



UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO

OPCIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

PROTECCIÓN Y ACCESO A LA SALUD COMO DERECHO HUMANO

**TESIS QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAESTRA EN DERECHO
CON OPCIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

PRESENTA:

LICENCIADA EN DERECHO PAOLA VALDEZ CASTRO

DIRECTOR DE TESIS: MAESTRO DAMIÁN ARÉVALO OROZCO

MORELIA, MICHOACÁN, FEBRERO DE 2019.

Dedicatoria

Para aquellas personas que me han enseñado el valor de seguir adelante y siempre ¡Echarle ganas!...

Para quienes que mantuvieron mi voluntad a flote...

A mis padres que han sido la raíz y el tronco de quienes busco ser extensión...

A mi padre que me mostró con su ejemplo de vida la fuerza descomunal que habita en nosotros † (Q.E.P.D.)...

A mi madre por ser una mujer luchadora e incansable...

A mi hermano por ser un fiel y divertido aliado durante mis estudios de maestría...

A esa persona incondicional que hoy es amigo, cómplice y un inigualable compañero de vida...

A cada uno de ustedes por depositar la confianza en mí desde el primer momento de esta travesía: ha sido un viaje inesperado y mágico.

Agradecimiento

Todo mi reconocimiento al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología por abrirme la oportunidad de desarrollo intelectual y profesional a través de sus becas.

Mención especial también para mi alma máter: la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo que me concedió formar parte, una vez más, de sus aulas.

Y un eterno gracias a los docentes que en ningún momento me permitieron desfallecer en mis constantes intentos por abrir la mente más allá de lo imaginable: a cada uno de ustedes por fijar la curiosidad intelectual hasta encontrar respuestas posibles en una espiral perfecta y continua de hambre de conocimientos que solo se expande.

Índice

Dedicatoria.....	II
Agradecimientos.....	II
Índice de gráficas.....	V
Resumen.....	V
Palabras clave.....	VI
Abstract.....	VI
Introducción.....	VIII

CAPÍTULO 1

EXISTENCIA E INEXISTENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS: PERFILES TEÓRICOS HACIA LA SALUD

1.1. Introducción. Controversias sanitarias: acceso denegado	1
1. 2. Disponibilidad fáctica de los Derechos Humanos.....	7
1.3. Una concepción multicultural sobre los Derechos Humanos.....	9
1.4. Generaciones de Derechos Humanos y su arbitrariedad	11
1.5. Paradojas en los Derechos Humanos	15
1.6. La ficción discursiva en los Derechos Humanos	21
1.7. Argumentos y contraargumentos del “ser” de los Derechos Humanos	23
1.8. De la dignidad humana y sus concepciones clásicas.....	26
1.9. Entre lo natural y lo positivo: ¿Dónde encontrar los Derechos Humanos?.....	29
1.9.1. Iusnaturalismo analógico: una perspectiva intermedia.....	32
1.10. Matices de los Derechos Humanos	37
1.11. Reflexiones capitulares. La manufactura de los Derechos Humanos.....	39

CAPÍTULO 2
DERECHO HUMANO A LA SALUD. HISTORIA Y DISPOSICIONES
NORMATIVAS: CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES

2.1. Introducción. El núcleo de la salud.....	42
2.2. Generalidades históricas del Derecho a la Salud.....	43
2.3. Vinculación constitucional del Derecho a la Salud con los Derechos Humanos.....	44
2.4. Marco Jurídico Internacional del Derecho a la Salud	47
2.5. Escenario nacional. Ley General de Salud.....	50
2.6. Presupuestos de la seguridad social	52
2.6.1. Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE).....	52
2.6.2. Ley del Seguro Social (IMSS).....	54
2.7. Debate contemporáneo sobre el Derecho a la Salud	56
2.7.1. Teorías libertarianas	56
2.7.2. Teorías utilitaristas.....	59
2.7.3. Teorías igualitaristas	60
2.7.4. Teorías comunitarias.....	60
2.8. América resiliente.....	61
2.9. Reflexiones capitulares. Realismo puro	64

CAPÍTULO 3
PROTECCIÓN Y ACCESO A LA SALUD COMO DERECHO HUMANO

3.1. Introducción. Protección y Acceso a la Salud como Derecho Humano	67
3.2. Derecho a la salud: instrumentalización y protección.....	68
3.3. De los bienes de la salud	70
3.4. Caracterización del derecho a la salud.....	72

3.5. Funcionamiento e indicadores en salud	74
3.6. Configuración administrativa de las instituciones de salud pública	78
3.7. Reflexiones capitulares. Lagunas estructurales	81

CAPÍTULO 4

NUEVOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN Y ACCESO A LA SALUD

4.1. Introducción. Del remedio a los males.....	83
4.2. Derecho a la protección de la salud y su justicia	84
4.3. Del acceso oportuno.....	85
4.4. De los controles presupuestales y el financiamiento	88
4.5. Nuevos mecanismos en la protección de la salud.....	93
4.6. Reflexiones capitulares. Horizontes alternos.....	99
Conclusiones Generales	99
Fuentes de Información.....	102

Índice de Gráficas

	pág.
Grafica 1. Acerca de la pobreza. Coneval.	73
Gráfica 2. Gasto en salud. Organización Mundial de la Salud.	74
Gráfica 3. Gasto en los hogares. Organización Mundial de la Salud.	75
Gráfica 4. Presupuesto en salud. Instituto Mexicano para la Competitividad.. ..	76
Gráfica 5. Dimensiones del acceso. Susset Fuentes Reverón.....	82
Gráfica 6. Observatorios Ciudadanos por entidad federativa.	86

Resumen

Desde el cambio constitucional paradigmático de los Derechos Humanos en el año 2011, las disposiciones normativas en la materia adquirieron una connotación de protección diferente al establecer una nueva esfera jurídica para las personas al amparo de los instrumentos internacionales.

Bajo este orden jurídico de corte progresista es posible hablar del derecho a

la salud para garantizar su acceso en el ámbito material.

Al ser un derecho económico, social y cultural, el derecho de protección a la salud -y su acceso- ha representado debates contemporáneos que, con frecuencia, afectan su contenido, así como sus restricciones y alcances.

De hecho, la exigibilidad de su protección es una asignatura pendiente para el Estado mexicano, ya que como los indicadores revelan no ha podido superar la vieja atadura de constituirse como un derecho programático y, en consecuencia, válido al compás de la disponibilidad presupuestal.

Sin embargo, no deja de ser un derecho humano vinculante a partir de la expresa adopción del derecho internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno.

Aunado a ello, por sí mismo el derecho de protección a la salud también enfrenta sus propios desafíos, tal es el caso de su dependencia con el poder. Por ello, se asume la necesidad de mecanismos que represente salidas de emergencia oportuna para quienes enfrentan las dificultades de convertirse en pacientes sin acceso constitucional y convencional.

Palabras Clave

derechos, derechos humanos, derecho a la protección de la salud, acceso, disposiciones normativas.

Abstract

Since the paradigmatic constitutional change of Human Rights in 2011, the normative provisions in the matter acquired a different connotation of protection when establishing a new legal sphere for people under the protection of international instruments.

Under this progressive legal order it is possible to speak about the right to health to guarantee access in the material field.

Being an economic, social and cultural right, the right to protection of health - and its access - has represented contemporary debates that frequently affect its content, as well as its restrictions and scope.

In fact, the enforceability of its protection is a pending issue for the Mexican State because, as the indicators reveal, it has not been able to overcome the old bond of constituting itself as a programmatic right and, consequently, valid at the time of budgetary availability.

However, it is still a binding human right based on the express adoption of international human rights law in domestic law.

Added to this, by itself the right to health protection also faces its own challenges, such is the case of its dependence on power.

Therefore, the need for mechanisms that represent timely emergency exits for those who face the difficulties of becoming patients without constitutional and conventional access is assumed.

Key Words

rights, human rights, right to health protection, access, normative provisions.

Introducción

A partir del cambio paradigmático que México adopta en 2011 con la entonces reforma constitucional, el ámbito de los Derechos Humanos para el Estado mexicano se convierte en una especie de “envoltura” que regula su actuar.

Por esa razón, la presente investigación se adentra en explorar las condicionantes del derecho de protección a la salud, en su vertiente de acceso para abrir pauta a delinear aspectos, espectros y proyecciones viables de mecanismos que incidan, de manera relevante, en la formulación fáctica de las disposiciones normativas en materia de salud pública.

Sin embargo, el punto de partida son los Derechos Humanos y en ese contexto las interpretaciones más optimistas establecen que al atraer el Derecho Internacional obligatoriamente vinculante hacia las disposiciones normativas internas se abre nueva brecha para su fortalecimiento.

Con motivo de dichos cambios, surge la inquietud de posicionar el derecho de protección a la salud, en su vertiente de acceso trascendiendo el aspecto formal dispuesto en la Constitución y en los respectivos instrumentos internacionales. Por lo que la presente investigación se centra en desarrollar cómo adquiere estructura el derecho humano a la salud en cuanto a los servicios de salud pública que brinda.

Ante tal panorama, se produce la indefensión del paciente que requiere ser atendido por la institución pública de salud que el Estado se encuentra obligado a garantizar.

Específicamente la vulneración del derecho de protección al acceso a la salud es relevante dado que la consecuencia última puede ser la muerte.

Por ello, es necesaria la creación de figuras institucionales en apego a las disposiciones normativas constitucionales y convencionales que provean, en la mayor medida posible, todas aquellas formulaciones operacionalizables que permitan el acceso soberano del paciente cuando su condición de salud enfrente el fenómeno de la enfermedad.

A raíz de lo anterior, se enfatizan posiciones teóricas que arrojan

determinados elementos teóricos y jurídicos para comprender las problemáticas que en el terreno de lo fáctico, es decir que más allá de la tinta enfrentan los usuarios de las instituciones públicas que tienen como objeto primordial atender las necesidades médicas de la población.

Sobre el particular cabe destacar que la autora partía de la falacia de los Derechos Humanos como la “panacea” del mundo y aunado a ello vinculé el derecho a la protección de la salud, sin esperar los descubrimientos que con la lectura, documentación y apoyo académico descubriría.

De ahí que al caminar en la búsqueda de respuestas, así como explorar teorías y su aterrizaje, he podido analizar los fenómenos que engloban mi objeto de estudio desde otra mirada.

Encuentro que discursivamente los Derechos Humanos se advierten como una varita mágica y no como un campo minado de ideologías en las que se esconden intereses de magnificar el capitalismo y conservar el *status quo* bajo el velo de que somos una sociedad que los encarna derivado de su consagración en el plano constitucional.

La cuestión es ¿somos esa clase de Estado o de sociedad?, ¿Nos ocupa la protección de los Derechos Humanos o es en gran medida sólo la simulación obligada para acceder a los préstamos del Banco Mundial y otros subsidios que ofrece la comunidad internacional a los Estados desvalidos?

Al respecto, y sin la exhaustividad que el tema amerita, en estas líneas el lector encontrará las dimensiones del derecho de protección a la salud en el andamiaje de preceptos, discursos y convenciones.

Y de manera contrastante podrá advertir que los indicadores que analizan cómo ocurre materialmente el acceso a los servicios de salud en México no son alentadores.

Confieso que en un inicio buscaba la reflexión total para lograr que, desde la constitucionalización del goce de los Derechos Humanos, concretamente para el acceso de protección de la salud, más personas encontraran un medio para paliar su vulnerabilidad frente a los embates de la enfermedad atendida por los sistemas de salud.

Sin embargo, la premisa ha evolucionado, pero no ha dejado de perseverar en construir propuestas para solventar, en el mayor grado posible, un problema tan significativo como lo es el acceso a la atención médica.

Lo anterior con base en las postulaciones del sistema jurídico mexicano y los parámetros en el ámbito de la comunidad internacional sin soslayar las temerarias críticas que de tal convicción emanan.

Al respecto, el enjuiciamiento recurrente es que los Derechos Humanos son intangibles, por ende el derecho a la protección de la salud, bajo un mero silogismo lógico tradicional, sobra casi de manera automática.

Hay que mantener cautela con la simplicidad de negar los constructos humanos porque entonces hemos de llegar al absurdo vacío.

Es razonable pensar que la configuración de los Derechos Humanos no es la respuesta acabada, esto es no producirá el remedio para el malestar social. No obstante, sí representa una posibilidad jurídica que antes del 2011 en México era prácticamente impensable.

Entonces, el punto focal de estas líneas gira en torno a cuáles dispositivos dentro del aparato gubernamental mejorarían el estado de cosas que hasta la fecha enfrentan los pacientes para ejercer su derecho de protección a la salud.

Identificar las lagunas y ambivalencias que existen entre los instrumentos de derecho positivo que rigen en el ordenamiento jurídico mexicano y sus disonancias que se presumen en datos estadísticos reflejará que el derecho de protección a la salud en su vertiente de acceso está lejos de consolidarse conforme la jerarquía o armonización de leyes establece.

Así, la finalidad es encontrar un mecanismo que resulte amigable y funcional con las necesidades de los beneficiados a través del sistema de servicios de salud mexicano para incidir en la disminución del estado de vulnerabilidad que enfrentan los pacientes al momento de acudir a recibir atención médica.

La relevancia resulta de oscilar entre la salud y la enfermedad e incluso entre la vida y la muerte.

El impacto es la extensión en la esperanza de vida individual, familiar,

colectiva y social.

Sobre ¿para qué sirve esta investigación en el núcleo académico? Advierto que para visibilizar un fenómeno social y sus ángulos jurídicos que el terreno del Derecho Procesal Constitucional encontrar la procuración del derecho a la salud, mediante una institución actualmente inexistente.

Considero evidente referir la aportación social: la apuesta es mejorar las circunstancias para una sola persona que tendrá posibilidad de acceder a otra clase de atención médica a partir de contar con una alternativa estructurada que se convierte un mecanismo de oportunidad.

En cuanto al hecho que generó el problema de investigación fue la observación de un estudio de caso en el que el paciente acudía a una institución de seguridad social para ser atendido de su enfermedad crónico-degenerativa, teniendo que someterse a cualquier clase de suertes conduciéndolo a un estado de vulnerabilidad e indefensión.

Derivado de ello, surgen las interrogantes sobre si esa clase atención médica es la que nuestro ordenamiento jurídico contempla y si está siendo congruente con las pautas internacionales.

Desprender el derecho de protección a la salud de su encono de constitucionalidad para acudir a reflejarlo en la realidad no es tarea sencilla, no obstante, es inevitable no clamar por un derecho a un servicio médico con parámetros de eficiencia y oportunidad.

Así, la invitación al amable lector es arriesgarse a complejizar la constitucionalidad del derecho humano a la salud y su protección para juntos descubrir vías asequibles de mejorar el sistema de servicios sanitario mexicano.

Por ende, la delimitación del tema de investigación se centra en dos ejes a manera de interrogantes: 1) ¿Cuáles son las modificaciones y los mecanismos que el Estado mexicano está obligado a realizar para garantizar el derecho de protección a la salud del paciente, en su vertiente de atención médica adecuada, en las instituciones de salud conforme a la constitucionalidad y la convencionalidad? y; 2) ¿Cómo optimizar las estructuras de acceso a la salud para que la cobertura en atención médica se dé en la mayor medida posible?

El planteamiento del problema consiste en invocar que el contenido constitucional y convencional de los Derechos Humanos, a partir del cambio de paradigma en el 2011, no resuelve *per se* la problemática del derecho a la protección de la salud, específicamente de su vertiente de acceso a la atención médica, tal como se advierte de las escenas que cotidianamente viven los pacientes al interior de las instituciones de salud o como puede advertirse en las notas periodísticas de cualquier medio masivo de comunicación.

Por ende, a través de esta investigación se expondrá alguna alternativa de corte institucional y jurídico de exigibilidad en el acceso a la salud.

Así, se busca establecer alternativas de protección a los pacientes que desesperadamente buscan una “salida de emergencia” cuando su salud y/o vida se encuentran en riesgo por la inadecuada atención médica.

La hipótesis que permea este trabajo es que el Estado mexicano está obligado a optimizar el sistema de salud para brindar la protección más amplia al paciente en las instituciones de salud pública y para ello es necesaria la configuración de nuevos mecanismos de defensa que incidan con oportunidad en el acceso a la salud.

Entre los objetivos de esta investigación se desglosan: 1) Explorar y revisar cuál es la protección del derecho a la salud, en su vertiente de atención médica, que el sistema mexicano de servicios de salud ofrece; 2) Comparar si los estándares en servicios de salud cumplen con la constitucionalidad y la convencionalidad a que está obligado el Estado mexicano; 3) Ubicar los retos que enfrenta el sistema de salud mexicano en cuanto a servicios de salud y; 4) Diseñar y proponer la creación de un mecanismo de procuración de salud que asegure, en la medida de lo posible, una atención médica óptima que requieran los pacientes.

Para lograrlo, se especifican las siguientes directrices: 1) Analizar la situación de los derechos humanos para controvertir las limitaciones y los alcances del derecho de protección a la salud, en su vertiente de acceso a la atención médica; 2) Descubrir las aproximaciones o distanciamientos entre las disposiciones normativas que rigen al Estado mexicano y sus controversias respecto al derecho humano a la protección de la salud al momento de recibir

atención médica; 3) Contrastar las deficiencias con las oportunidades que hoy presenta el acceso a los servicios de salud a fin de accionar la mayor cobertura posible y; 4) Delinear nuevos mecanismos de protección en los servicios de salud.

Al trabajar las líneas de investigación anteriormente descritas, se utiliza una metodología eminentemente documental consistente en la codificación y análisis de las problemáticas planteadas a través de revisión de doctrina y legisgrafía, principalmente.

Respecto al contenido capitular, en el recorrido del primer capítulo se abordan perspectivas doctrinales en torno a sí pueden existir o no los Derechos Humanos.

En lo concerniente al segundo capítulo, se centra en la revisión de las disposiciones normativas que rigen el derecho de protección a la salud, tanto a escala internacional como interna, así mismo se desglosan acentos históricos en un marco global y determinados parámetros que rigen en América.

