidándolos y vendiéndolos a operadores privados bajo el argumento de que no son rentables financieramente. Resalta que los hospitales públicos son un instrumento del Estado para avanzar en equidad y justicia social creados para cuidar a las poblaciones más pobres y desprotegidas.**

Cabe señalar que, la población colombiana esperaba que la ley estatutaria dejara de lado gran cantidad de dificultades generadas como consecuencia de haber **convertido a la salud en un negocio mercantil.**

Por su parte, la **Federación Colombiana de Enfermedades Raras, FECOER** señala como verdaderas causas del empobrecimiento de la salud en Colombia las siguientes:

Tabla 27: Causas del debacle de la salud en Colombia

1.	La presión por la mercantilización del derecho
2.	El desbalance en las políticas que deberían garantizar las fuentes de los recursos
3.	El gasto público exagerado
4.	<u>La corrupción</u>
5.	El aumento de la judicialización por las barreras impuestas por las entidades encargadas de administrar recursos y prestar servicios
6.	<u>El enfoque preventivo</u>

Fuente: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>, pág.

62

Cabe señalar, que la precitada sentencia hace alusión nuevamente al pronunciamiento de la Corte Colombiana sobre el derecho a la salud; destacando que en un primer momento el ordenamiento Colombiano consideraba al derecho a la salud como un derecho conexo a otros, para posteriormente reconocer su peso jurídico como un derecho autónomo.

Tabla 28: Pronunciamiento de la Corte Constitucional Colombiana respecto de ley Estatutaria en Salud

PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

RESPECTO DE LA LEY ESTATUTARIA EN SALUD	
ARTÍCULO 1º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 2º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 3º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 4º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 5º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 6º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 7º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 8º	INEXEQUIBILIDAD
ARTÍCULO 9º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 10º	
ARTÍCULO 11º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 12º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 13º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 14º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 15º	
ARTÍCULO 16º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 17º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 18º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 19º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 20º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 21º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 22º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 23º	
ARTÍCULO 24º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 25º	EXEQUIBLE
ARTÍCULO 26º	EXEQUIBLE

4.7 La Corte Interamericana y el derecho a la salud: Caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala

El 26 de agosto de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la CIDH”) recibió una petición presentada por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional - CEJIL, la Red Nacional de Personas que Viven con el VIH/SIDA, la Asociación Gente Unida, el Proyecto Vida, la Fundación Preventiva del SIDA Fernando Iturbide y la Asociación de Salud Integral (en adelante “los peticionarios”), en la cual se alega la responsabilidad internacional del Estado de Guatemala (en adelante “Guatemala”, “el Estado” o “el Estado guatemalteco”) como consecuencia de la falta de atención médica respecto de 39 personas que viven con VIH/SIDA.²³⁸

Según los peticionarios el Estado no habría brindado ningún tipo de atención médica a favor de las presuntas víctimas, sin embargo el Estado reconoció que en un primer momento las presuntas víctimas no recibieron atención médica pública en respuesta de su condición médica. Además el Estado guatemalteco alegó que estas personas se encontraban recibiendo atención por parte de organizaciones internacionales sin fines de lucro.

Finalmente, el Estado Guatemalteco mencionó que a la fecha las presuntas víctimas se encuentran recibiendo una atención médica integral y adecuada a cargo de entidades públicas.

No obstante, tras analizar la información disponible, la Comisión concluyó que el Estado de Guatemala era responsable por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la protección judicial establecidos en los artículos 4.1, 5.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la Convención”), en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento en perjuicio de las personas indicadas en el presente informe.

²³⁸ <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12484FondoEs.pdf>

Derivado de lo anterior, el 2 de diciembre del 2016 la Comisión Interamericana sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el caso **Cuscul Pivaral y otros Vs Guatemala**.

De acuerdo con lo indicado por la Comisión, el caso se refiere a la presunta responsabilidad internacional del Estado por la violación de diversos derechos establecidos en la Convención Americana en perjuicio de 49 presuntas víctimas que fueron diagnosticadas con VIH entre los años de 1992 y 2003.

Según el Estado Guatemalteco a partir de los años 2006-2007 implementó algún tratamiento para las personas que viven con el VIH, pero la atención no fue integral ni adecuada, por lo tanto consideró que estas deficiencias continuaron violando los **derechos a la salud, vida e integridad personal** en perjuicio de las víctimas sobrevivientes.