Mientras que el tercer capítulo recoge elementos que permiten circunscribir el Derecho Humano a la salud, su acceso, instrumentalización y funcionamiento a través de las instituciones de salud pública que integran los servicios de salud mexicanos.

Por último, se postulan nuevos mecanismos de protección a la salud que se conviertan en generadores de un mejor y mayor acceso de la atención médica en apego a la constitucionalidad y la convencionalidad.

Capítulo 1

Existencia e inexistencia de los Derechos Humanos: perfiles teóricos hacia la salud

SUMARIO. 1.1. *Introducción. Controversias sanitarias: acceso denegado.* 1.2. *Disponibilidad fáctica de los Derechos Humanos.* 1.3. *Una concepción multicultural sobre los Derechos Humanos.* 1.4. *Generaciones de Derechos Humanos y su arbitrariedad.* 1.5. *Paradojas en los Derechos Humanos.* 1.6. *La ficción discursiva de los Derechos Humanos.* 1.7. *Argumentos y contraargumentos del “ser” de los Derechos Humanos.* 1.8. *De la dignidad humana y sus concepciones clásicas.* 1.9. *Entre lo natural y lo positivo: ¿Dónde encontrar los Derechos Humanos?* 1.10. *Matices de los Derechos Humanos.* 1.11. *Reflexiones capitulares. La manufactura de los Derechos Humanos.*

1.1. *Introducción. Controversias sanitarias: acceso denegado*

El problema de investigación surge de las disonancias entre los planteamientos de los Derechos Humanos y bajo ese esquema decodificar el derecho de protección a la salud en su vertiente de acceso ante unas convenciones y disposiciones normativas constitucionales que no se cumplen en los rangos de oportunidad y necesidad acorde a los parámetros, por ejemplo, del principio *Pro Persona*¹.

El acceso a la salud se ha configurado como un servicio público y que se traduce en un bien económico, esto es “un servicio (bien privado) en manos públicas”, entendiendo por bien económico (como producto o servicio, sin distinción) dos vertientes doctrinales con base en su disponibilidad: en la primera vertiente, se asume que los bienes económicos son limitados, en tanto que en la

¹ Nota: El lector puede remitirse a lo establecido en el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

segunda sostiene que son bienes libres y por ende, al alcance de todos².

Antes de continuar, es pertinente abrir un paréntesis para situar diversas concepciones que atienden la enunciación de la salud, según la interdisciplinariedad, toda vez que cada rama del conocimiento presenta sus bemoles.

Así tenemos que por ejemplo que Ricardo Moragas³ establece una división en dos grupos del referido concepto, entre ellas:

Epígrafe I. Concepciones médicas de salud, las cuales responden a criterios técnicos sanitarios y presentan, a su vez, la siguiente clasificación:

1. Concepción somático-fisiológica

Es la concepción histórica superada que data del siglo XIX, pero que durante mucho tiempo fue la más difundida y que se ocupaba de la salud en términos de “ausencia de bienestar, el bienestar del cuerpo, por lo que sólo existirá la salud cuando no haya enfermedades somáticas”.

La crítica intrínseca proviene de la existencia de enfermedades no somáticas.

2. Concepción psíquica

Añade a los aspectos somáticos también los factores psíquicos.

3. Concepción sanitaria

Acentúa la prevención de la salud tanto del hombre como de la comunidad, por lo que se ocupa de un concepto de salud colectiva. Tal noción aparece tras la industrialización.

Epígrafe II. Concepciones sociopolíticas de la salud, especifican que la salud es un problema individual y colectivo, de ahí que el Estado deberá atender a toda la colectividad.

² Bestard Perelló, Juan José, *La Asistencia Sanitaria Pública. Seguro de Salud o Servicio Público. Derecho a la Protección de la Salud*, Madrid, Díaz de Santos, 2015, pp. 1-2.

³ Martínez Sánchez, Antonio, *Cáncer Profesional. Ordenación jurídica de su protección*, Madrid, Biblioteca de Seguridad Social, Servicio de Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983, pp. 26-27.

1. Concepción jurídica

Concibe a la salud como un derecho de todos los ciudadanos, que se recoge en los textos legales que regulan su vida, y sus relaciones, figurando incluso en los preceptos constitucionales de los Estados obligándoles a intervenir para defender la salud como bien colectivo al que deben acceder todos los ciudadanos.

2. Concepción económica

Establece la salud como un factor económico de primer orden en cuanto a que, por un lado la consecución del derecho a la salud para los ciudadanos es costoso, mientras que los medios para atenderla son escasos. No obstante, desde el ámbito económico también se explica que la salud de los ciudadanos incide de modo trascendente en la productividad de un país, por lo que se ha de proteger y cuidar al máximo si se busca asegurar la dinámica del sistema económico.

3. Concepción social

Alude a que la salud, y su carencia son hechos sociales en tanto que, aunque afectan al individuo, sus efectos se extienden, en mayor o menor grado, a la colectividad.

Entonces, como dice Moragas⁴: cada grupo social posee una definición social de salud, establecida de acuerdo con lo que se considera normal en dicho grupo, y esta definición influye en la manera en que los individuos pertenecientes al grupo se sienten sanos o enfermos.

Para sintetizar, la salud está condicionada, en gran medida, al contexto cultural, económico, educativo y político en el que el individuo se integra en cada momento histórico.

De lo anterior, se puede extraer que la salud no podría ir por cuerda separada para atenderse de manera individual y menos aún segregarse al señalar que es de interés legítimo del enfermo, el paciente o únicamente de su contexto

⁴ *Idem.*

familiar.

Desde mi punto de vista, al hablar de la salud no se puede establecer un concepto unívoco y cerrado que sólo se especifique en términos biológicos, fisiológicos o genéticos. Ni tampoco se puede entender como un “estado óptimo de bienestar” para todo tiempo y lugar; la salud no es susceptible perpetrarse como una fórmula de aplicación general: es singular y al mismo tiempo está permeado del entorno social.

Ante tales circunstancias, potencialmente las definiciones lexicográficas y estipulativas⁵ se multiplican.

Sobre el particular, retomo las notas de Belén Alonso-Olea García⁶ para describir la vertiente asistencial de la salud, donde enfatiza la necesidad integrar el contenido mínimo que, positivamente, ha sido reconocido como una acción protectora (de hacer) por parte del Estado en aras de preservar la igualdad (al menos estructural) de las personas, toda vez que la presente investigación atiende lo relativo a las disposiciones normativas constitucionales y convencionales que amparan de manera legítima el derecho a la salud.

Derivado de ello, se recupera otro concepto que va de la mano con el acceso a la protección mínima de la salud y es: la cobertura sanitaria con pretensión de universalidad consistente en “asegurar que todas las personas reciban los servicios sanitarios que necesitan, sin tener que pasar penurias financieras para pagarlos”⁷, lo cual hasta el momento se preceptúa constitucionalmente.

Cabe especificar que la cobertura sanitaria a la que me refiero está enclavada dentro de la salud pública, sin omitir que existe algo llamado seguridad social y cuya diferencia esencial radica en el hecho de que la primera se mantiene vía fiscal, esto es por los impuestos. Mientras que la segunda está financiada por cuotas.

Sin embargo, no es un acceso totalitario en ningún sentido; hay límites y

⁵ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, 11ª. ed., Barcelona, Ariel, S.A., 2003, pp. 254-255.

⁶ Alonso-Olea García, Belén, *Derecho de la Protección Social*, 3ª. ed., Madrid, Aranzandi, 2016, pp. 605-606.

⁷ Organización Mundial de la Salud, “¿Qué es la cobertura sanitaria universal?”, 2012, disponible en: http://www.who.int/features/qa/universal_health_coverage/es/.

restricciones, dado que la gratuidad no es sostenible de manera absoluta⁸.

Y lo expuesto conduce a identificar a la salud dentro de lo público y que forma parte del derecho sanitario como aquel conjunto de normas que amalgama derecho constitucional, administrativo, civil, penal, tributario e internacional cuya intervención en el sector permite regular relaciones, reconocer derechos, imponer obligaciones o establecer funcionamientos de índole administrativa o burocrática que afecten al ciudadano sano o al paciente cuando reciba afectación de su estado de salud (de manera cierta)⁹.

La premisa para un sistema sanitario es servir como instrumento para que el derecho a la protección de la salud sea efectivo y su “jugador” principal es el paciente¹⁰.

De ahí que un modelo sanitario se entienda bajo tres ángulos: 1) Paciente; 2) Organizaciones y 3) Financiación¹¹.

Sobre la figura del paciente, ésta se ilustra desde la perspectiva de que cualquier ciudadano puede verse en la necesidad de acudir al esquema sanitario, la cual comprende médicos, hospitales, personal sanitario, entre otros recursos, para atender y en el ámbito de lo posible curar a quienes están enfermos y prevenir patologías en la población que aún no padece. No obstante, un usuario del sistema sanitario no puede convertirse en rehén, pese a las dificultades de sostenibilidad que este tipo de infraestructuras poseen¹².

En opinión de lo que el autor Bestard Perelló¹³ formula como organizaciones y que contempla el “dispositivo sanitario”, esto es recursos humanos y estructurales que los poderes públicos gestionan para atender a la sociedad y consignarle la exigibilidad de los derechos, señala la necesidad de cumplir con tres elementos: a) Herramientas de gestión para la aplicación de las técnicas necesarias y la consecución de sus resultados; b) Estímulos que promuevan la eficiencia y la calidad y; c) Transparencia de gestiones.

⁸ Organización Mundial de la Salud, “Cobertura sanitaria universal”, 2017, disponible en: [http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-\(uhc\)](http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-(uhc)).

⁹ Bestard Perelló, Juan José, *La Asistencia Sanitaria... cit.*, pp. 67-68.

¹⁰ *Ibidem*, p. 203.

¹¹ *Ibidem*, p. 205.

¹² *Ibidem*, p. 204.

¹³ *Ibidem*, pp. 205-206.

Respecto a la financiación, en el caso de la salud, se trata de un problema de valoración intangible, esto es que se denomina intangible a aquellos productos que son valorados (positiva o negativamente) por la población en relación al bienestar, pero para los que no existe un mercado, ya que por las propias características de estos productos resulta inexistente¹⁴.

Hasta aquí un breve panorama de las consideraciones del triángulo (idealista) del modelo sanitario.

Sin embargo, de manera general, ha de considerarse que toda pérdida de salud produce una disminución en el bienestar de las personas y conllevan costes médicos (incluido el tiempo) asociados al diagnóstico y tratamiento. Así como la pérdida de capacidad productiva de los individuos ocasionada por su menor rendimiento en el trabajo o su incapacidad para trabajar durante el período de enfermedad; gastos o comportamientos defensivos en los que el individuo incurra para prevenir la enfermedad y, finalmente, malestar y ansiedad del enfermo que se traslada al núcleo familiar¹⁵.

En consecuencia, la pregunta gira en torno a ¿Cómo hemos de asignar los recursos públicos entre los diversos programas sanitarios? y para ello existen métodos que se han construido desde la rama de la Economía con el objetivo de establecer el valor social de la salud y su respectiva ponderación en el mercado¹⁶.

¹⁴ Pinto, José Lus *et al.*, *Análisis coste-beneficio en la salud. Métodos de valoración y aplicaciones*, Barcelona, Masson, Colección Economía de la Salud y Gestión Sanitaria, 2003, p. 2.

¹⁵ *Ibidem*, p. 3

¹⁶ *Ibidem*, p. 2.

1.2. Disponibilidad fáctica de los Derechos Humanos

A la presente investigación le ha acompañado inherentemente la crítica sobre el capítulo de los Derechos Humanos debido a que el tema central no es la revisión de la diversidad de concepciones que han surgido en el debate de los Derechos Humanos.

Aunque no se trata de defender la tendencia a favor de los Derechos Humanos, el sentido de este capítulo tiene dos principales intenciones: 1) Distinguir y analizar los puntos controvertidos que existen en relación a los alcances o no de tales derechos dependiendo la premisa de la postura teórica a la que se adscriben los respectivos autores y; 2) Adscribir el derecho de protección a la salud del paciente, en su vertiente de acceso, a alguna de las corrientes teóricas que apelan a la existencia –incluso a nivel enunciativo- de los Derechos Humanos.

Considero que una tesis que se precie de serlo debe partir de un esquema teórico que aduzca la pertinencia de tal esfuerzo y, para tal efecto al tratarse de Derechos Humanos no se puede zanjar la deuda de exponer las críticas y defensas que la doctrina advierte, al hacerlo se desglosan los criterios rectores que dilucidan el ámbito de acción del material investigado.

Con el propósito de aportar a lo anterior, iniciamos por replantear la pregunta central de Slavoj Žižek acerca de ¿cuáles son las condiciones en las que los individuos son sujetos de Derechos Humanos? Es el pretexto para esbozar los lineamientos de este primer capítulo.

Para aproximarme a lo anterior, expongo algunos perfiles teóricos de los Derechos Humanos que revisan conceptos y conceptualizaciones intentando arrojar un punto de partida que constituya el hilo conductor de esta investigación.

En principio reviso el planteamiento de Boaventura de Sousa en torno a la multiculturalidad (inclusión de la pluralidad) de los Derechos Humanos.

En segundo término abordo la vertiente clásica que realiza la clasificación de los Derechos Humanos a través de generaciones, matiz que recoge la aparición de los mismos conforme a su devenir histórico.

Visión menos idealista que retoma los aspectos fácticos es la que desglosa Rodríguez Camarena al advertir la arbitrariedad de lo que denominamos como Derechos Humanos.

Siguiendo la misma tesitura, describo la utilización de los Derechos Humanos en occidente como discurso de manipulación. Para lo cual recupero un análisis de las posibilidades reales de encajonar a los Derechos Humanos en una categorización.

A través de la postura Costas Douzinas expongo las relaciones de dominación-opresión que se construyen con el pretexto de los Derechos Humanos.

Incluyo el complejo enfoque de Slavoj Žižek, quien despeja las dudas del tratamiento de los Derechos Humanos en el sistema capitalista y explica el modelo de des-naturalización y conveniencia que ejerce el poder para mantener las conciencias acalladas.

Esquematizo perspectivas naturalistas acentuando la vinculación o la falta de ésta con el Derecho a partir de la moral e incluso algunos acercamientos en torno a la dignidad humana.

Por último y dentro del derecho natural exploro una corriente intermedia: el iusnaturalismo analógico que oscila entre el naturalismo y el iuspositivismo.

A partir de ello, planteo ubicar los Derechos Humanos en su balance efectivo requiere consideraciones agudas inagotables para su legítima comprensión, toda vez que esta tesis se concentrará en los efectos reales productos de la materialidad de un Derecho Humano debido a que el objetivo es la descripción viable de tales derechos en el contexto mexicano, de tal suerte que se observen frontalmente.

Es por lo antes mencionado que la conjugación de las formas de concebir a los Derechos Humanos es examinada en los siguientes términos.

1.3. Una concepción multicultural sobre los Derechos Humanos

Boaventura de Sousa Santos esboza el siguiente apunte¹⁷:

La política de Derechos Humanos como lenguaje emancipador en medio de la crisis del Estado de bienestar.

La visión del Estado como el agente que viola Derechos Humanos (cuando se trata de los derechos catalogados como de Primera Generación) y como garantía de su protección (cuando refiere los derechos clasificados como de Segunda y Tercera Generación).

El Estado nacional dentro del sistema interestatal, esto es dentro de “un sistema internacional de estados”¹⁸ igualmente soberanos que se percibe como una sociedad en mayor o menor grado anárquica.

E identifica a la globalización como elemento regulador de las relaciones sociales.

Y advierte a los Derechos Humanos como localismos, ya sea desde arriba o desde abajo conformando globalizaciones en plural o en todo caso una globalización entendida como “paquetes de relaciones sociales”.

Para Boaventura de Sousa existen tres sistemas regionales de Derechos Humanos, a saber: 1) Europeo; 2) Interamericano y; 3) Africano.

Así, en occidente los Derechos Humanos presuponen una naturaleza humana universal y dignidad absoluta.

En ese sentido, se establecen políticas a través de la agenda de los medios de comunicación que visibilizan o, en su caso, hacen invisibles los Derechos Humanos y ponen en el centro la práctica hegemónica o contra hegemónica de ellos, según el contexto.

De Sousa Santos propone diálogos y criterios procedimentales interculturales para distinguir las políticas progresistas de las reaccionarias que

¹⁷De Sousa Santos, Boaventura, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, El otro derecho, trad. de Libardo José Ariza, Bogotá, D.C., ILSA, Colombia, número 28, julio de 2002, pp. 59-83, disponible en:

http://www.uba.ar/archivos_ddhh/image/Sousa%20-%20Concepci%C3%B3n%20multicultural%20de%20DDHH.pdf.

¹⁸ *Idem*.

permitan establecer alguna clase de estándar de los derechos comunes más básicos y mínimos derivado de admitir que no existe una cultura completa para legitimar la universalidad de los Derechos Humanos; cada sociedad prioriza derechos civiles y políticos o los derechos económicos y sociales.

Adoptar una concepción mestiza de los Derechos Humanos que incluya el diálogo entre la complejidad de la multiplicidad de culturas existentes en el mundo es parte de la contribución que nos reporta este autor.

En ese tenor, propone lo que denomina como hermenéutica diatópica consistente, entre otras cosas, en que desde la incompletitud de cada cultura se abra el acuerdo para participar activamente en el diálogo sobre la dignidad humana y sus connotaciones, por ejemplo.

Por otro lado, Aguilera Portales en su texto: “Multiculturalismo, Derechos Humanos y Ciudadanía Cosmopolita” parte de la premisa de que la multiculturalidad es global, nacional y también local y desglosa¹⁹:

El problema, concibe, es el derecho a la diferencia en la homogeneidad cultural mayoritaria dentro del núcleo social.

La designación de cultura como “el conjunto de costumbres, instituciones, conocimientos, técnicas, prácticas religiosas y valores éticos propios de una sociedad o de un período histórico determinado” y que “hablamos de multiculturalidad porque, de hecho, lo estamos rechazando”, toda vez que la sociedad abierta, plural y democrática permanece sin reconocer a todos.

Y es que, retomando a Sartori, el pluralismo tiene como base el disenso, más no así el conflicto, con el objetivo de enriquecer a la sociedad. Al respecto, Jean y John Comaroff destacan que es “incorregiblemente plural”.

De lo anteriormente expuesto, el autor desprende que el ataque a la universalidad de los Derechos Humanos está centrado en el debate contemporáneo entre comunistas y liberales acerca del disenso.

¹⁹ Aguilera Portales, Rafael Enrique, “Multiculturalismo, Derechos Humanos y Ciudadanía Cosmopolita”, *Revista de Derecho Letras Jurídicas*, Universidad de Guadalajara, México, 2006, número 3, pp. 1-15, disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:euvSOonEp4gJ:cuci.udg.mx/letras/sitio/index.php/revista-numero-03-otono-septiembre-2006-marzo-de-2007%3Fdownload%3D39+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=mx>.

Así, para Jean Francois Lyotard, las ideas sobre diálogo y comunicación intercultural pertenecen al universo moderno y es necesario su desprendimiento, toda vez que “no existe metalenguaje (Habermas), ni ningún consenso superpuesto (Rawls) ni ningún mínimo común denominador entre las diversas culturas (Michael Walzer)”. Por ello, la problemática radica en la falta de apertura y variación que conduzca a la comprensión mutua de una cultura híbrida como lo señala Hannerz.

En resumen, los Derechos Humanos plantean dudas acerca del carácter de universalidad de los Derechos Humanos toda vez que en el ámbito internacional son instaurados como instrumento de dominación del imperialismo cultural.

1.4. *Generaciones de Derechos Humanos y su arbitrariedad*

El autor Carlos Salvador Rodríguez Camarena en su ensayo: “La Influencia de las Clasificaciones de Derechos Humanos en la Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, recupera la siguiente postura acerca de los Derechos Humanos²⁰:

Esquematiza la influencia de las clasificaciones más conocidas de los Derechos Humanos, específicamente la de los derechos económicos, sociales y culturales, con el objetivo de alcanzar su exigibilidad.

Plantea que los derechos sociales aún carecen de eficacia, por lo que desde una perspectiva liberal su fundamentalidad es cuestionable, toda vez que clasificar los Derechos Humanos debilita e incluso perjudica la exigibilidad de los mismos.

Rodríguez Camarena coincide con la consensada división de los derechos en: 1) Civiles y políticos y; 2) Económicos, sociales y culturales.

El primer tipo de derechos son exigibles ante tribunales u organismos públicos de Derechos Humanos, mientras que los segundos revisten el azar,

²⁰ Rodríguez Camarena, Carlos Salvador, “La Influencia de las Clasificaciones de Derechos Humanos en la Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Ciencia Jurídica*, Universidad de Guanajuato, México, año 4, núm. 7, p. 123, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5144757.pdf>.

resumiendo que estos últimos sólo están en papel, dado que no poseen tutela jurisdiccional. Tal situación se debe a que su contenido no está definido o definible.

Y respecto a las teorías sobre rasgos distintivos, sostiene que los derechos económicos, sociales y culturales no tienen designación democrática asociado al factor presupuestal, lo cual no permite medir el alcance de esa clase de sentencias.

Acercas del “despertar” de los seres humanos a una perspectiva de Derechos Humanos usualmente se cita el antecedente de la primera Guerra Mundial, pero la lectura recorre años atrás y expone que desde el imperialismo y el colonialismo norteamericano ya se dibujaba el sufrimiento humano por las luchas del trabajo.

Lo anterior dio lugar a la conmemoración del 1º de mayo por sucesos ocurridos en 1886 en Chicago que, a su vez, originaron la Guardia Nacional de los Estados Unidos de América.

Sin embargo, fue hasta la Primera Guerra Mundial que se revisa la legitimidad de los Estados en el renglón de reevaluar los Derechos Humanos frente a prácticas como el genocidio y el totalitarismo.

Por ello, a partir de la guerra, se generaron dos posturas para institucionalizar los derechos del hombre: el triunfo bolchevique en Rusia y el establecimiento de la Sociedad de Naciones con su Organización Internacional del Trabajo.

Rodríguez Camarena explica que la esclavitud siempre ha existido y que se trata de una institución genocida maximizada durante el siglo XX como lo demostró Hitler y como ha ocurrido en ejemplos más recientes con Vietnam, Ruanda y Yugoslavia frente a un actuar timorato del “mundo”.

No obstante, al combinarse la guerra mundial, el totalitarismo y el genocidio se requirieron posturas oficiales en materia de Derechos Humanos y se dispusieron tres acciones: 1) Juicios de líderes nazis en Nürenberg; 2) Creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para establecer relaciones internacionales pacíficas y cooperativas y; 3) Emisión de declaraciones oficiales

sobre los Derechos Humanos.

Precisamente las declaraciones de Derechos Humanos trajeron consigo diversas clasificaciones inspiradas en los documentos franceses y americanos de fines del siglo XVIII donde nace su categorización.

Así, los Derechos Humanos bajo el concepto de dignidad surgen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948. Aunque en los hechos, los derechos se dividen en pactos y se separan los políticos y civiles de los derechos económicos, sociales y culturales.

De tal forma que el consenso mundial versó acerca de la existencia de Derechos Humanos y su contenido no fue discutido. En ese sentido, la doctrina acepta que hay Derechos Humanos, pero sin determinar la base de su existencia (racional o no).

En principio, se habla de que la lista de Derechos Humanos debe ser razonablemente corta y abstracta, pero con el ensayo de Theodore H. Marshall inician los sistemas de derechos.

Y los tipos de Derechos Humanos se diferenciaron más enfáticamente con la publicación de *Pour une Troisième Génération des Droits de l'Homme*, de Karel Vasak.

En cuanto a las generaciones de Derechos Humanos, se expone:

- De la Primera Generación. Comprende derechos civiles y políticos desarrollados en el siglo XVIII. Exigen abstenciones de la autoridad.
- De la Segunda Generación. Está integrada por los derechos económicos, sociales y culturales. La crítica es que carecen de especificidad.
- De la Tercera Generación. Abarca los llamados derechos de solidaridad, siendo su característica esencial que sólo pueden ser realizados por todos los involucrados: individuo, Estado y comunidad internacional.
- De la Cuarta Generación. Conlleva el uso y aprovechamiento de las tecnologías de información y comunicación (TIC's) para satisfacer las necesidades de las sociedades en general.

- De la Quinta Generación. Se ocupa de derechos para máquinas, artefactos, robots y software inteligente.
- De la Sexta Generación. Contempla personas que tengan una identidad genética-cognitiva-informacional alterada por una modificación nano-robo-tecnológica.

Entre la arbitrariedad de clasificaciones de los Derechos Humanos encontramos:

- 1) La impuesta por los pactos, dividiéndoles en derechos civiles y políticos y; derechos económicos, sociales y culturales;
- 2) La del discurso de generaciones de derechos;
- 3) La de derechos universales (entendido como enunciado normativo o como resultado de razones morales para extenderlo a todo ser humano) y; particulares;
- 4) La del discurso de derechos inalienables (imposibilidad moral de renunciar a ellos o ¿a su ejercicio? Y ¿qué ocurre cuando el ejercicio es obligatorio?) y alienables;
- 5) La de las esferas de obligación y protección de los Estados (situándose en acciones positivas y negativas y ubicando a todos los Derechos Humanos como prestacionales);
- 6) La de los derechos absolutos (postura iusnaturalista) y relativos.
- 7) Entre otras.

Las precedentes clasificaciones presentan distorsiones de diversa índole, esto es que no contienen criterios estructurales ni de justificación.

Cabe resaltar que la ineficacia de la protección de un derecho no significa que no exista el derecho que merece tal protección, sin olvidar la condicionante de los recursos materiales para garantizarlos que no se remite únicamente a los derechos de índole social. Además de que ningún derecho es gratis.

Específicamente en el rubro de los derechos sociales, retomando el carácter prestacional que formula Alexy y que el autor de este texto retoma,

considero relevante la definición de derechos prestacionales en sentido estricto como: “derechos del individuo frente al Estado a algo que -si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares”.

Para finalizar el ensayo, el autor insiste en la necesidad de llevar a cabo un repensar conceptual de los Derechos Humanos en general para evitar su limitación indebida, ya que al clasificarlos únicamente se dispone de un determinado cristal para observarlos que, desde una perspectiva objetiva, no debería influir en su exigibilidad.

Sobre el particular, Lucerito Flores Salgado²¹ refiere que González Álvarez ha sostenido que Vasak al esquematizar las tres generaciones de Derechos Humanos, en su conferencia en Estrasburgo (1979), plasmó en un sentido temporal sucesivo el orden en que internacionalmente fueron reconocidos, donde los Derechos Humanos transitan de la visión individualista a la solidaria.

Así, respecto a las tesis que se oponen a la división de los Derechos Humanos en generaciones surgen las siguientes posturas: 1) El derecho a la vida y a la libertad corresponden a todas las generaciones siendo civil, político, económico, cultural y prácticamente universal; 2) El surgimiento de cada una de las generaciones es históricamente impreciso; 3) La visión generacional refiere el surgimiento de una generación y la extinción de otra, ya que al concluirse un período inicia otro; 4) Propensión a la atomización de los derechos y padece de vacíos.

La conclusión es que los Derechos Humanos al ser clasificados en generaciones sólo recoge el tiempo histórico y cronológico de su nacimiento.

1.5. *Paradojas en los Derechos Humanos*

Costas Douzinas asevera en torno a los Derechos Humanos las paradojas que a

²¹ Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *Temas actuales de los derechos humanos de última generación*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Piso 15 Editores, 2014, pp. 27-28, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4304/4.pdf>.

continuación describo²²:

Especifica que los Derechos Humanos son un ideal que une dos mundos: el de los dominadores y el de los oprimidos. Y aunque originalmente fueron estandarte de lucha para la burguesía emergente contra el poder político, actualmente están vinculados con intereses de clase asociados a la globalización.

Desde un análisis histórico, resulta incongruente que el siglo XX sea, al mismo tiempo, la era de los Derechos Humanos y también la del genocidio y el holocausto. Así, abre la brecha entre pobres (subyugados, muertos de hambre o exterminados de la Tierra) y ricos.

Surge la atomización del mundo conformada por contratos sociales, ceguera y velos de ignorancia respecto a ideales que intentan una única respuesta correcta a los conflictos morales y jurídicos.

Adquiere relevancia el modelo de persona que refiere al sujeto autónomo kantiano en perfecto control ante el mundo, desprovisto de experiencias traumáticas, olvidándose de Marx, Freud, Nietzsche o Weber.

En ese tenor, aparece la filosofía alternativa de Derechos Humanos que establece los siguientes aspectos:

- 1) Derecho natural como creación de una revolución de pensamiento.
- 2) Derechos naturales y soberanía como los dos principios opuestos que permiten el derecho de los Derechos Humanos.
- 3) Ideales que terminan cuando interviene la policía (un ángel protegido por la policía).
- 4) Para defender al ser humano debemos atacar el humanismo: los Derechos Humanos no pertenecen a los humanos, sino que construyen a los humanos.
- 5) Universalismo y relativismo cultural dependen uno del otro.
- 6) “Los derechos humanos son la forma de hacer público y legal el deseo individual”.
- 7) “Los derechos humanos del otro podrían convertirse en el principio de

²² Douzinas, Costas, “El fin (al) de los derechos humanos”, Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, vol. 7, t. I, 2006, pp. 310-340, disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0606120309A/20827>.

justicia posmoderno”.

Al respecto, Costas Douzinas advierte que la costumbre cohesiona, pero también puede “paralizar” y vincula el retorno al derecho natural clásico (conservado por la teología cristiana).

Sostiene que a partir de 1990 los gobiernos mafiosos en aras de la disciplina del mercado destruyen culturas e incluso poblaciones enteras.

Mientras que para finales del siglo XVIII, las grandes declaraciones proclamaron la inalienabilidad de los derechos naturales al ser independientes de los gobiernos.

Tras la Segunda Guerra Mundial surge el Sistema Internacional fundando la soberanía local, bajo el discurso universal de que: “se es hombre de primera o de segunda porque se es ciudadano en mayor o menor grado”.

Cuestiona Douzinas: ¿Por qué tanto empeño en codificar lo que es un ser humano? Y responde que se debe a que el “mercado” de la igualdad y la dignidad humanas aún vota a favor de regímenes y partidos políticos que violan los Derechos Humanos. Consecuentemente, se requiere la codificación para proteger a la gente de los abusos de la soberanía.

Y es que el autor recupera a Nietzsche cuando señala: “Dios, la fuente del derecho natural, ha sido reemplazado por el derecho natural”.

Sin embargo, existen muchos problemas con los derechos globalizados, puesto que a pesar de que la empresa legislativa de la máxima del poder estatal data desde Justiniano, se ha producido un positivismo *sui generis*.

Por ello, cuando las grandes potencias acordaron los Derechos Humanos señalaron que no debían intervenir en la soberanía nacional y argumentaban que el gobierno debe limitarse a gobernar no a seguir principios morales produciendo que el derecho internacional de los Derechos Humanos sea “el mejor ejemplo del guardián que impide cazar o pescar en terreno vedado”.

Con las declaraciones del siglo XVIII surge la inalienabilidad porque los derechos naturales eran independientes de los gobiernos o del espacio-tiempo y expresaban de forma jurídica los derechos humanos como eternos.

En ese tenor, Costas Douzinas atiende a los Derechos Humanos como discurso.

Al respecto, Douzinas comenta que Arendt especifica que la codificación de lo que es un ser humano fue necesaria para evitar que se decidiera democráticamente la aniquilación de una parte de la humanidad, esto es para impedir que los regímenes violen los Derechos Humanos.

Derivado de ello, fueron creadas nuevas instituciones internacionales y acordaron que los Derechos Humanos no deberían intervenir en la soberanía nacional. Así, ocurre la legitimación de un nuevo orden y la exposición de los estados victoriosos por las violaciones cometidas para juzgar en nombre de lo universal.

Aborda que la universalidad empírica de los Derechos Humanos no es un principio normativo, sino es una cuestión de ratificación de convenios, tratados y sus obligaciones. Por lo que la comunidad de los Derechos Humanos es imaginaria, dado que no tiene existencia empírica.

De lo anterior se infiere que los Derechos Humanos universales imponen principios morales en el ejercicio del poder y son la justificación usual para violar la soberanía y construir una moral global que permita la creación de un sistema capitalista mundial dentro de la cual convergen: la estandarización y universalización del mercado, las normas jurídicas, la ética, la semiótica y el derecho.

A raíz de la universalidad de los Derechos Humanos se han instrumentado el reclamo por una igualdad material y de esta manera se crea la ficción de los Derechos Humanos en Occidente como evangelio de la liberalización.

Destaca Douzinas que las libertades formales no pueden ser medidas en su formalismo: los derechos exigirán nuevas condiciones materiales de igualdad.

También analiza el contexto macroeconómico y la imposibilidad de la proporción para todas las latitudes del mundo, dado que sólo es susceptible que una sociedad obtenga mejoras a partir del detrimento de otras.

Entonces, los Derechos Humanos más que acallar las guerras conducirán a otro tipo de conflictos y darán paso a la interpretación de convenios para decidir

¿Qué insertamos en la agenda política? Y el debate acerca de si quienes disfrutan menos derechos son menos humanos.

Cuestiones filosóficas y ontológicas para llegar al concepto de naturaleza humana y humanidad son las preocupaciones de la modernidad.

Acerca del concepto de humanidad, el autor remite que “humanitas” aparece por primera vez en la República Romana como traducción de la palabra griega *paideia* que designa la educación (el aprendizaje y la formación en las artes liberales y las costumbres). Así, un primer humanismo derivó del encuentro entre la civilización griega y romana.

Con la teología cristiana aparece una nueva concepción de humanitas: todos los hombres forman por igual la humanidad espiritual que se acerca a la deidad y nace la ideología de que todos pueden salvarse si se apegan al plan de Dios.

Para el siglo XVIII, el fundamento de la humanidad se trasladó de Dios a la naturaleza. Surge el concepto de hombre como abstracción, con un mínimo de humanidad y desprovisto de las cualidades que lo hacen exactamente humano.

En síntesis, describe el autor a la historia de los Derechos Humanos como una lucha continua y defectuosa para reducir la distancia entre el hombre abstracto y el ciudadano concreto. La interrogante es: ¿Quién o qué cuenta como humano?

Asienta Douzinas que lo humano está despojado de esencia filosófica y por ello el proceso interminable de su definición.

Se vuelve retórica de los Derechos Humanos cuando la supuesta “humanidad” de ellos adquiere un significado simbólico con las Revoluciones y las Declaraciones que lo utilizan como su estandarte de luchas y campañas políticas.

Los derechos son construcciones artificiales. Semióticamente son signos jurídicos y lingüísticos. Al respecto, el autor comparte que: “Si algo puede expresarse en términos de lenguaje, entonces puede adquirir derechos y ser el objeto de derechos”.

En principio las luchas de los Derechos Humanos son simbólicas y políticas, pero si ganan se traen aparejadas consecuencias ontológicas que inciden en la

constitución del sujeto legan e influyen fuertemente en la vida de los pueblos.

Los Derechos Humanos tienen significantes flotantes y construyen a los humanos, por lo que un ser humano es quien puede reclamar con éxito los Derechos Humanos.

En lo referente a la excesiva naturaleza del universalismo, señala Douzinas que puede conducir a un individualismo, esto es a un imperialismo donde privan la dominación y la opresión.

Existe maleabilidad en los Derechos Humanos, toda vez que se deben a su contexto y cultura, lo cual implica relativismo, ya que se elige entre decisiones metafísicas acerca de la humanidad que pueden dar lugar posturas absolutas e irrefutables.