Además, cabe señalar que las presuntas víctimas hicieron uso de otros recursos; entre los que se encuentran una **carta dirigida al Presidente** de Guatemala y un **amparo interpuesto ante la Corte de Constitucionalidad**.

Por lo que respecta a la carta dirigida al presidente, con fecha de 27 de mayo del 2002, las víctimas expresaron la situación caótica ante la cual se encontraban, ya que el Estado solo estaba dando tratamientos antirretroviral, con medicamentos de marca a solo 27 personas, cuando podía utilizar medicamentos genéricos con los que se pudiera atender a 300 personas.

Posterior a ello. El 10 de junio de 2002 el Procurador de los Derechos Humanos (en adelante también “el Procurador”) envió una comunicación al entonces Presidente de la República en la que expuso su apoyo incondicional a la carta de 27 de mayo de 2002. Indicó que las personas que reciben tratamiento antirretroviral por parte de un organismo internacional es por sólo tres años, y para un número limitado de personas. También sostuvo que, según estimaciones, cuatro mil personas necesitan dicho tratamiento. 45 Ninguna de las dos cartas tuvieron respuesta.

Debido a la falta de respuesta por parte del Presidente, el 26 de julio de 2002 veintidós personas, incluyendo a trece de las presuntas víctimas 47, y organizaciones de la sociedad civil, presentaron un recurso ante la Corte de Constitucionalidad. Mediante ese recurso reclamaron lo siguiente:

la conducta negativa y omisa del Presidente a la carta fechada de veintisiete de mayo del año en curso, en donde clara y contundentemente se le pedía su inmediata intervención para cumplimiento del deber constitucional del Estado de Guatemala, abstención a lo ordenado en la carta magna que equivale al incumplimiento a un mandato constitucional propiamente dicho, hace que el acto reclamado además de legítimo debe conllevar el obligar a la autoridad responsable a que actúe respetando la garantía constitucional omitida a través de la concesión del amparo provisional y luego de agotadas las instancias respectivas el amparo definitivo²³⁹

Como consecuencia del amparo interpuesto ante la Corte de Constitucionalidad, las víctimas señalaban que el Estado tenía la obligación de dictar “políticas de emergencia”, para que así tuvieran garantizado su derecho a **la salud y a la vida**.

Sin embargo, el 1 de agosto del 2002, el entonces presidente de la República, presentó un escrito ante la Corte de Constitucionalidad. Indicó que en el caso “no se evidencia ninguna vinculación entre los recurrentes y el agravio denunciado (...) donde pareciera que se está invocando una causa popular, que de ninguna manera puede ser materia a discutirse en una acción de amparo” y solicitó que se declarara sin lugar la acción constitucional de amparo y se condenara al pago de costas judiciales a los interponentes.

Posteriormente, el presidente de Guatemala tuvo una reunión con el Ministro de Salud; para autorizar una partida extraordinaria de 500,000.00 quetzales y así, poder dar respuesta a los requerimientos de las personas con VIH/SIDA.

Al respecto, el 29 de octubre los demandantes expusieron en sus alegatos de audiencia, que es cierto que existe voluntad por parte del presidente. No obstante,

²³⁹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf

sostuvieron que “subsisten las razones que motivaron la presentación de la acción de amparo ya que si bien es cierto el dinero se encuentra depositado, por una u otra razón no se ha podido iniciar con los tratamientos antirretrovirales para las personas que viven con VIH/SIDA”, por lo cual el Estado no cumplió con su deber constitucional de atender a todas las personas que viven con ese diagnóstico, pues únicamente se proporciona atención a 27 de ellas.

Por su parte las víctimas solicitaron a la Corte de Constitucionalidad que declara con lugar la acción de amparo y así, ordenar al Estado dictar políticas públicas para así garantizar sus derechos fundamentales.

Finalmente, la Corte de Constitucionalidad, dicta resolución de 29 de enero de 2003, señalando que si bien es cierto los accionantes aceptaron que el presidente de Guatemala ordeno una transferencia de (Q. 500,000.00) para atender a las personas afectadas por el VIH/SIDA; ello significaba un argumento a favor del Estado Guatemalteco, por lo que la acción intentada por las víctimas quedo sin materia sobre la cual resolver, declarándose **improcedente**.