Consecuentemente, cuando el Estado adopta Derechos Humanos universales, éstos los interpretará y aplicará conforme a los procedimientos jurídicos y principios morales de ese lugar y todo Derecho Humano estará contaminado de esa clase de universalidad. Dado que, por ejemplo, los Estados en desarrollo que importan películas de Hollywood también importan Derechos Humanos.

En ese tenor, el objetivo del mundo súper legalizado es desalentar a las personas a pensar de manera independiente y quedarse en las relaciones del “yo” y de mi relación con el otro: insertan al otro en la construcción del “yo” y por ende pedimos que se reconozca nuestra identidad a través del “Gran Otro”.

Y es que “todo derecho lleva aparejado el deseo de ser reconocido y amado como una persona en su totalidad”. Por lo tanto, las reivindicaciones de los derechos proliferan porque la legalización del Derecho es inalcanzable dado que la legalización de la existencia rompe el “yo”.

Especifica el autor que los Derechos Humanos dividen el cuerpo en partes y lo sustituyen su unidad por derechos.

Y del proceso jurídico de crear sujetos jurídicos deriva que los derechos atan al cuerpo. De tal forma que los derechos se “autodevoran”: entre más derechos menos protección y menos placer experimento al tenerlos. Además ninguna declaración de derechos logrará una sociedad justa. Sólo es una

colección de derechos y leyes.

Soberano y Derechos Humanos son causas gemelas, de cierta manera a través de ellos se niegan los derechos y son la razón de ser del Estado, ya que permiten suponer una sociedad homogénea universal para cubrir la falta de autoridad estatal.

Los Derechos Humanos, sentencia Douzinas, antes que ideología son el *pharkamon*²³ posmoderno en la que unos obtendrán su soberanía absoluta y otros quedarán oprimidos permanentemente.

Por ello concluye que los derechos son siempre relacionales (implican dependencia con otros) y delimitan la subjetividad legal: la existencia de los derechos inicia cuando son declarados.

Mientras que a través de la universalidad de los derechos, la filosofía y ética occidentales se busca reducir la distancia entre el “yo” y el otro y de esta forma convertir lo diferente en igual.

Entonces,

si mi derecho tiene sentido sólo en relación al otro, cuya acción o titularidad se presuponen en el reconocimiento de mi derecho, el derecho del otro siempre precede al mío: ...el reconocimiento de la prioridad de la otra persona cuya existencia anterior a la mía me obliga éticamente...²⁴.

1.6. *La ficción discursiva de los Derechos Humanos*

Para hablar de Derechos Humanos, Žižek nos remite lo siguiente²⁵: es una ficción simbólica y dentro de las sociedades liberales tres son sus características principales capitalistas: 1) Fundamentalismo; 2) Libertad y; 3) Control.

En cuanto al fundamentalismo, el individuo contemporáneo se considera “desnaturalizado” y concibe sus rasgos de identidad como elegidos e

²³ Entendiendo pharkamon como veneno o remedio en: Lamorgia, Oscar, “La contratransferencia: ¿phármakon?”, *Imagoagenda*, Buenos Aires Argentina, 2008, disponible en: <http://www.imagoagenda.com/articulo.asp?idarticulo=1259>.

²⁴ Douzinas, Costas, “El fin (al) de los derechos”, *cit.*

²⁵ Žižek, Slavoj, “En contra de los Derechos Humanos”, *Suma de Negocios*, núm. 2, vol. 2, 2011, disponible en: <http://publicaciones.konradlorenz.edu.co/index.php/SumaDeNegocios/article/viewFile/879/610>.

históricamente contingentes, aprendidos. Por ello, presenciamos una re-naturalización en la que las “cuestiones públicas” se traducen en la regulación de idiosincrasias identificadas como “naturales” o “personales”. Y de ahí se explica por qué los conflictos étnico-religiosos son una forma de lucha dentro del capitalismo global.

Sobre la libertad de elección, expone Žižek, oscila en la delgada línea entre el individualismo y el sentido de pertenencia a la comunidad. Definir cuándo traspasamos tales paredes es tema complejo, así por ejemplo cuando una musulmana usa velo por elección: ¿Cómo saber si lo hace porque comulga con su idiosincrasia o porque está reflejando su propia personalidad?

Quedan en el aire las posibilidades.

A través del capitalismo se vende la idea de la “libre elección”, lo cual en realidad esconde el desmantelamiento del Estado de bienestar fingiendo garantizar la libertad de cada hombre, de su propia psicología y no como dependiente de las fuerzas del mercado.

Y al abordar el control expresa Žižek que toda política actual se enfoca en vigilar y disciplinar al otro sin permitirle realmente “ser”, esto es aprendemos a ser tolerantes únicamente en la medida en que somos respetados. Por ende, los Derechos Humanos adquieren un carácter condicionante y las limitaciones son instauradas por determinados por las fuerzas capitalistas. Tal supervisión corre a manos del Poder Ejecutivo.

En torno a ello, Žižek plantea la desmitificación de los Derechos Humanos a partir de las nuevas libertades, ya que en voz de Etienne Balibar surgen también nuevos peligros cuya resolución gravita y origina el debate. En ese contexto emerge la violencia a manos del poder político que llega a ejercerse de manera irracional e injustificada y esto se vivió en diversas catástrofes que acompañaron el siglo XX.

Por ende, los Derechos Humanos son políticos y dan la sensación de procurar la defensa del desvalido frente al Estado y sus despóticas manifestaciones.

Sé es ser humano sujeto de “derechos humanos universales”, esto es

independientemente de cualquier condición ciudadana u originaria, adquiriendo una nuda vida (mero hecho de vivir, una vida separada de todo contexto²⁶).

El discurso de los Derechos Humanos significa el derecho de los poderes occidentales para intervenir política, económica, cultural y militarmente en los países del “tercer mundo”, de tal forma que sólo enmascaran el imperialismo.

Desde la perspectiva marxista, los Derechos Humanos universales consisten en “el derecho de los propietarios blancos varones de intercambiar libremente en el mercado, explotar a los trabajadores y a las mujeres y ejercer la dominación política”.

Consecuentemente, los Derechos Humanos se asumen como una estructura ideológica que ha sido impuesta por los colonizadores para oprimir a los súbditos y legitimar el factor “poder”, esto es obedeciendo en todo momento a intereses particulares.

1.7. Argumentos y contraargumentos del “ser” de los Derechos Humanos

Una concepción general y naturalista de los Derechos Humanos propone que tienen fundamento los atributos de la persona humana, esto es los que le son propios al “estado de naturaleza” y describe: existe un casi permanente debate sobre si son creados o tan sólo reconocidos por la legislación humana²⁷.

Al respecto, Norberto Bobbio, reseñado por Megías Quirós²⁸, advierte que lo relevante es la realización de los Derechos Humanos y no la discusión o las especulaciones teóricas sobre su fundamentación. Para él, el problema está solucionado a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como muestra del consenso generalizado.

En esa misma línea temática, Megías Quirós realiza algunas precisiones²⁹: La inevitable interrogante sobre ¿Cómo podríamos luchar por la promoción de

²⁶ Quintana Porras, Laura, “De la Nuda Vida a la ‘Forma-de-Vida’. Pensar la política con Agamben desde y más allá del paradigma del bipoder”, *Argumentos*, México, D.F., 2006, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952006000300003.

²⁷ Megías Quirós, José Justo (coord.), *Manual de Derechos Humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, España, Garrigues Cátedra. Universidad de Navarra. Thomson Aranzandi, 2006, pp. 13 y 14.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Ibidem*, pp. 15-16.

algo que no conocemos? En ese sentido, tampoco se tratará de una oposición retórica bajo el discurso de los Derechos Humanos, ya que el riesgo será su desaparición y no fueron gratuitos, esto es que su nacimiento representa a sectores de la sociedad que en su momento fueron vulnerados como ocurrió con el genocidio alemán al mando de Hitler, por mencionar sólo un ejemplo.

En ese sentido, abrevaremos algunas perspectivas filosóficas de los Derechos Humanos. En este caso, se establece que nacen en la Escuela de Derecho Natural Moderno bajo el iusnaturalismo que los concibe como derechos naturales que no tenían que estar regidos por ninguna autoridad, toda vez que existía un pacto contractual entre todos los individuos.

Posteriormente, con el surgimiento del Estado, los derechos naturales se trasladan al poder político para su defensa, esto es se positivizan y una perspectiva kelseniana de la sanción coactiva dispone que no hay orden/sistema jurídico sin la existencia de la coacción³⁰.

Así, es plausible que el derecho natural se remita a ser un conjunto de exigencias antropológicas asentadas en la naturaleza humana y enfocada hacia la configuración un derecho justo o correcto³¹.

Sobre las connotaciones de la visión naturalista de los Derechos Humanos, Megías Quirós especifica algunos autores clásicos³²:

Recupera a Jeremy Bentham, quien establece dos ámbitos de los derechos naturales: 1) Político, siendo peligrosa la existencia de unos derechos que podían culminar en disolver el poder político y; 2) Teórico-jurídico, esto es como mandatos emanados de la voluntad del soberano sin existencia previa al establecimiento en una norma legal.

En el mismo tenor, John Austin defiende la tesis de Bentham argumentando la moral en la utilidad y añade que los derechos no están protegidos por la sanción jurídica y por ende tampoco pueden ser defendidos judicialmente.

En contraste, el utilitarista John Stuart Mill señala que la ley positiva no es

³⁰ Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, 2ª. ed., México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 11.

³¹ Megías Quirós, José Justo (coord.), *Manual de Derechos... cit*, p. 16.

³² *Ibidem*, pp. 16-24.

necesariamente justa, toda vez que si existen leyes injustas.

Ante las posturas del positivismo anglosajón, A. Ollero expone que los derechos humanos pueden justificarse desde el ámbito de lo sociológico³³.

Surge la interrogante por la significación de los derechos morales y encontramos a Carlos Santiago Nino que ante la confrontación entre iusnaturalismo y positivismo asienta que en la primera existen principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y en la segunda visión “es un sistema normativo que aunque no sea efectivamente reconocido por órganos que tienen el aparato coactivo estatal, no puede ser calificado como derecho si no satisface los principios aludidos en el punto anterior”. Esto es que dependerá del posicionamiento valorativo o efectivo del Derecho, aunque necesariamente el fundamento del derecho termina por recaer en el ámbito moral.

Nino sostiene que incluso para los escépticos morales, los derechos humanos serán admitidos como morales, a pesar de que inmediatamente se les asigne la propiedad de subjetivos o inexistentes.

Por ende, Nino adscrito a MacCormick (quien además enfatiza la protección de los Derechos Humanos) defiende que “los Derechos Humanos son esos derechos morales que versan sobre bienes de importancia fundamental”.

Mientras que el derecho positivo, en voz de Eusebio Fernández, sólo es reconocido por el Estado, más no creado, de ahí que con antelación existan exigencias de la idea de dignidad humana que sustenten la axiología de los Derechos Humanos.

Sin embargo, la principal crítica que acentúa la existencia de los Derechos Humanos es su falta de realidad, pero revierte E. Vidal Gil que si bien pertenecen a los derechos morales, éstos también integran al ordenamiento jurídico.

Nuevamente se abre la interrogante sobre ¿Si los Derechos Humanos deben necesariamente ser excluidos del concepto de Derecho propiamente dicho? Ante tal contexto, la tarea es desentrañar si el positivismo bastará para describir al Derecho y ¿Qué es el Derecho propiamente dicho?

Cabe recordar que la intersubjetividad o como apunta Sergio Cotta, la

³³ *Idem.*

coexistencialidad de los Derechos Humanos es inherente al ser humano y al Derecho, al ser un instrumento para conseguir fines humanos a través de la comunicación.

Resumiendo el análisis iusnaturalista, apunta Pérez Luño, que sólo desde tal postura tendrá sentido plantear la fundamentación de los Derechos Humanos.

1.8. *De la dignidad humana y sus concepciones clásicas*

En cuanto a la naturaleza de la dignidad humana, entendida no como multiplicidad de diferentes derechos, sino como fuente moral de todos los derechos fundamentales, a continuación describimos algunos de los argumentos que Jürgen Habermas analiza³⁴:

Desde las perspectivas de la moral racional, así como en la forma de derechos subjetivos adquiriendo relevancia en los discursos de Derechos Humanos y en la jurisprudencia, respectivamente.

Un ejemplo que ilustra deriva de la Ley de Seguridad Aérea en Alemania (*Luftsicherheitsgesetz*) que proponía que las fuerzas armadas derribarían un avión que evitara la repetición de los atentados terroristas del World Trade Center y ¿la muerte de los pasajeros del avión? entonces ¿La dignidad de quiénes se protegería?

En ese contexto, el Tribunal Alemán señaló la inconstitucionalidad de la muerte de los pasajeros en manos de órganos estatales, por lo que se hace eco del imperativo categórico kantiano, ya que “el respeto de la dignidad humana prohíbe al Estado disponer de otro individuo como un simple medio para otro objetivo, aunque sea para salvar la vida de muchas otras personas”.

Surge el cuestionamiento sobre la relación entre Derechos Humanos y dignidad humana, la cual se supone que posee naturaleza anterior y, al mismo tiempo, ambas nociones encuentran relación.

Y la respuesta deviene del Holocausto que dio pie a voltear la mirada hacia

³⁴ Habermas, Jürgen, “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los Derechos Humanos”, trad. de Juan Luis Fuentes Osorio, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 44, 2010, pp. 105-121, disponible en: revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/501/591.

la apelación a los Derechos Humanos debido a la lesión causada a su dignidad humana.

Por supuesto que existen posturas como la de Carl Schmitt que rechaza el aspecto global de los Derechos Humanos.

Y precisamente debido a la característica de abstracta generalidad, los Derechos Humanos requieren concretarse a los casos particulares y de ello deriva que sean diferentes, según el contexto cultural que dirige tanto a legisladores como a jueces. Sin obviar que los conceptos jurídicos generales son susceptibles de consenso, esto es de negociación.

No obstante, la igual dignidad humana resulta sustancialmente inscrita en los Derechos Humanos, aunque de forma tardía.

Del contenido de la Constitución de Weimar de 1919 nacen los derechos sociales fundamentales (artículo 151 que contempla la garantía de una existencia digna para todos).

También advierte que el concepto de dignidad humana bajo el uso predicativo de una palabra utilizada en su sentido común.

Mientras que la Declaración Universal de los Derechos Humanos exige en su artículo 22 la concesión de los derechos económicos, sociales y culturales para que cada persona pueda vivir en condiciones que “son indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”, dando origen cronológicamente a las diferentes generaciones de Derechos Humanos.

Relata que de tal función heurística de la dignidad humana se desarrolla la relación lógica de estas cuatro categorías de Derechos Humanos y sólo podrán satisfacer políticamente la promesa moral de respetar la dignidad humana de cada uno, si actúan conjuntamente y de manera equilibrada en todas sus categorías.

Al respecto, los ciudadanos sólo pueden ejercer en igualdad de oportunidades los derechos fundamentales cuando se asegura, al mismo tiempo, que son independientes en su existencia privada y económica y desarrollar su identidad en el entorno cultural deseado, siendo “un sismógrafo que muestra lo que es constitutivo para un ordenamiento jurídico democrático”.

Así que la dignidad humana es la unión conceptual entre la moral del

respeto igualitario de cada sujeto, el derecho positivo y la producción jurídica democrática.

La fundamentación moral de los derechos fundamentales tenía que ser “declarada” y trasplantarse a la comunidad política.

Los Derechos Humanos forman una dicotomía que muestra al mismo tiempo la moral y el derecho que pretenden su concreción a través de la legislación democrática, especificados por la jurisprudencia y realizados por las sanciones estatales.

Evidentemente hay oscilación entre la moral interiorizada de Kant (orientada hacia lo inabarcable) y; por otro lado, el derecho coactivo positivamente formulado.

Interviene el papel de la dignidad humana en el cambio de la perspectiva de los deberes morales a los derechos jurídicos y; la paradójica generalización de un objeto que generalmente se ajustaba al idéntico reconocimiento de la dignidad de cada uno, sino a las diferencias de estatus.

Para Lohman, “un derecho moral se tiene por justificado cuando hay un correspondiente deber moral que, por su lado, se considera justificado. Un derecho legal cuando es parte de un ordenamiento jurídico positivo que puede reclamar legitimidad en su conjunto”.

¿Dónde radica el concepto concreto de la dignidad humana?, ¿Demanda su anclaje en un estatus de ciudadano o en una determinada comunidad organizada?

El valor “absoluto” de la persona sustituye al valor relativamente superior de la humanidad, así como de sus miembros individuales.

Acerca de la implicación recíproca entre los derechos humanos y la democracia, K. Günther refiere: “...La relación entre los seres racionales entre sí está determinada por el reconocimiento recíproco de la voluntad general legisladora de cada uno, de modo que uno nunca [debe] tratarse a sí mismo ni a nadie simplemente como un medio, sino siempre al mismo tiempo como un fin en sí mismo”.

De tal forma que la “dignidad ilimitada” reside en la pretensión de que todos los demás respeten la esfera de voluntad libre.

Kant en su teoría del derecho introduce los derechos humanos, esto es el

derecho “único” que corresponde a cada uno en virtud de su humanidad en relación directa con la libertad de todos.

Así, el carácter jurídico de los Derechos Humanos estriba en la protección de la dignidad humana en un tiempo y espacio concretos del Estado democrático y consecuentemente habrá tensión entre Derechos Humanos universales y derechos del ciudadano particulares. Por ende, los Derechos Humanos requieren una justificación que va por cuerda separada.

Finalmente, buscar la justicia en opinión de Habermas sólo podrá darse a través de la relación interna entre dignidad humana y Derechos Humanos, esto es entre la conexión de la moral al Derecho hacia la construcción de órdenes políticos.

A manera de corolario, cabe destacar que la concepción y/o comprensión de los Derechos Humanos podrá darse en un sinnúmero de vertientes de pensamiento con denotaciones y connotaciones esencialistas o convencionales³⁵, sin embargo el interés de la presente investigación surge del cambio de paradigma al artículo primero constitucional, en el año 2011, cuando son ascendidos a rango constitucional los Derechos Humanos en cuyo catálogo está incluido el Derecho a la Salud y sus derivaciones como parte del artículo cuarto constitucional que esbozaremos en el siguiente capítulo.

1.9. *Entre lo natural y lo positivo: ¿Dónde encontrar los Derechos Humanos?*

Para ello, en principio, retomo las tesis planteadas por Mauricio Beuchot y Javier Saldaña, cuya perspectiva nos adentra en los fangosos terrenos del derecho natural y el derecho positivo, tal como se esboza en las siguientes líneas³⁶.

Su postura es que los Derechos Humanos condensan una unidad que los convierte en derechos naturales subjetivos que valen por sí mismos y, en consecuencia, son moralmente obligantes.

En su búsqueda por responder a la llamada “falacia naturalista”, Beuchot y

³⁵ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis... cit.*, pp. 248-254.

³⁶ Beuchot, Mauricio y Saldaña Javier, *Derechos Humanos y Naturaleza Humana*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 7-13.

Saldaña intentan fortalecer el vínculo entre la ética y el derecho dando pie a los planteamientos de Dworkin y Nino como derechos morales; así mismo cuestionan la necesidad de fundamentar filosóficamente los Derechos Humanos y entonces se preguntan por ¿Cuál es la razón para aceptar los derechos y las leyes?.

Al respecto, otras perspectivas de los Derechos Humanos han considerado que no existen fundamentos básicos ni en los principios de la razón ni en los hechos de la experiencia. Bajo esta postura, el extremo es luchar por derechos inexistentes perdiéndose en el vacío.

En cuanto a la justificación desde la concepción naturalista o positivista, Francisco Laporta aduce el principal peligro es su incompatibilidad, ya que sostiene que entre más fuerza moral o jurídica pueda exigírseles, menor será la lista de justificaciones para que éstos existan³⁷.

Nos dice Laporta que sólo se habla de derechos en el lenguaje normativo, cuando son acompañados de un deber respecto a otros, según Pufendorf.

Sin embargo, añade Laporta que resulta un error reducir los “derechos” a los “deberes” (tesis de la correlatividad) y sugiere que sean entendidos como la justificación de la existencia de dichas normas, esto es “por poder tener derecho a X; porque tenemos derecho a tal *status* normativo”.

Otra importante contribución de Laporta es la de no identificar los derechos de los sistemas normativos con sus respectivos mecanismos de protección (con sus técnicas) y en ese mismo sentido evitar la equiparación entre los sistemas normativos. Establece, además, que la protección de los derechos se obtiene a través de conferir poderes al individuo.

También advierte que en el debate de los derechos económicos, sociales y culturales, se cancela la trayectoria de los Derechos Humanos aduciendo que son obligaciones que nos corresponden a todos y no únicamente a las instituciones.

En consonancia temática, aborda que ni las pautas, las reglas, preceptos o normas (incluso las morales) se encuentran jerarquizadas en un mismo plano, sino que son “desplazables/anulables” unos respecto de otros y carecen así de la

³⁷ Laporta San Miguel, Francisco Javier, “Sobre el concepto de derechos humanos”, en “El concepto de Derechos Humanos”, *Doxa* 4, 1987, pp. 23-44, disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141710.pdf>.

pretensión de convertirse en absolutos y entonces surgen las siguientes interrogantes: ¿Si los enunciados morales que describen y atribuyen derechos contienen la claridad para su distinción? y ¿Cómo se dispone de determinados Derechos Humanos sobre otros Derechos Humanos?

Finalmente, Laporta señala que calificar a los Derechos Humanos de morales no tendrá que ser justificación para sencillamente trivializarlos.

Al respecto, Beuchot y Saldaña entrañan que³⁸:

La posibilidad de encontrar fundamento en cuanto a los Derechos Humanos se refiere navega entre el iuspositivismo a través de la positivización de los derechos (para dotarlos de fuerza) y el iusnaturalismo, esto es teniendo como pilar la naturaleza humana (entendida de diversas formas), ambos polos contienen sus respectivas nociones intermedias.

De ahí que subrayan que los Derechos Humanos son derechos naturales subjetivos que valen por sí mismos y por ello moralmente obligantes.

Para ello, intentan fortalecer el vínculo entre la ética y el derecho dando pie a los planteamientos de Dworkin y Nino como derechos morales; así mismo cuestionan la necesidad de fundamentar filosóficamente los Derechos Humanos y entonces pregunta por ¿Cuál es la razón para aceptar los derechos y las leyes?

En ese sentido, el iuspositivismo no basta, toda vez que dependerá de quien lo positiviza, ya sea un grupo o un individuo, sin que pueda mediar defensa. Y es que cuando hay violación de Derechos Humanos dentro de un país, no hay fuerza que posea autoridad para detenerlo o, en su caso, los demás países fingen no verlo. Entonces, retomado de Bobbio, aluden que el iuspositivismo nos deja inerme frente al (sujeto) que cancela los Derechos Humanos.

En lo relativo al iusnaturalismo, el tema es su base extrajurídica siendo la naturaleza humana y el hecho de que dependen de una coerción puramente moral, es decir volitiva.

Además, no existe un acuerdo sobre la moral, pero eso no implica la inexistencia de la filosofía moral y consecuentemente sería posible postular una naturaleza humana, que según Habermas, Apel y Cortina tendría una racionalidad

³⁸ Beuchot y Saldaña, *Derechos Humanos y Naturaleza... cit.*, pp. 8-18.

ética y no meramente formalista.

A su vez, el iusnaturalismo formula la definición de seres humanos excluyendo a quienes no recaigan en tales parámetros, el obstáculo está en encontrar el punto medio en este enfoque para evitar el reduccionismo e impedir que sea tan abierta que se desvanezca.

Habrà que distinguir cómo puede el iusnaturalismo adaptarse sin perder su “naturaleza” y ser justo sin olvidar los movimientos históricos protagonizados por el hombre, después de todo la definición de lo que es el hombre conlleva límites.

Para tal escenario, surge el iusnaturalismo analógico, el cual no se pierde en las particularidades o circunstancias de cada situación e intenta dar cuenta de las diferencias en la mayor medida posible, pero no niega la universalidad, ya que establece las caras ambivalentes de la moneda: las cosas que moralmente pueden ser admisibles y las que son malas.

1.9.1. *Iusnaturalismo analógico: una perspectiva intermedia*

Entre las contribuciones de Beuchot y Saldaña destacan³⁹:

El iusnaturalismo analógico como un modelo paradigmático de lo que debe ser el hombre conforme a los valores de la naturaleza humana que es complejo, por no decir imposible, establecer de absolutos.

Respecto a los principios en los cuales reposa el derecho natural, el iusnaturalismo analógico defiende que existe una jerarquía y por ende que hay preceptos primarios relativos a las modalidades de vida que no son susceptibles de cambio o negociación. Mientras que los preceptos secundarios, al tratarse de concretizaciones de los preceptos primarios, si se pueden mejorar y/o adaptar conforme al marco histórico específico, lo cual impacta directamente la aplicación del Derecho que debe atender al contexto.

Para el Derecho es relevante la aplicación de normas y principios de manera diferenciada en la inacabada búsqueda del bien del hombre y de la aspiración de la justicia.

Sobre la argumentación del iusnaturalismo analógico resulta necesario

³⁹ *Idem*, pp. 19-113.

revisar las ideologías iusnaturalistas y iuspositivistas a partir de Bobbio, quien se recupera en esta obra de Beuchot y Saldaña con las siguientes formulaciones:

- a) Iuspositivista extrema. Plantea que la obediencia de las leyes proviene de que son justas (obediencia activa);
- b) Iuspositivista moderada. Señala que las leyes deben ser obedecidas porque a través de la legalidad se garantiza el valor del derecho en el orden y la paz (obediencia condicionada);
- c) Iusnaturalista extrema. Especifica la obediencia de las leyes en la medida en que sean justas y válidas. Caso contrario, se pueden desobedecer (desobediencia activa);
- d) Iusnaturalista moderada. Postula que las leyes, aunque sean injustas, deben obedecerse, salvo caso extremo (desobediencia condicionada u obediencia pasiva).

De lo que deriva que el iusnaturalismo analógico tiene su símil en el iusnaturalismo moderado expuesto por Bobbio y que también puede encontrar puntos afines con el iuspositivismo moderado, dado que preponderan el orden y la paz, según Beuchot y Saldaña.

Citando a Bobbio, especifican los dos autores ya precisados que el iusnaturalismo identifica al derecho con la razón y; en el iuspositivismo, el derecho surge de la voluntad. No obstante a lo largo del tiempo no siempre ha sido así, por lo que se asume que las posturas moderadas son lo mejor.

Advertía Kelsen, en voz de Beuchot y Saldaña, que la filosofía del derecho cuestiona qué reglas debe adoptar, o bien, establecer el derecho: el problema de la justicia; en tanto que la teoría general del derecho se ocupa del derecho como es (derecho positivo), por lo que se enfoca en analizar la estructura del mismo.

Por ello, es que ambos autores recuperan la distinción que aborda Bobbio entre lo que el derecho es y debe ser y esboza que el positivismo entraña la aceptación del *status quo*, sirviendo de control social mediante la coacción.

En ese sentido, asumen que: Hart niega que el derecho tenga cualquier contenido, dado que hay un contenido mínimo de derecho natural por ejemplo de

“no matar”.

¿Por qué acudir al derecho natural como fundamento ontológico del Derecho?

Porque la aplicación de la ley es prudencial, y se hace hincapié en que no la ley, sino su aplicación: el derecho natural (en su acepción de principios generales) como raíz del derecho positivo que, en conjunto, forman un solo orden jurídico.

Así que resulta difícil la separación entre Derecho y moral o el derecho que es del que debe ser.

Y es que el fenómeno jurídico no puede reducirse a la fórmula prescripción-sanción desde una postura legalista, esto es acudiendo a Kelsen y la Teoría Pura del Derecho.

Los derechos humanos como preexistentes a las leyes positivas y la tesis iusnaturalista se condensa en toda entidad jurídica hay un derecho natural del que deriva o se inspira.

Específicamente dentro de la Escuela Moderna del Derecho Natural con dos principales tendencias:

- 1) Derecho natural clásico teniendo a la libertad del hombre como eje central para regirse en estado de naturaleza. Entre sus representantes están los contractualistas Hobbes, Rousseau y Locke.
- 2) Derecho natural racionalista. Bajo la premisa de la recta razón señalando que existen dos sistemas de normas: las de la naturaleza y las leyes positivas dando lugar a la codificación creada por conclusiones lógicas.

Esta concepción iusnaturalista moderna traería consigo la separación entre derecho y moral; centrarse en el hombre como un ser libre e independiente, razón por la que el derecho se torna individualista.

En resumen, desde estas perspectivas del Derecho Natural, los derechos son previos a las leyes y no están dados por el consenso social, sino que se fundamentan por naturaleza, de ahí que respecto a los demás miembros de la sociedad sólo opera el reconocimiento y la protección del bien tutelado.

En efecto, la noción de derecho subjetivo establece que se trata de:

“facultades, prerrogativas o poderes que las personas poseen para exigir el reconocimiento, respecto y observancia de sus derechos, cualquiera que estos sean”; entender así el derecho subjetivo es atribuible a Guillermo de Ockam, asimilándose como las prerrogativas o intereses del sujeto individual, sostienen Beuchot y Saldaña.

Sobre el particular, la apreciación de Kelsen es que un derecho subjetivo presupone un deber jurídico de otra persona, por lo que la norma jurídica le otorga el derecho de reclamar ante el incumplimiento de una obligación.

Visto de ese modo, el derecho subjetivo para que pueda ser tal comprende la consagración en un orden jurídico positivo determinado, así como la existencia de un órgano jurisdiccional para hacerlo válido, esto es ejercer el derecho.

Y en la caracterización de ese derecho subjetivo intervienen:

- a) Titular del derecho (detentador del poder, ventaja o facultad de una persona sobre una cosa) y sujeto obligado (quien debe manifestar una conducta frente al otro);
- b) Norma jurídica. Según Tamayo, recopilado por Beuchot y Saldaña, en su acepción de disposición jurídica se trata de la fuente del derecho subjetivo al determinar tanto su existencia como su contenido.
Surge la crítica de si el derecho se reduce a derivar de una norma o, en su caso, subsiste a pesar de no estar normativizado y esto depende de si se identifica al derecho en razón de sí mismo o no;
- c) Órgano jurisdiccional. Permite la posibilidad de controvertir, mediante una acción procesal, la transgresión del derecho, su sanción y respectiva ejecución.

Cabe mencionar que cada una de estas partes relativas a la estructura de un derecho subjetivo serán relevantes para el posterior análisis de la justificación de la configuración de un mecanismo no jurisdiccional.

Pero volviendo al tema, de las propiedades del derecho subjetivo se infiere que los Derechos Humanos se originan de la existencia que se tiene de la deuda que se le ha reconocido al titular de ese derecho, incluso antes de hacerlo

exigible.

En favor de lo anterior, dice Beuchot y Saldaña que están las reivindicaciones de los más diversos tipos de derechos humanos en distintos lugares. No obstante, es común que tales exigencias (los derechos humanos) se encuentren contrapuestos: ejemplo es el derecho a la vida y la eutanasia que produce el peligro de caer en el relativismo de los derechos particulares.

De lo anterior deriva que no puede haber derechos humanos en un sentido universal que le pertenezca a todos los hombres, sino que adquieren un fundamento particular e individual.

Entonces, la exigibilidad del derecho humano como “cosa justa” está implícito en los bienes que busca proteger la norma jurídica.

Añaden los multicitados autores que en opinión de Dabin, la exigibilidad supone la disponibilidad del derecho que podrá defender y tendrá que corresponder en el mismo sentido frente a terceros.

Por ello, Beuchot y Saldaña, retomando a Massini, explican que el derecho subjetivo conlleva una relación de permisión o pertenencia que obedece a una conducta deónticamente necesaria basada en la ley; tiene su eje rector en la conducta humana.

En esta obra, los derechos humanos se entienden como sustentados en la ley natural racional, esto es lo que le es propio al hombre.

A partir de Santiago Nino, se rescata el aspecto “axiológico-valorativo” de los llamados derechos morales⁴⁰ y se les sitúa como un dato previo o una moralidad básica (la dignidad humana) que les dota de fundamento.

Para Nino, explican Beuchot y Saldaña, existen mínimo dos conexiones intrínsecas entre derecho y moral: 1) Conexión justificatoria para legitimar el derecho conforme a principios morales como razones para actuar y; b) Conexión interpretativa que se refiere a transformar los materiales (documentos) jurídicos relevantes en proposiciones que den lugar a dichas razones.

Al respecto, señalan Beuchot y Saldaña, que para Alexy existe relación conceptual entre derecho y moral.

⁴⁰ Nota: Aceptación que en inglés se expresa como *moral rights*. *Ibidem*, pp. 106-107.

No obstante su antecedente como derechos morales, los derechos humanos sólo serán exigibles si suman el atributo de la coacción.

Sobre cuál es el antecedente que es condición suficiente de los derechos morales, Nino y Hart, descrito por Beuchot y Saldaña, asientan que es la propiedad de ser individuo humano, los que pueden originar derechos jurídicos paralelos de fuente nacional e internacional. No obstante no existe una definición de los derechos morales.

1.10. *Matices de los Derechos Humanos*

Considero pertinente cerrar este primer capítulo con la enunciación crítica de los Derechos Humanos, toda vez que a mi parecer enfatiza varias de las premisas expuestas con antelación.

Para ello, retomo el ensayo de Arias Marín y abro con una pregunta: ¿Son los Derechos Humanos una exigencia a partir de que se afirma su reconocimiento? Cuestión por demás relevante para establecer alguna coordenada del enclave de los Derechos Humanos actualmente⁴¹.

Desde la perspectiva de la teoría crítica y en secuencia a lo expuesto en los apartados anteriores de este primer capítulo, los Derechos Humanos resultan controversiales y no son, en forma alguna, autoevidentes, de ahí que aparecen las concepciones contemporáneas sobre Derechos Humanos agrupadas, según Arias Marín, en la siguiente forma:

- 1) Naturalista. Concibe a los Derechos Humanos como “dados o inherentes”.
- 2) Deliberativa. Señala que los Derechos Humanos son “consensados o acordados socialmente”.
- 3) Protesta. Explica que los Derechos Humanos son “un hecho del lenguaje, mero discurso”.
- 4) Discursiva-contestaria. Dispone que los Derechos Humanos son

⁴¹ Arias Marín, Alan, “Tesis sobre una teoría crítica de los Derechos Humanos”, *Revista de Filosofía Open Insight*, núm. 9, vol. 6, enero-junio de 2015, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-24062015000100002.

“resultado de las luchas sociales y políticas”.

A partir de estas teorías se desprenden algunos planteamientos críticos para el autor en cita:

1) La falta de adecuación entre el discurso de los Derechos Humanos frente a su vulneración y manipulación en el terreno de la práctica, esto es entre lo teórico y las condiciones sociales reales, lo que a su vez decanta en la carencia de legitimación y la necesidad de construir un argumento (acentuaría que sólido) para no quedar en la mera denuncia sin efectos.

2) El rol globalizador que instala la paradoja entre la tendencia a homogenizar y/o estandarizar y el reforzamiento de la reivindicación de identidades (étnicas, culturales, religiosas e incluso de modos de vida), donde la intervención de los Derechos Humanos permita la mediación.

3) La universalidad y el multiculturalismo como efectos de la globalización que, al mismo tiempo, colisionan, ya que cuando las demandas de los grupos culturalmente diferenciados y las finalidades paradigmáticas y (supuestamente) democráticas de los Derechos Humanos se enfrentan, no encuentran canales para dirimir la tensión.