Algo que nos pareció de gran interés; son las aportaciones por parte de los representantes de las presuntas víctimas con VIH; puesto que, sus recomendaciones hacia Corte IDH versan en que dicho órgano jurisdiccional considere el derecho a la salud como un derecho autónomo, lo cual permitiría definir las medidas que debe adoptar el Estado para garantizar el desarrollo progresivo de dicho derecho. [Checar artículo 26](#)

Tabla 29: Violaciones en las que ha incurrido el Estado guatemalteco

<p>1. Violación al derecho a la salud</p>	<p>Al adoptar medidas regresivas, y no disponer al máximo de sus recursos disponibles para prevenir la propagación del virus y garantizar el derecho a la salud</p>
<p>2. Barreras legales en patentes</p>	<p>Lo el abastecimiento permanente en el sistema de salud de medicamentos de bajo costo, al no permitirle al Estado disponer de forma efectiva de sus recursos económicos.</p>

3. La Ley de propiedad industrial	Estableció una limitación al comercio legítimo de medicamentos genéricos, impactando el acceso a tratamientos para personas que viven con el VIH.
4. La corrupción	Ha sido un obstáculo para disponer de forma efectiva de los recursos disponibles y con ello garantizar el derecho a la salud.

El pasado 25 de octubre, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) publicó la sentencia del Caso **Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala**, en el que se declaró, por primera vez, la violación a la obligación de progresividad (artículo 26 de la Convención Americana) con relación a la falta de la efectividad del **derecho a la salud** de 43 pacientes que vivían/viven con VIH SIDA.²⁴⁰

Tabla 30: Consideraciones sobre los DESCA

Corte IDH	Obligaciones de los Estados
La Corte ha sostenido que el derecho a la vida es fundamental por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. (Derecho a la vida)	Los Estados deben garantizar la creación de las condiciones para su pleno goce y ejercicio
Respecto a la Integridad personal la Corte ha señalado lo siguiente...	Los Estados tienen el deber de adoptar las medidas necesarias tendientes a hacer frente a las amenazas a la integridad física de las personas
La corte se han pronunciado sobre la relación existente entre los derechos a la vida e integridad personal y el derecho a la salud y que “la falta de atención médica adecuada”	

²⁴⁰ <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=9187>

puede conllevar a su vulneración.	

Cabe señalar, que la Corte considera tanto a los derechos civiles y políticos, y a los económicos, sociales y culturales; deben ser “**entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello**”.²⁴¹

Finalmente, en la presente sentencia la Corte determinó que el Estado guatemalteco es responsable por la violación al **derecho a la salud y a su vez por las omisiones del Estado** en el tratamiento médico de 49 víctimas del caso y por la afectación de la integridad personal de 46 víctimas y 63 de sus familiares.

Además, este tribunal consideró pertinente brindar gratuitamente tratamiento psicológico, médico y psiquiátrico **a las víctimas directas de violaciones al derecho a la salud y a la integridad personal**. Así mismo, el tratamiento deberá incluir:

1. El suministro gratuito y de por vida de los medicamentos que eventualmente se requieran, tanto aquellos necesarios para combatir el VIH, como aquellos necesarios para combatir las enfermedades oportunistas;
2. La realización de pruebas diagnósticas para la atención del VIH y para el diagnóstico y tratamiento de otras enfermedades que puedan surgir;
3. El apoyo social, que incluya el suministro de alimentos necesarios para el tratamiento, apoyo emocional, asesoramiento psicosocial y apoyo nutricional;
4. Los preservativos, lubricantes, material de inyección estéril como tecnologías de prevención del VIH

²⁴¹ <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12484FondoEs.pdf>

PROPUESTA

Sin duda alguna, al cambiar el modelo de salud, a una seguridad privada puede ser todo menos una seguridad social, por ende debe expresarse constitucionalmente la prohibición al Estado para que no pueda delegar, subrogar, autorizar o permitir a entes privados que brinden servicios públicos, puesto que es a entes públicos a los que les compete hacerlo, y de no ser así, de facto se privatizaría el servicio y unos cuantos monopolizarían la atención a la salud medica.

Además, de que organismos internacionales como lo son la Organización de las Naciones Unidas (ONU) alertan que la privatización generalizada de los bienes públicos vulnera los Derechos Humanos.