4) El hecho de que al dotar de un atributo crítico a los Derechos Humanos se establece la multidisciplinariedad como vía para atender y solventar la complejidad que encierran los Derechos Humanos, ya que no pueden entenderse más como una modalidad hegemónica que le compete atender únicamente al Derecho.

5) Debe atenderse al concepto de género como constructo cultural que plasma las diferencias de identidad en el intrincado mundo de la sexualidad en aras de la “igualdad”, bajo la tesis de que: “toda relación social se estructura simbólicamente y todo orden simbólico se estructura discursivamente”.

6) Examinar la dicotomía entre el sufrimiento y la víctima para contestar si es posible encontrar significado al sufrimiento humano que

se ha traducido en la noción de víctima (entendida como dignidad humana vulnerada o dañada); cabe recordar que la noción de dignidad humana conlleva sus propias implicaciones.

7) Surgimiento de la “etiqueta” de víctima que al ser un vocablo polisémico es materia de reflexión crítica en sus connotaciones y denotaciones, esto es involucrando tanto factores intrínsecos como extrínsecos, con el fin de evitar la carga emotiva negativa y prestar atención a la funcionalidad (operativa) para lograr o no el cometido para el cual tal término ha sido creado.

8) Finalmente, navegar entre la instrumentalización y reivindicación es la disyuntiva que acompaña fielmente a la defensa o rechazo de los Derechos Humanos.

1.11. *Reflexiones capitulares. La manufactura de los Derechos Humanos.*

Los Derechos Humanos han sido confeccionados a través de los siglos en una eterna lucha de clases, cuya balanza en muchas ocasiones se ha inclinado a las necesidades del grupo que ostenta el poder.

El concepto de los Derechos Humanos es un campo minado que salta de la emblemática idea de la paridad hasta la utilización discursiva a manos del poder.

Respecto a su génesis, no son identificables el momento histórico ni el lugar de la aparición de los Derechos Humanos: cada análisis sitúa un origen aludiendo al contexto específico y en cualquier caso la clasificación generacional alude a una más de las múltiples clasificaciones existentes.

Sin embargo, los autores expuestos refieren su reconocimiento a partir de las luchas sociales y las declaraciones que marcaron la pauta para generar un consenso mundial en pro de establecer Derechos Humanos codificados que bien pudo haber tenido algunos tintes del derecho natural.

De tal manera que el nacimiento de los Derechos Humanos se ha tergiversado para ser usado como mero discurso político que aparentemente brinda igualdad entre los miembros de una determinada comunidad. Pero que en

realidad sólo acrecientan el abismo existente en las múltiples versiones de la dicotomía poder-súbdito que existen y continuarán existiendo como una dualidad del ser humano.

En un sentido ideal, los Derechos Humanos son susceptibles de entenderse como la panacea del hombre ante las constantes injusticias que enfrenta contra el Estado, sea cual sea el régimen de gobierno.

Las diversas posturas de los autores referidos en el presente capítulo dan cuenta del peligro de despojar a los Derechos Humanos de su aspecto manipulador, sin que ello demerite que en las sociedades desiguales será mejor tenerlos que carecer de ellos, toda vez que la fuerza del poder puede ser avasallante contra el simple ciudadano que no posea el mínimo que representa la codificación.

Si así se quiere ver, las disposiciones normativas que plasman los Derechos Humanos son letra muerta. Pese a ello, para navegar en un mundo regido por el capital y la globalización en su máxima expresión, son un referente de defensa, con alcances reprochables.

En este primer capítulo, he intentado formular, sin ánimo exhaustivo, algunas perspectivas que analizan el posicionamiento más o menos reciente que en la práctica ocupan los Derechos Humanos.

La expectativa es que dichas formulaciones permitan inscribir el Derecho Humano a la Salud dentro del espectro mexicano en la directriz más asequible a la realidad alejándola de pretensiones ideales desprovistas de materialización efectiva en la realidad.

Tabla de Deberes del Estado

		I	II	III	IV	V	
		No.	Obligación	Consiste en:	Objetivo	Tipo de Cumplimiento (Estado)	Observaciones
TIPO DE CONDUCTA (ESTADO)	PASIVA (NO HACER)	1	Respetar	No poner en peligro un derecho. No interferir o intervenir y; No afectar los derechos de la persona.	Negativa (No hacer). El Estado debe respetarme.	Tiene efectos inmediatos.	Mantener el Derecho Humano correspondiente.
	MIXTA	2	Proteger	Evitar violaciones a los derechos. Prevenir, cuidar y defender a la persona, así como sus derechos.	Positiva y Negativa. Implica mecanismos, estructuras y procedimientos para evitar que ocurran esas violaciones.	Tiene efectos inmediatos y progresivos.	Mantener el Derecho Humano correspondiente.
	ACTIVA (DAR, HACER)	3	Garantizar	Asegurar la realización efectiva de los derechos. Compromiso de eficacia de cumplimiento. Sanciona y repara, por lo que incluye maquinaria institucional y contar con el mecanismo para hacerlo. Incluye dar cosas, indemnizar, restituir y reparar.	Positiva.	Tiene efectos inmediatos y progresivos.	Realizar efectivamente el Derecho Humano.
		4	Promover	Ampliar, fomentar, incentivar a la realización del derecho. Difundir, capacitar, informar y educar. Mejorar o ampliar los derechos.	Positiva.	Tiene efectos progresivos.	Mejorar el Derecho Humano.

Tabla 1. Deberes del Estado. Elaboración propia con información del Doctor Manuel Cuauhtémoc De Dienneim Barrigueté.

Capítulo 2

Derecho Humano a la Salud. Historia y disposiciones normativas: constitucionales y convencionales

SUMARIO. 2.1. *Introducción. El núcleo de la salud.* 2.2. *Generalidades históricas del Derecho a la Salud.* 2.3. *Vinculación constitucional del Derecho a la Salud con los Derechos Humanos.* 2.4. *Marco Jurídico Internacional del Derecho a la Salud.* 2.5. *Escenario nacional. Ley General de Salud.* 2.6. *Presupuestos de la seguridad social.* 2.7. *Debate contemporáneo.* 2.8. *América resiliente.* 2.9. *Reflexiones capitulares. Realismo puro.*

2.1. Introducción. El núcleo de la salud

La intención de las líneas desarrolladas a continuación es crear algunas bases de nuestro objeto principal de estudio en esta investigación, siendo el Derecho a la Salud en su vertiente de Protección a la Salud.

Por practicidad, este capítulo ha sido dividido en dos apartados, tal como lo evidencia su título, a saber:

Primero, refiero brevemente la historicidad del Derecho a la Salud abarcando aspectos generales de dónde y cómo surge, así como del momento en que se gesta en el territorio mexicano.

Mientras que el segundo apartado nos vincula con el desarrollo jurídico que tal precepto constitucional y convencional ha venido obteniendo hasta posicionarse como un Derecho Humano que, como más adelante veremos, es simbiótico a la tutela de uno de los máximos bienes jurídicos que posee todo ser humano: el de la vida.

Los elementos vertidos en este segundo capítulo tienen como finalidad arrojar un panorama más o menos ilustrativo de la complejidad y los atascos que

representa el Derecho a la Salud, planteados tanto en el orden jurídico mexicano como en la comunidad internacional.

Para ello, revisamos diversas disposiciones normativas tendientes a regular la protección de la salud y se enuncian los preceptos constitucionales, las leyes generales y secundarias, así como las convenciones que reúnen una serie de especificaciones en torno al Derecho a la Salud.

Sobre el particular, cabe informar a nuestro lector que vamos de lo general a lo particular, por lo que de los Derechos Humanos y sus teorías, el escalafón siguiente es el Derecho a la Salud, toda vez que no podemos adentrarnos a una parte del Derecho a la Salud si no se han comprendido sus generalidades, de ahí que he considerado pertinente formular algunos encuadres teóricos que revelan la preeminencia de unos particularidades sobre otros.

En lo concerniente al último apartado de este capítulo, desarrollo una visión desde América en torno al Derecho a la Salud, sus aciertos y sus debilidades.

2.2. Generalidades históricas del Derecho a la Salud

Entre los antecedentes del concepto de salud pública pueden mencionarse las epidemias del siglo XVIII, la vacuna de Edward Jenner (1749-1823) y el desarrollo de instrumentos médicos (el termómetro y lentes para microscopio) generados de la cientificidad de ramas como la física y la química.

Bajo este contexto de gobiernos ilustrados y monarquía absolutista surge “la joya de los hospitales” con el Algellemene Krankenhaus u Hospital General de Viena⁴² en busca del bienestar y progreso de los ciudadanos.

Supuestamente con la Revolución Francesa surgen ideales de bien común, pero tales no se desarrollan en materia de salud sino hasta la constitución de los Estados-nación, donde propiamente inicia la regulación en el ámbito de la salud.

En este primigenio concepto de salud son contemplados aspectos como el hacinamiento, la mendicidad y el agua potable.

⁴² Fierros Hernández, Arturo, “Concepto e historia de la salud pública en México (Siglos XVIII a XX)”, *Gaceta Médica de México*, Historia y Filosofía de la Medicina, México, 2014, disponible en: http://www.anmm.org.mx/GMM/2014/n2/GMM_150_2014_2_195-199.pdf.

Para el caso del contexto mexicano, las primeras intenciones por atender el cuidado de la salud aparecen en 1841 con la creación del Consejo Superior de Salubridad, pero fue hasta el proyecto modernizador de Porfirio Díaz en 1876 que surge la propuesta del control de las enfermedades epidémicas y no epidémicas.

Acercas del derecho a la salud, Carlos Lema Añón⁴³ dispone dos momentos: cuando era potestad de las autoridades sanitarias para limitar los derechos de las personas y; cuando es advertido como un derecho subjetivo exigible al Estado (a partir de las reivindicaciones sociales de la segunda mitad del siglo XX).

El derecho a la salud, en un primer momento, solamente era entendido como “ausencia de enfermedad”⁴⁴.

Y tal concepción es transformada sustancialmente en 1947, momento en el que la Organización Mundial de la Salud lo enmarca como: “un estado completo de bienestar físico, mental y social”⁴⁵.

2.3. Vinculación constitucional del Derecho a la Salud con los Derechos Humanos

Tras el cambio de paradigma constitucional del 2011, los Derechos Humanos adquieren relevancia para impregnar los preceptos constitucionales, por ello en esta investigación establezco la vinculación entre el texto normativo y las disposiciones normativas que de ellos se desprenden para orientar la Exigibilidad del Paciente del Derecho de Acceso a la Salud.

De tal forma que el primer artículo advertido es el 1º. constitucional en lo referente al siguiente extracto:

Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán 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

⁴³ Vita, Leticia, “Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud: Historia del derecho a la salud en el siglo XX”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Buenos Aires, 2012, disponible en: <http://www.scielo.org.ar/pdf/sc/v8n3/v8n3a10.pdf>.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Idem.*

garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo 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”⁴⁶.

Para una mejor comprensión de las esferas que engloba el citado artículo remitirse a los Deberes del Estado (Anexo. Tabla 1).

Mientras que el precepto constitucional 4º. en materia específicamente de la protección de la salud conforme a los objetivos de esta investigación enuncia:

Artículo 4º. Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución⁴⁷.

Sobre el particular desde 1983, Ruiz Massieu⁴⁸ ya analizaba que dicho precepto tenía el acierto de no prevenir que el acceso a la salud fuera de índole necesariamente gratuito, ya que dependía del concepto de capacidad contributiva. Sin embargo, si destacaba el hecho de que el entonces nuevo párrafo tercero era medular para el programa de salud del Estado mexicano.

Sin embargo, el encuadre jurídico que generalmente era aplicado para este derecho humano ha evolucionado, toda vez que ya no se puede considerar como un mero derecho programático, toda vez que siendo precisos no se trata del derecho a la salud, sino del derecho a la protección de la salud⁴⁹.

En el mandato constitucional mexicano, específicamente en el artículo 4º., así como en diversos tratados internacionales (de manera general) encontramos el

⁴⁶ México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, reforma del 15-09-2017, pp. 1-2, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 8.

⁴⁸ Cano Valle, Fernando, *Percepciones acerca de la medicina y el derecho*, México, Facultad de Medicina. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, 2001, p. 8.

⁴⁹ Pérez López, Miguel, “El derecho constitucional a la protección de la salud”, Ciudad de México, Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, p. 192, disponible en: <https://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/44/49-02.pdf>.

derecho a la salud⁵⁰. Y es susceptible de un contenido instrumental, en palabras de Nora Lustig, toda vez que la enfermedad impacta directamente en la productividad de un trabajador⁵¹.

De tal forma que la ausencia de enfermedad se traduce en beneficio de otros bienes para la sociedad⁵². Así, desde una visión contemporánea, el nivel más alto de calidad de vida se asocia con el de salud incidiendo en el desarrollo o no de un país, por lo que no debe ser plausible su retroceso⁵³.

Cuando el sistema de salud es frágil, el crecimiento económico se debilita, esto es la pobreza aumenta⁵⁴.

De ahí, surge la premisa de que mejores niveles de salud conllevan metas económicas y sociales más alentadoras⁵⁵.

También es menester recopilar el artículo constitucional 73, fracción XVI, toda vez que en dicho precepto recae propiamente el poder de regular en el ámbito de la salud. Así, formula que la competencia al señalar que:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

...

XVI. Para dictar las leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

1ª. El Congreso de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.

2ª. En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.

⁵⁰ Carbonell, José y Carbonell, Miguel, *El derecho a la salud: una propuesta para México*, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. IX, disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/libros/El_derecho_a_la_salud_una_propuesta_para_M_xico.shtml.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Idem*.

⁵³ *Ibidem*, p. X.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. X, XI.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 12.

3ª. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País (sic).

4ª. Las medidas que el Consejo haya puesto en vigor en Campaña (sic) contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana, así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, serán después revisadas por el Congreso de la Unión en los casos que le competan⁵⁶.

En tal contexto, recuperó una idea de Diego Valadés que abundaba sobre el hecho de que la regulación estuviera a cargo del legislador, toda vez que una (entonces) garantía requería de su reglamentación para evitar confusiones⁵⁷.

2.4. Marco Jurídico Internacional del Derecho a la Salud

El derecho a la salud está enunciado expresamente en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵⁸ y reviste que toda persona y su familia asegure un nivel de vida adecuado encaminado a su bienestar especialmente a partir de la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

Del precepto anterior es plausible deducir que: 1) Que el derecho a la salud es establecido para toda persona (individualmente) y su familia (comprendiendo la colectividad). Por lo que se velará por “todo sujeto” que recaiga en la categoría de “persona”; 2) Que el derecho a la salud conlleva alcances más amplios que involucran la participación determinante del estado para proveer de lo que este precepto resume en “asistencia médica y servicios sociales” y; 3) Que el derecho a la salud es inherente al bienestar, sin la cobertura de la salud no se accede a él.

A su vez, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1946) dispone el derecho a la preservación de la salud, así como al bienestar⁵⁹: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada

⁵⁶ México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Constitución Política... cit.*, pp. 63, 65-66.

⁵⁷ Cano Valle, Fernando, *Percepciones acerca de la... cit.*, p. 9.

⁵⁸ ONU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 1948, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%20000.pdf>.

⁵⁹ Pérez López, Miguel, “El derecho constitucional a la protección...” *cit.*, p. 193.

por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”⁶⁰.

En tal orden de ideas, otras declaraciones internacionales que también contemplan la salvaguarda de la protección en el ámbito de la salud son⁶¹: la Declaración de los Derechos del Niño en el principio cuarto⁶² y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial en su correlativo artículo 5º, fracción IV, inciso e)⁶³.

Mientras que en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁴, el derecho a la salud está englobado en el artículo 12 y describe que el disfrute de la salud debe darse en su nivel más alto posible, con lo cual abre dos vertientes: la mental y la física, es decir no basta la armonía del cuerpo como entidad orgánica, sino también de la psique.

Al respecto, la Proclamación de Teherán⁶⁵ desde 1968, ya enunciaba los problemas de la disparidad entre países (numerales 12 y 13) y el impacto que el desarrollo social y económico ejerce para la realización o no de los Derechos Humanos, subrayando la unión existente entre derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, dado que su ejercicio conlleva que se impulsen en el mayor grado como lo enmarca el punto 17 de dicha declaración.

Siguiendo con las directrices de análisis del derecho a la salud en el espectro internacional atendiendo las observaciones generales y comento la Observación General No. 14 sobre el nivel de salud más alto posible (cuya data es del año 2000), la cual asocia el máximo nivel de salud con la vida digna.

⁶⁰ OEA, *Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre*, Bogotá Colombia, 1948, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

⁶¹ Pérez López, Miguel, “El derecho constitucional a la protección...” *cit.*, p. 193.

⁶² ONU, *Declaración de los Derechos del Niño*, 1959, disponible en:

http://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Declaracion_DN.pdf.

⁶³ Naciones Unidas. Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, 1965, disponible en:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>.

⁶⁴ ONU, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 1966, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

⁶⁵ Asamblea General de Naciones Unidas, Proclamación de Teherán. Adopción: Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, Irán, 1968, disponible en:

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2016.pdf>.

Y también desglosa los determinantes básicos dentro del cuidado de la salud enmarcando seis grupos⁶⁶:

- 1) Condiciones sanitarias del entorno (agua potable, drenaje, alcantarillado, entre otras);
- 2) Condiciones biológicas (epidemias, principales causas de muerte, expectativa de vida, entre otras);
- 3) Condiciones socioeconómicas: nutrición, vivienda, condiciones laborales sanas y enfermedades relacionadas con la pobreza, entre otras).
- 4) Condiciones ecológicas: emisión de contaminantes, contaminación del agua y el cuidado de los recursos naturales, entre otras.
- 5) Acceso a la educación y a la información en materia de salud.
- 6) Condiciones de violencia y conflictos armados.

A su vez, se despliegan dos subgrupos⁶⁷:

- 1) Sistemas de salud (conlleva elementos materiales y humanos para la atención de la salud) y;
- 2) Políticas públicas encaminadas al cuidado de la salud (programas públicos o privados y recursos estatales).

Además, establece que la efectividad de este derecho requiere formulación de políticas e instrumentos jurídicos concretos, sin olvidar la interdependencia implícita con otros derechos como es el caso de la vida, la alimentación y la discriminación, el respeto hacia grupos vulnerables y el cuidado del medio ambiente, por mencionar sólo algunos de los derechos que son intrínsecos o vinculantes por la propia naturaleza jurídica del derecho a la salud.

Cabe invocar que el derecho a la autonomía dentro de la comunidad

⁶⁶ Montiel, Lucía, “Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 40, pp. 297-298, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-9.pdf>.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 298.

internacional por parte de los Estados no establece libertad plena y/o arbitraria, de ahí que existan limitaciones siguiendo al principio de progresividad de los derechos.

Así, los estados están obligados al respecto y protección de los Derechos Humanos y específica que los medicamentos y el suministro de los mismos no podrá ser materia de embargos.

El derecho a la salud conlleva entre sus características la inclusión, toda vez que engloba diversos derechos y la extensión al regular la atención médica privada, por ejemplo.

Tal observación general también estipula que será calificado de violación, por acción u omisión, el incumplimiento de lo previsto en el pacto internacional cuando no exista justificación válida y sin perder de vista que existen obligaciones básicas que como tales resultan inderogables bajo cualquier argumento.

Por último, hay que advertir que en el ámbito internacional la regla para los estados es la discrecionalidad para determinar las medidas que considere pertinentes para cumplir el pacto en cita, no obstante postula categóricamente que tales medidas no pueden soslayar el derecho que tiene toda persona para acceder a establecimientos, bienes y servicios de salud en su más alto nivel.

2.5. Escenario nacional. Ley General de Salud

Como su propio nombre lo indica la Ley General de Salud refiere el derecho a la salud en distintas esferas y/o niveles y alude específicamente al precepto constitucional 4º ya citado al establecer las disposiciones jurídicas nacionales correspondientes a México.

En principio hay que destacar dos aspectos transversales de la ley en análisis: el derecho es la protección de la salud y que para ello contará con un Sistema Nacional de Salud (artículos 1º, 1º BIS, 2º, 5º y 6º)⁶⁸.

Del artículo 1º. se desprende que el derecho de protección a la salud le corresponde a toda persona, derivado de ello se entenderá que cualquier ente que

⁶⁸ México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Ley General de Salud*, última reforma 17/11/2017, disponible en: http://www.salud.gob.mx/cnts/pdfs/LEY_GENERAL_DE_SALUD.pdf.

tenga el carácter de persona tendrá que ser considerado con un derecho a la protección de la salud.

En el precepto 1º. BIS está comprendido qué se establece como salud, encontrando el concepto equiparable con la Organización Mundial de la Salud, el cual engloba “bienestar” y no exclusivamente la ausencia de enfermedad.

Asienta en el 2º numeral cada una de las dimensiones como finalidades a la protección de la salud, a través de los cuales amplía la gama de funciones que deberá atender. De tal forma que se extiende de persona a la vida humana, el desarrollo social e incluso a nivel poblacional.

Y para lograrlo, señala que los servicios de salud deberán ir de la mano con la investigación científica y tecnológica en aras de mantener, mejorar y restaurar los servicios de salud para un óptimo aprovechamiento.

Así, el artículo 5º especifica que será el Sistema Nacional de Salud la instancia a quien se le delega la responsabilidad de cumplir con el derecho a la protección de la salud para lo que habrá de conformarse con dependencias y entidades de la Administración Pública de los tres niveles de gobierno.

Específicamente para determinar cuáles son los límites y alcances del mencionado sistema en materia de salud, el artículo 6º. dispone en sus doce fracciones los compromisos que el legislador le ha conferido, siendo entre estos:

- a) Proveer los servicios de salud y eficientar su calidad;
- b) Atender problemas sanitarios prioritarios a través de la prevención y la promoción de diversas acciones;
- c) Llevar a cabo la cobertura de asistencia social, principalmente entre los grupos vulnerables como menores y ancianos en estado de abandono;
- d) Impulsar el bienestar familiar y social con énfasis en las comunidades indígenas;
- e) Administrar racionalmente los recursos en virtud de potenciar la salud;
- f) Extender la cobertura de la atención a la salud;
- g) Accionar políticas públicas en pro de la buena alimentación y;

- h) Coordinarse con autoridades educativas para la atención integral de víctimas y victimarios de acoso y violencia escolar;
- i) También aborda el cuidado del ambiente como una premisa necesaria para que la población pueda gozar de salud.
- j) Entre otras.

Como puede apreciarse, en un primer espectro de configuración de las disposiciones normativas secundarias aplicables al contexto mexicano, la letra de la ley suena a un modelo que recoge buenas intenciones de cómo deberían comportarse las instituciones a quienes se les ha encargado uno de los bienes más preciados para los seres humanos: la salud.

Sin embargo, pese a la vaguedad y ambigüedad que generalmente acompañan a una ley, se puede advertir una presunción de dotar al mayor número posible y en la mayor medida posible a los mexicanos del mejor derecho de protección a la salud, ya que al menos en el presente texto legal así lo menciona.

2.6. Presupuestos de la seguridad social

De manera específica, en México existen dos importantes instituciones regidas por el Estado que se encargan de manera tripartita, al recibir aportaciones por parte del patrón, del empleado y del propio Estado, de proveer los servicios y bienes de salud, por lo que a continuación esbozamos los preceptos pertinentes a la línea de investigación que la presente tesis persigue. A saber: Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y la Ley del Seguro Social.

2.6.1. Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE).

A continuación, resumimos los aspectos relevantes que esta ley enmarca para los efectos del análisis de la atención médica a que se obliga este instituto. De tal

forma, se desprende que⁶⁹:

En materia específicamente de atención a la salud, en su artículo 3 dispone que revisten carácter obligatorio los siguientes seguros: I. De salud: a) Atención médica preventiva; b) Atención médica curativa y de maternidad y; c) Rehabilitación física y mental.

Sobre el rubro del seguro de salud, establece en el precepto 27 que el objeto es: proteger, promover, y restaurar la salud de sus derechohabientes a través del servicio de salud con calidad, oportunidad y equidad. Cabe acotar que tales premisas contienen similitud con la finalidad de los Derechos Humanos en sus vertientes de protección, promoción y garantía

Siguiendo las generalidades prescritas dentro del seguro de salud, el instituto, conforme al precepto 28, diseñará y programará un modelo de salud tomando en cuenta características que trascienden la esfera jurídica como son: las demográficas, socioeconómicas y epidemiológicas.

De ese mismo numeral, se desprende la obligación de garantizar su cumplimiento.

Del numeral 28 se despliega que el instituto funge para prestar servicios de salud a sus derechohabientes de manera suficiente, oportuna y de calidad y para ello llevará a cabo la respectiva función financiera.

Respecto a la cobertura en servicios médicos, el artículo 31 dispone que el instituto los prestará directamente, o en su caso y en apego al reglamento institucional, celebrará los convenios pertinentes preponderando a las instituciones públicas del sector salud, las que a su vez estarán obligadas a otorgar sus servicios e informar al respecto al ISSSTE y a la inversa, el instituto podrá brindar servicios al sector salud cuando su oferta y demanda así lo permita.

En el renglón del mejoramiento en los servicios de salud e infraestructura, tal desarrollo se encuentra contemplado en el precepto 32 y para su ejecución intervendrá la Junta Directiva.

Específicamente los lineamientos para la atención médica están previstos

⁶⁹ México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado*, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación: 24-03-2016, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISSSTE_240316.pdf.

en las secciones III y IV de la multicitada ley.

La Sección III contiene el espectro de la atención preventiva y engloba los artículos 33 y 34 que advierten la protección de los derechohabientes mediante los programas que el instituto autorice, entre los que se enuncian: I. Control de enfermedades prevenibles por vacunación; II. Control de enfermedades transmisibles; III. Programas de cuidado y de detección oportuna de padecimientos; IV. Educación para la salud; V. Programas de combate a la drogadicción, alcoholismo y tabaquismo; VI. Salud reproductiva y planificación familiar; VII. Atención materno infantil; VIII. Salud bucal; IX. Educación nutricional; X. Salud mental; XI. Atención primaria a la salud; XII. Envejecimiento saludable; XIII. Prevención y rehabilitación de pacientes con capacidades disminuidas y; XIV. Las demás actividades que determine la Junta Directiva.

Aborda la Sección IV lo relativo a la atención médica curativa, de maternidad y rehabilitación física y mental comprendiendo: I. Medicina familiar; II. Medicina de especialidades; III. Gerontológico y geriátrico; IV. Traumatología y urgencias; V. Oncológico; VI. Quirúrgico y; VII. Extensión hospitalaria.

Por lo concerniente al régimen financiero del ISSSTE, el precepto 42 detalla las cuotas distinguiendo entre las que aporta el derechohabiente, las dependencias y entidades, así como al gobierno federal.

Aunque la Ley del ISSSTE abarca 254 artículos más 47 transitorios y uno relativo a las reformas, hasta aquí considero pertinente abundar dados los alcances de este trabajo.

2.6.2. *Ley del Seguro Social (IMSS)*

Al tenor de nuestro interés centralizado en la atención médica resumimos los artículos en los que está ley aborda el tema, así en la Ley del Seguro Social se encuentran las siguientes disposiciones⁷⁰:

Los artículos 2 y 3 establecen que la finalidad de dicha institución es

⁷⁰ México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Ley del Seguro Social*, reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación: 12-11-2015, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/92_121115.pdf.

garantizar el derecho a la salud mediante: a) Asistencia médica y; b) Protección de los medios de subsistencia, lo cual será realizable a través de entidades o dependencias públicas, ya sean federales o locales, o bien de organismos descentralizados.

En ese sentido, el precepto 4 refiere que el Seguro Social (como institución) es un instrumento básico en el tema de la seguridad social y que se trata de un servicio público de carácter nacional.

Asimismo, bajo el régimen obligatorio otorga cobertura en dos principales esquemas: I. Riesgos de trabajo y; II. Enfermedades y maternidad, entre otros que no son materia del enfoque de la presente investigación como tampoco lo es analizar el régimen voluntario dispuesto en el artículo 6.

Sobre el seguro de riesgo de trabajo, el artículo 41 establece que son tanto los accidentes como las enfermedades a las que se exponen los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo. Y al respecto, el artículo 55 abunda que los riesgos de trabajo pueden producir: I. Incapacidad temporal; II. Incapacidad permanente parcial; III. Incapacidad permanente total y; IV. Muerte.

Es el numeral 43 en donde se define que se entiende por enfermedad de trabajo describiendo que se trata de todo estado patológico derivado de la acción continuada de una causa que tenga su origen o motivo en el trabajo, o bien, del medio en el que el trabajador esté obligado a prestar sus servicios.

Y también consigna que será enfermedades del trabajo las establecidas en la Ley Federal del Trabajo.

Las prestaciones de los capitales constitutivos engloban: I. Asistencia médica; II. Hospitalización; III. Medicamentos y material de curación; IV. Servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento; V. Intervenciones quirúrgicas; VI. Aparatos de prótesis y ortopedia; VII. Gastos de traslado del trabajador y pago de viáticos (en su caso); VIII. Subsidios; IX. Gastos de funeral (en su caso) e; X. Indemnizaciones globales, entre otras.

Dentro de la Sección Sexta se instituye la prevención de los riesgos de trabajo a través de procedimientos de alcance general (abarca del artículo 80 al 83).

Mientras que lo concerniente al seguro de enfermedades y maternidad están contempladas en el Capítulo IV “Del seguro de enfermedades y maternidad” y en su Sección Primera establece que están amparados: el asegurado y el pensionado, ya sea por incapacidad permanente o parcial; invalidez; cesantía en edad avanzada y vejez y; viudez, orfandad o ascendencia.

También dispone que los efectos de este seguro aplican a partir de la fecha en que el instituto certifique el padecimiento que será el inicio de la enfermedad.

Lo anterior queda dispuesto a partir del artículo 84 y hasta el precepto 90.

2.7. Debate contemporáneo sobre el Derecho a la Salud.

El punto de partida es la justicia distributiva y las concepciones teóricas en cuanto a servicios de salud que gozan de aceptabilidad son: 1) Libertarianas; 2) Utilitaristas; 3) Igualitaristas y; 4) Comunitaristas⁷¹.

Todas ellas versan sobre: a) La validez que implica la consideración de la salud como derecho humano; b) La conveniencia de un acceso universal e igualitario tanto a los bienes como a los servicios de salud y finalmente distinguir ¿A cuál instancia le corresponde distribuir y proporcionar los bienes y servicios de salud: al Estado o al mercado?⁷².

A continuación, la autora Montiel describe las variables temáticas de acuerdo a cada uno de los vectores de pensamiento citados ilustrativamente como teorías.

2.7.1. Teorías libertarianas⁷³

Representadas por H. Tristram Engelhardt y Richard Epstein, quienes recogen el pensamiento de John Locke, Nozick, Friedman y Hayeck, negando esencialmente que la salud pueda concebirse como un derecho humano, toda vez que derivado de su amplitud no es susceptible de advertir un significado legal.

⁷¹ Montiel, Lucía, “Derecho a la salud en México. Un análisis desde ...”, *cit.*, p. 299.

⁷² *Ibidem*, p. 300.

⁷³ *Ibidem*, pp. 303-304.

Entonces, de este argumento se desprende la presunción de que otros Derechos Humanos si han podido revestirse totalmente de legalidad, lo cual contraviene al principio de relatividad de los Derechos Humanos: recordar que ninguno es absoluto.

Sobre el particular se estipula que es costoso y no es efectivo. La interrogante es ¿qué derecho humano no es costoso y si es efectivo?

La justificación continúa y se alude a que la enfermedad no puede ser un derecho fundamental (cambiando la estructura original de nominarlo como derecho humano) dado que la enfermedad es algo natural que no se puede controlar. El argumento a contrario sería: ¿La protección de la vida no implica también un derecho natural?, en tal caso ¿Cómo es posible que la autoridad responsable si lo garantiza? Una posible respuesta es a través de las estructuras jurídicas correspondientes, judicializables o no.

Asumir que el derecho a la salud no puede ser jurídicamente materializado por los derechos que lógicamente se adhieren a él es una visión simplista y por demás conveniente.

Según Engelhardt, en voz de Montiel, existe algo llamado “lotería natural” que refieren es por causa “natural” que la gente se enferma, por ende no “hay un culpable”.

Habrá que ponderar si en sentido estricto no tiene determinado grado de responsabilidad la entidad estatal cuando incumple con sus responsabilidades mínimas en el espectro de cobertura de la salud. Y de no ser así, no se trata de culpabilidad, sino de ejecutar los compromisos constitucionales y convencionales adquiridos.

Otro aspecto dentro de las corrientes libertarianas es el de señalar injusto y moralmente inaceptable, ya que en aras del derecho a la salud son sacrificados otros derechos fundamentales, mientras que es imposible el respeto de cada una de las visiones morales existentes.

El contraargumento a ello nuevamente proviene de una concepción absolutista de los Derechos Humanos lo que desde luego jamás podría darse, los Derechos Humanos poseen pretensiones de universalidad e indivisibilidad, pero

son aspiraciones para poder acceder a la mayor optimización fáctica.

También enuncia que un modelo sanitario universal e igualitario atentaría contra la propiedad privada, ya que si el gobierno lo intentara construir impondría mayores cargas impositivas para que dicho mecanismo operara.

Además, a la luz de los libertarios se impide la libre elección para aquella persona que goce de mayor capacidad económica de acudir a mejores cuidados para su salud.

Respecto a lo anterior, ¿Será preferible entonces que las contribuciones no garanticen una atención médica digna y efectiva, toda vez que finalmente los impuestos si son usados en materia de salud? Si de igual forma un porcentaje de las aportaciones que como sociedad estamos obligados a dar, ¿No tendría relevancia que accediéramos al mejor servicio posible?

En tanto que el contar con un determinado estándar dentro de un modelo de salud en ningún momento restringe la posibilidad de acceder a una mayor calidad.

En el mismo tenor, apelan a la autonomía y a que cada individuo tiene sus propias necesidades. Y exactamente en razón de que cada persona tendrá cuadros clínicos específicos, considero que entre más extensivos sean los ámbitos de cuidados a la salud, mejor será la dignidad de la vida y más grande aún el abanico de disponibilidad para recobrar la salud.

Por último, en relación a la instancia responsable de distribuir los servicios (que incluyen bienes), consideran que debe regirse por el mercado, esto es ceñirse a la demanda y oferta que rige la competencia. Por lo que la asistencia sanitaria será “comprada” voluntariamente.

Considero que regir los servicios de salud en el renglón de la vorágine del mercado es el razonamiento más injusto posible, toda vez que estaría determinando a la desigualdad a todas aquellas personas de escasos recursos en su intento por obtener servicios de salud.

Además, establecen que, en todo caso, la participación del Estado será mínima y en dos aspectos medulares: la beneficencia y el aparato policial para proteger daños que terceros puedan ocasionar en el rubro de salud.

Así, la intervención estatal es principalmente una conducta abstencionista al dejar a las personas desprovistas de un real acceso a los servicios de salud, con un cierto matiz de atención con una escasa acción sólo para ciertos sectores (quienes se encuentran en el estatus de beneficencia como sería el caso de grupos vulnerables) y con una protección restringida que derivará en acudir al Derecho Penal y su aparente finalidad de “castigar”.

Mientras que el hecho de que sean factores económicos y/o de mercado los que nos despegan de un mejor funcionamiento de nuestras instituciones encargadas de proveer salud es más un tema de políticas públicas que de constitucionalidad.

2.7.2. *Teorías utilitaristas*⁷⁴

Plantea el principio de utilidad en su grado máximo. Son autores como Beauchamp y Childress quienes retomando el pensamiento de John Stuart Mill y Jeremy Bentham acuñan los elementos para este enfoque de la justicia sanitaria.