- Adoptar una política fiscal que posibilite la asignación del máximo de recursos disponibles para garantizar y promover el ejercicio efectivo de derechos.
- Creación de mecanismo de exigibilidad para todas las autoridades responsables de servicios públicos, mediante los cuales efectúan rendición de cuentas.
- **Adoptar formalmente el enfoque de derechos humanos** en las Políticas públicas, por ejemplo: Todas las autoridades en sus tres niveles de gobiernos deben de apegarse al mandato constitucional estipulado por el artículo 1º Constitucional para que de tal manera se puedan *garantizar, respetar y proteger los DESCAs*.
- **Transparentar el presupuesto** para dar cuenta de su evolución progresiva en servicios públicos, aplicando los más altos estándares internacionales de transparencia y acceso a la información.

CONCLUSIONES

- La privatización vulneraría sistemáticamente la protección de los derechos humanos, provocando una mayor marginación en los sectores más vulnerables.
- Los “**gastos de bolsillo**” por recibir atención médica en los servicios públicos de salud, son las expresiones de incumplimiento del mandato de la Ley General de Salud de alcanzar la cobertura universal en servicios de salud de la población sin afiliación a la seguridad social.
- Los recursos para el Sistema de Protección en Seguridad Social **no cuenta con los mecanismos de transparencia** y rendición de cuentas suficientes para evitar su desvío.
- El análisis de la investigación reflejan que la “salud” y “seguridad social” contenidos tanto en la Constitución Mexicana como la Constitución Colombiana responden a un **Estado Neoliberal de derecho**, donde la **privatización** de lagunas actividades y el desentendimiento del Estado sobre las problemáticas relacionadas con los derechos en comento, es cada vez mayor, dejando en manos del sector privado el negocio de los servicios públicos, especialmente por las trasnacionales, así como por bancos e instituciones de crédito; que también controlan la inversión extranjera.
- Es evidente que las reformas estructurales atentan contra el Estado de Derecho y derechos fundamentales como “La salud”.
- El Estado pretende delegar sus responsabilidades: En el ámbito de la salud y la seguridad social.

- Se colocará al derecho a la salud en un plano de difícil acceso.

- Al madurar este proceso nos encontramos ante un sistema de salud ajeno al espíritu constitucional de los artículos 4º y 123º.

- La propuesta de reforma al sector salud y las reformas a la Ley General de Salud, delinean un retroceso a la salud y seguridad social. Simultáneamente, significan el abandono de los derechos sociales consagrados en la Constitución de 1917.

- El POS dentro del sistema de Salud Colombiano, vulnera el principio de **igualdad**; dado que el nuevo conjunto de normas concebido para conducir el derecho a la salud, preserva dos regímenes diferentes en materia de prestación del servicio de salud.

- Ahora bien, si el Estado mexicano dejara por completo en manos de los particulares el derecho humano a la salud, estaríamos alejándonos de un verdadero Estado Social de Derecho; para transformarse en un Estado neoliberal de derecho en donde la privatización, desencadenaría el desentendimiento del Estado a las problemáticas sociales, dejando al alcance del sector privado la garantía de los derechos fundamentales; para convertirlos en negocios lucrativos.

- La defensa de los Derechos Humanos no figura entre los criterios a tener en cuenta a la hora de llevar a cabo ***“acuerdos de privatización”***.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS RAMÍRES, Jaime et. al *Dos décadas del Sistema en seguridad social en salud: Desarrollo, crisis y soluciones*, Colombia, Asociación Colombiana de empresas de Medicina, 2012.
- ARNAIZ AMIGO, Aurora *Historia Constitucional de México*, México, Trillas, 1999.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, 4a.Ed., México, Oxford University Press, 2014.
- BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Augusto *Teoría del Estado. Fundamentos de Filosofía Política*, 10a.Ed., México, Editorial Jus, 1985.
- BOBBIO, Norberto *Estado, Gobierno y Sociedad "Por una Teoría General de la Política"*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- BODENHEIMER, Edgar *Teoría del Derecho*, 2a.Ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- BRICEÑO RUIZ, Alberto, *Derecho de la seguridad social*, 4a.Ed., México, Oxford University Press, 2014.
- CANO VALLE, Fernando, *Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México: Hacia la reforma integral del sistema de salud mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- CARPIZO, Jorge *La Constitución Mexicana de 1917*, 7a. Ed., México, Porrúa, 1986
- CAZARES GARCÍA, Gustavo, *Derecho de la Seguridad Social*, 2a. Ed, México, Porrúa, 2010.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991, Preámbulo editorial Temis, Bogotá, 1991.
- DE BUEN LOZANO, Néstor *Manual de derecho de la seguridad social*, México, Porrúa, 2006.

- DE CORREA-LUGO, Víctor *La salud como derecho humano*, España, Universidad de Deusto.
- DELGADO MOYA, Rubén, *Derecho a la seguridad social*, México, Editorial Sista, 1991.
- DÍAZ LÓPEZ DE FALCO, Rosa María *El ombudsman de la salud en México*, México, Universidad nacional Autónoma de México, 2014.
- DÍAZ, Elías *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1998.
- Diccionario Jurídico de la Real Academia Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22^a. ed., Madrid, Espasa Calpe. 2017.
- Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, Espasa, 1999.
- Facultad Nacional de Salud Pública, *Crisis y perspectivas de la salud en Colombia*, Colombia, Ediciones Graficas, 1991.
- FARFÁN MENDOZA, Guillermo *Los orígenes del seguro social en México: Un enfoque neoinstitucional histórico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
- FERDINAND, Lassalle, *¿Qué es una Constitución?* , 2a.Ed., México, Tomo, 2013.
- GÓMEZ SERRANO, Laureano, *El control constitucional en Colombia*, 2º ed., Colombia, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2007.
- GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco, *El derecho social y la seguridad social integral*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1973.
- GUASTINI, Riccardo *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2001.
- ISAZA DELGADO, José. Et al., *Memorias de investigación 2008*, Bogotá, Estudio Gráfico y Digitas, 2009.

- KAMERMAN, Sheila B. y Kahn, Alfred J. *La privatización y el Estado Benefactor*, México, Fondo de cultura económica, 1993.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 2a. Ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, (Coord.), *Derechos humanos en el trabajo y la seguridad social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- LOZANO VILLANUEVA, *Una reflexión crítica sobre la salud de los mexicanos*, en López Cervantes, Malaquías, (Comp.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- MADRAZO, Jorge *Derechos Humanos: El Nuevo Enfoque Mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Ministerio de protección social y Universidad de Antioquia, *Análisis de la situación de la salud en Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2012.
- Ministerio de Salud, *La formación del personal de salud en Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2002.
- NARRO ROBLES, José *La Seguridad Social mexicana en los albores del siglo XXI*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- NOCOLÁS PÁEZ, Gustavo. Et al., *Estudio sobre el modo de gestionar la salud en Colombia*, Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social.
- NÚÑEZ, Jairo y otros. *La sostenibilidad financiera del Sistema de Salud Colombiano*, Fedesarrollo, 2012.
- OCHOA, Doris. Et al., *ABC de la descentralización de la salud*, Colombia, Ministerio de Salud República de Colombia, 1993.
- ORTIZ ALONSO, Luis Miguel, *Investigación sobre la privatización del Instituto del Seguro Social*, Bogotá, Universidad de Medellín, Facultad de Derecho, 1993.

- ORTIZ MAGALLÓN, Rosario, (coord.), *Diez años de reformas a la seguridad social en México. Balance, perspectivas y propuestas*, México, Offset Universal, S. A., 2008, Rabasa, O. Emilio *Historia de las constituciones mexicanas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- RADBRUCH, Gustavo, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965.
- RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl, *Derechos Humanos*, 4a. Ed., México, Oxford University Press, 2014.
- RAMÍREZ LÓPEZ, Alejandro José *Derecho a la salud*, México, Editorial Sista, 2003.
- RAMÍREZ LÓPEZ, Berenice, (Coord.), *La seguridad social reformas y retos*, México, Instituto de Investigaciones Económicas, 1999.
- Revista de Finanzas y Desarrollo, Publicación del Banco Mundial y el Fondo Monetarios Internacional, Septiembre de 1993.
- RIVA PALACIO, Antonio *Comentarios sobre la tensión entre el derecho a la salud y el derecho a la libertad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- RUIZ MORENO, Ángel Guillermo, *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*, 14a.Ed, México, Porrúa, 2015.
- SALAZAR UGARTE, Pedro Et al; *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.
- Salud, equidad y transformación productiva en América Latina y el Caribe, CEPAL/OPS, 1988.

SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo *La seguridad y la protección social en México: Su necesaria reorganización*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

SÁNCHEZ LEÓN, Gregorio *Derecho Mexicano de la Seguridad Social*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1987.

SIERRA LÓPEZ, Miguel Alonso, *El espíritu de la seguridad social*, México, Porrúa, 2012.

SIERRA ROJAS, Andrés, *Teoría del Estado*, 15a. Ed., México, Porrúa, 2000.

SIGERIST, Henry, *Hitos en la historia de la salud pública*, México, Editorial siglo XXI, 1981.

Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social, *La privatización de la Salud en Colombia*, Bogotá, Marfil Editores, 1996.

SOLÍS SOBERÓN, Fernando, *La seguridad social en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

TITELMAN, Daniel y Utholf, Andras, *ensayos sobre el financiamiento de la Seguridad Social en salud*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1991.

ZIPPELIUS, Reinhold *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, 3a. Ed., México, Porrúa, 2000.

Tesis P. XIX/2000 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tesis 2ª. CIX/2014(10ª.), Publicada en la Gaceta Del Seminario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 12, noviembre de 2014, Tomo I, página 1190; Registro Digital: 2007936.

Tesis 2ª. CVII/2014 (10Aa.), publicada en la gaceta, página 1192; Registro digital: 2007938.

FUENTES ELECTRÓNICAS

www.diputados.gob.mx

Carta Internacional de los Derechos Humanos: <http://dhpedia.wikipaces.com>.

www.un.org.

www.diputados.gob.mx

Carbonell Sánchez, Miguel, y Salazar Ugarte, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, pág. 1.

<https://biblio.juridicas.unam.mx>

Carbonell, Miguel y Ferrer Mac- Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Edit. Flores -UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pág. 34. biblio.juridicas.unam.mx

Consultado en: <http://www.ohchr.org/>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México,

[https://www.juridicas.unam.mx/...](https://www.juridicas.unam.mx/)

Consultada en: www.salud.gob.mx

<https://www.juridicas.unam.mx>

www.imss.gob.mx/servicios/guarderias/transparencia.

<http://portaltransparencia.gob.mx/>

<http://www.lr21.com.uy/mundo/1383>

<http://www.imss.gob.mx/>

<http://portaltransparencia.gob.mx/>

www.proyectosmexico.gob.mx.

<http://bit.ly/2aLpmxZ>

<http://desc.scjn.gobmx/DESC/documents/MEX02-Síntesis.pdf>

<https://www.minsalud.gov.co>

GLOSARIO DE SIGLAS

APP Asociaciones Público –Privadas

BID Banco Interamericano de Desarrollo

BM Banco Mundial

CTC Comité Técnico Científico

CIDH Corte Interamericana de Derechos Humanos

DESCA Derechos Económicos, Sociales y Culturales

DUDH Declaración Universal de los Derechos Humanos

EPS Entidad Promotora de Salud

ESS Empresa Solidaria de Salud

ESE Empresa Social del Estado

FOMIN Fondo Multilateral de Inversiones

FUNSALUD Fundación Mexicana para la Salud

FOSYGA Fondo de Solidaridad y Garantía

FMI Fondo Monetario Internacional

ISS Instituto de los Seguros Sociales

IMCO Instituto Mexicano para la Competitividad

IMSS Instituto Mexicano del Seguro Social

INCAN Instituto Nacional de Cancerología

ISSFAM Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas

ISSSTE Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado

IPS Instituciones Prestadoras de Salud

INFONAVIT Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores

LISSFAM Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas

OIT Organización Internacional del Trabajo

ONU Organización de la Naciones Unidas

OMS organización Mundial de la Salud

PAB Plan de Atención Básica

PAC Planes de Atención Complementaria

PIAPPEM Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos

PPS Proyectos para la Prestación de Servicios

POS Plan Obligatorio de Salud

POSS Plan Obligatorio de Salud Subsidiado

PIB Producto Interno Bruto

Sgsss Sistema general de seguridad social en salud (Colombia)

UNESCO Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura

UPC Unidad de pago por Capitación

VIH Virus de la inmunodeficiencia humana