De ahí que la salud será un derecho en la medida en que responda a la mayor utilidad posible, ya que de no serlo, será negado, esto es dependerá de que alcance o no su más alto grado de potencialidad conforme al principio de utilidad.

Califican de contingente determinar a quién le corresponde generar la distribución de los bienes en relación a la salud, ya que lo consideran contextual, pero tendrá que recaer en el utilitarismo.

Es relevante acotar en torno al principio de utilidad, el cual es sostiene que una acción puede aprobarse o desaprobarse según la tendencia a aumentar o disminuir la felicidad (ascetismo), toda vez que cada individuo persigue su propia felicidad, por lo que le corresponde al legislador mediar armónicamente entre los interés públicos y privados⁷⁵.

Para la doctrina de Bentham, existen cuatro axiomas que contribuyen al

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 303-305.

⁷⁵ Bentham, Jeremy, “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, Batoche Books Kitchener, 2000, disponible en: <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3113/bentham/morals.pdf>.

bienestar: la seguridad, la subsistencia, la abundancia y la igualdad⁷⁶.

2.7.3. *Teorías igualitaristas*⁷⁷

Representadas por autores como Norman Daniels y Allen E. Buchanan, quienes retoman el pensamiento de Kant y John Rawls.

Reconocen que la salud es un derecho fundamental y promueve la igualdad justa de oportunidades, ya que una persona enferma estará imposibilitada de participar del modelo ideal de justicia distributiva y hay una obligación social de derribar dichas barreras, por lo que cada integrante de la sociedad debe tener igualdad en el acceso a una asistencia adecuada, con base en disponibilidad de los recursos sociales.

En contraste, la propuesta de Buchanan intenta mediar las teorías libertarianas y utilitaristas, dado que busca el derecho a un mínimo de cuidados de la salud.

Aunque no establece postura sobre si corresponde al Estado o al mercado la responsabilidad del derecho a la salud, únicamente expone que si corriera a cargo del mercado tendría que dotársele de un tratamiento especial, ya que dada su naturaleza implica necesidades distintas a las de otros bienes de índole social.

Comparto la idea que sostiene esta teoría en cuanto a que el derecho a la salud es un derecho que engloba complejidades específicas.

2.7.4. *Teorías comunitaristas*⁷⁸

En su sentido ideal de justicia sanitaria, la salud se logra conforme a los valores comunitarios y entre los principales representantes son Michael Walzer y Daniel Callahan.

Atienden la idea del bien común que deriva del consenso social, donde

⁷⁶ Rivera Sotelo, Aída Sofia, “El utilitarismo de Jeremy Bentham ¿Fundamento de la teoría de Leon Walras?”, *Cuadernos de Economía*, Colombia, núm. 55, vol. 30, disponible en: <http://revistas.unal.edu.co/index.php/ceconomia/article/view/28223/31725>.

⁷⁷ Montiel, Lucía, “Derecho a la salud en México. Un análisis desde...”, *cit.*, pp. 305-306.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 306-308.

generalmente está incluida la salud como un bien social. Sin embargo, se advierte que cada sociedad, en su conjunto, lo determina.

Para los comunitaristas, la atención de los bienes y servicios de salud debería distribuirse en proporción a la enfermedad y no derivado del factor riqueza. Sobre el particular, refieren que hay diferentes bienes sociales que se desprenden de que existen razones diversas.

Y por último, formulan el equilibrio entre Estado, comunidad y mercado.

Cada uno de los ángulos que presentan las cuatro teorías descritas con anterioridad ha proporcionado elementos con los cuales perfilar la disposición o no del acceso a la salud en cada tipo de régimen estatal, así como los matices de los mismos, los cuales por supuesto inciden en el desarrollo o no del país en cuestión⁷⁹.

2.8. América resiliente

Sobre el panorama de la salud en América, considero oportuno exponer algunos aspectos que detallan lo que está ocurriendo en nuestro continente.

Al respecto y según la Organización Panamericana de la Salud, en su informe 2013-2017 ante la Organización de los Estados Americanos, OEA, emitido el 7 de marzo de 2018, se busca un mayor alcance en el estándar de salud de las personas que habitan en las Américas, por lo que es prioritario avanzar en la cobertura universal en materia de salud⁸⁰.

Para ello, el reto radica en llevar a la práctica el enunciado del derecho a la salud, refiere Luis Almagro como secretario general de la OEA⁸¹.

El combate a las enfermedades para los siguientes dos a cuatro años dependerá, detalla Carissa F. Etienne, directora de la Organización Panamericana de la Salud, tanto del compromiso político como financiero que asuman los

⁷⁹ *Ibidem*, p. 308.

⁸⁰ Organización Panamericana de la Salud, “Directora de la OPS presentó ante la OEA los avances en salud de las Américas y las prioridades para los próximos cinco años”, Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud, Washington, E.U., 2018, disponible en: http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=14176%3Adirectora-de-la-ops-presento-ante-la-oea-los-avances-en-salud-de-las-americas-y-las-prioridades-para-los-proximos-cinco-anos&catid=1443%3Aweb-bulletins&Itemid=135&lang=es.

⁸¹ *Idem*.

respectivos Estados miembros para reducir las barreras geográficas, financieras y culturales en el acceso a servicios de salud⁸².

En ese sentido, resulta pertinente señalar los determinantes sociales y ambientales de la salud por medio de mecanismos multisectoriales⁸³.

Hablar de determinantes sociales comprende el conjunto de factores que pueden ser de índole precisamente social, económica, política, ambiental y cultural siempre que influyen en el estado de salud⁸⁴.

Para Breilh, la nueva determinación social de la salud incluye⁸⁵: 1) Producción sustentable de los bienes de los que depende la vida; 2) Soberanía (decisión autosuficiente y poder democrático en la vida); 3) Solidaridad (vigencia de relaciones sociales solidarias) y; 4) Bioseguridad integral de ecosistemas, espacios de trabajo y recursos vitales (agua, aire y alimentos).

De tal forma que existen tres dimensiones de la determinación social⁸⁶: 1) General. Engloba la determinación del sistema de acumulación, las relaciones de producción y la reproducción social, política y social provenientes del Estado; 2) Particular. Conlleva los modos de vida de los grupos y sus patrones de exposición y vulnerabilidad a procesos nocivos contra la salud y; 3) Singular, Contiene los estilos de vida y procesos biológicos a nivel personal.

Lo anterior dado que existe un movimiento dialéctico entre orden colectivo y orden individual de la salud, esto es que el todo reproduce condiciones colectivas, mientras que la persona genera cambios en dicha totalidad⁸⁷.

Consecuentemente, el derecho a la salud representa complejidades que, a su vez, despliegan una pluralidad de posiciones jurídicas sobre la relación Estado-particulares⁸⁸.

Del análisis de dicho derecho se pueden inferir varias premisas.

⁸² *Idem.*

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ Rodríguez, María Elena, *¿Qué conocemos del derecho a la salud? propuesta de marco conceptual en perspectiva crítica para Venezuela*, Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional, Ecuador, Quito, 2016, p. 26, disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5934/1/SM210-Rodriguez-Que%20conocemos.pdf>.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 29.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 63.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 29.

⁸⁸ Carbonell, José y Carbonell, Miguel, *El derecho a la salud... cit.*, p. 1.

En primera instancia, se trata de un derecho social, esto es tiene un carácter prestacional (de primera intención)⁸⁹.

Implica la actuación del Estado para asegurar la asistencia médica en el supuesto de que la salud esté mermada, independientemente de la causa.

Además de que el Estado está obligado a preservar el bien jurídico dispuesto constitucionalmente también para el caso de la protección frente a terceros⁹⁰.

De lo anterior, se infiere que el derecho de protección a la salud presenta dos caras: una dimensión individual, esto es atendiendo a la esfera personal y una dimensión colectiva, es decir tomando en consideración los factores sociales que contribuyen a su preservación o no. Por ende, la protección de la salud se concibe como un punto medular para el alcance del Estado de bienestar⁹¹.

Por ello, hay que considerar que es menos costoso anticiparse a las crisis que solventarlas, tal como lo proponen los sistemas resilientes⁹².

La relevancia está en virtud de que plantean los servicios de salud en una esfera más amplia, con mejor cobertura y calidad, esto es con capacidad para generar respuesta ante los requerimientos de servicios de salud planificados previamente a que las eventualidades ocurran, siendo receptivos, adaptables y contar con los recursos técnicos, financieros, tecnológicos y de recursos humanos para afrontar condiciones irregulares que los sistemas de salud puedan resolver con la prestación de sus servicios oportunos⁹³.

Y es que el informe de la Organización Panamericana de la Salud revela que el porcentaje de la población en los países de la Región de las Américas que enfrenta obstáculos para acceder a la salud oscila en un rango del 7% al 66%, incrementándose a raíz de la pobreza.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 2.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ *Ibidem*, p. 3.

⁹² El concepto de resiliencia se entiende como capacidad para superar las adversidades en: Becoña Iglesias, Elisardo, "Resiliencia: definición, características y utilidad del concepto", *Revista de Psicopatología y Psicología Clínica*, España, Asociación Española de Psicología Clínica y Psicopatología, Universidad de Santiago de Compostela, vol. 11, núm. 3, p. 125, disponible en: <http://aepcp.net/arc/01.2006%283%29.Becon.pdf>.

⁹³ Organización Panamericana de la Salud, "Los sistemas de salud resilientes". Documento CD55/9, Washington, D.C., 2016, pp. 6-7.

En cifras, el 30% de la población no tiene acceso por razones financieras y el 21% por barreras de índole geográfica.

En el caso de México requiere alcanzar el umbral del 6% del Producto Interno Bruto, PIB, para destinarlo a la salud universal. Por lo que la recomendación del autor es recomendable agregar nuevos impuestos o aumentarlos, así como mejorar la administración fiscal.

No obstante, el problema además de caracterizarse por ser económico también para trasladarlo al terreno de la realidad es menester contar con una serie de dispositivos e instituciones que van más allá de lo que concierne a la ciencia médica⁹⁴, aquí la reflexión: ¿de qué servirá el más novedoso avance médico cuando existe imposibilidad para acceder a él?

2.9. Reflexiones capitulares. Realismo puro

Existe insatisfacción respecto al derecho a la salud (y su esfera de protección⁹⁵), dado que más allá de las disposiciones normativas, éstas no implican que sean exigibles, tal vez porque no existe mecanismo en apego a los formalismos de la justicia. Pero ¿será razón suficiente para justificar su imposibilidad de exigencia?

Consecuentemente, es necesario enfocar los derechos económicos, sociales y culturales hacia la prevención de los hechos y no quedarse en la mera corrección de las fallas buscando mecanismos de justicia⁹⁶. Y aunque en este caso Elisardo Becoña refiere que tales mecanismos deben recaer en la materia judicial, la presente investigación está centrada precisamente en llevar su práctica a través de mecanismos no jurisdiccionales⁹⁷.

Desde luego que como señala Montiel: “erradicar la enfermedad” trasciende tanto las facultades y capacidades del Estado⁹⁸. No obstante, existen obligaciones estatales que deben acatarse a partir del parámetro de Derechos Humanos que nos obliga a equiparar a “los desiguales”, no es para el que si puede proveerse de

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ *Ibidem*, p. 291.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 292.

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ *Ibidem*, p. 296.

la mejor atención médica, sino para los más desprotegidos al momento de encontrarse en el vulnerable estado que representa una enfermedad difícil de solventar económicamente⁹⁹.

Resulta inminente que el Estado despierte del letargo de encasillar al Derecho a la Salud como un derecho programático que ineludiblemente se asocia al presupuesto.

Para afrontar el realismo puro que nos rebota en la cara ante un sistema de servicios de salud que no cubre el Derecho a la Salud conforme a los estándares nacionales y convencionales, es forzoso concebir otros medios de defensa.

Por lo demás, cierro el presente capítulo con algunas reflexiones:

Hasta este momento he revisado las posturas en torno a los Derechos Humanos, materia del capítulo 1 y la razón ha sido la de apreciar diferentes concepciones que por supuesto explicitan justificaciones para su defensa y crítica.

Más allá de establecer “buenas razones” a favor o en oposición a los denominados Derechos Humanos, su contenido o la descripción que algunas teorías han hecho de lo que “deberían ser”, es innegable que actualmente están contemplados en la legislación mexicana e internacional, lo cual le proporciona una determinada estructura formal.

Desde mi perspectiva ha resultado pertinente el análisis de varias de las principales teorías que abordan los Derechos Humanos, con la finalidad de no terminar dándole un perfil idealista a la presente investigación.

Considero que los Derechos Humanos efectivamente son un constructo que ha demostrado sus debilidades prácticamente desde su gestación y acerca de cuáles han sido sus finalidades ya ha sido expuesto, nunca de forma exhaustiva, pero sí con determinada amplitud para especificar las controversias que la presente investigación acarrearán.

Así, los Derechos Humanos, como noción general, implican todo un desahogado para caminar hacia su defensa y por ello, tratar que el derecho de protección a la salud en la vertiente de atención médica eleve sus probabilidades de exigencia, conlleva un reto mayúsculo.

⁹⁹ *Idem.*

Sin embargo, es necesario establecer el marco teórico para persistir en la búsqueda hacia una vía que permita un mayor rango de acceso a la salud.

Por lo que respecta a mi capítulo 2, he realizado la inmersión en los principales materiales jurídicos que teóricamente ha instituido el Estado mexicano, lo cual proporciona los lineamientos jurídicos de los cuales partir. Sin caer en la acostumbrada tentación de tachar a las disposiciones normativas de erróneas, ya que tal posición nos hunde profundamente en lugares comunes.

Capítulo 3

Protección y Acceso a la Salud como Derecho Humano

SUMARIO: 3.1. *Introducción. Convergencias y divergencias de la salud.* 3.2. *Derecho a la salud: instrumentalización y protección.* 3.3. *De los bienes de la salud.* 3.4. *Caracterización del derecho a la salud.* 3.5. *Funcionamiento e indicadores en salud.* 3.6. *Configuración mexicana de las instituciones de salud pública.* 3.7. *Reflexiones capitulares. Lagunas estructurales.*

3.1. Introducción. Convergencias y divergencias de la salud

Dentro de las subsecuentes líneas se enuncian notas relevantes del derecho de protección y a acceso a la salud frente al Estado que debería, en términos ontológicos, regir su ejercicio.

Sin embargo, la fragilidad del sistema de servicios de salud emerge cuando indagamos qué clase de bienes concurren en su salvaguarda para amparar al justiciable de las decisiones o acciones que van contra la constitucionalidad y la convencionalidad, ya sea para restaurar la salud o prevenir enfermedades.

Posteriormente se argumenta con algunas cifras estadísticas de entes evaluadores cómo ha funcionado en el día a día la operatividad en el derecho a la salud.

Finalmente, se esquematizan los modelos de salud de acuerdo con el tipo de usuario.

En resumen, es posible apreciar los límites y alcances de la cobertura fáctica y su distanciamiento con los encuadres teóricos y jurídicos.

3.2. Derecho a la salud: instrumentalización y protección

Como se ha venido revisando dentro del segundo capítulo, el derecho a la protección de la salud está incluido tanto en nuestro mandato constitucional, en su artículo 4º., al igual que en diversos tratados internacionales¹⁰⁰.

El derecho de protección a la salud en México estuvo asociado con la seguridad social, puesto que en la Constitución de 1917 se encontraba contenida en el precepto 123, Título Sexto: “Del trabajo y la previsión social” y para 1943 la promulgación de la Ley del Seguro Social, surgiendo un conflicto entre el modelo asistencial y el de seguridad social¹⁰¹.

Para 1983, con Miguel de la Madrid, el derecho a la protección de la salud se instituye para “toda persona” en el artículo 4º. constitucional, sin embargo no tiene la pretensión de universalidad ni queda clara su obligatoriedad hasta que se establecen las modalidades de acceso a la salud dentro de la Ley General de Salud de 1984, sin excluir que la capacidad económica puede conducir a un mejor servicio¹⁰².

Tras la reforma del 2003 y gracias al Seguro Popular se abre el espectro de la atención social para todos, aunque como puntualmente reflexionaba el diputado Pedro Bonilla durante la discusión de la misma no se da la especificación de cómo se llevaría a cabo¹⁰³.

El resultado es, como en su momento asumía el legislador Bonilla, que asentar los derechos en la ley (cualquiera que ésta sea) no los garantiza; tampoco la asignación de recursos resolverá la concreción de los derechos: establecer la retórica de los derechos no dispone las reglas de la distribución del bien que tutela¹⁰⁴.

No obstante, el presupuesto establecido en el gasto público debe ser un elemento inherente al derecho para posibilitar su distribución, aunque no aporta

¹⁰⁰ Carbonell, Miguel y Carbonell, José, *El derecho a la salud: una propuesta... cit.*, p. IX.

¹⁰¹ Elizondo Mayer-Serra, Carlos, “El derecho a la protección de la salud”, *Salud pública de México*, Cuernavaca, vol. 49, núm. 2, marzo-abril de 2007, disponible en:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342007000200010.

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ *Idem.*

nada en referencia a la calidad del servicio o el tiempo de la atención, por señalar algunos aspectos¹⁰⁵.

Además es importante advertir que el hecho de contar con servicio público de salud no significa que los derechohabientes no busquen alternativas en el sector privado, sin que por ello se pueda deslindar la responsabilidad del Estado que abarca dos aspectos: 1) Destino de recursos (usualmente insuficiente) y; 2) Gasto del recurso disponible (generalmente de manera ineficaz), por lo que la cobertura al derecho de acceso a la salud es limitada. Sin omitir que el derecho a la protección de la salud compite en cuanto a recursos fiscales con muchos más derechos¹⁰⁶.

El costo administrativo de nuestro sistema de salud es alto, por lo que la concepción original de un sistema financiado por sus miembros no se cumple en la práctica dando lugar a que un país más viejo demande más gasto en salud con su respectivo impacto en la productividad: el desarrollo implica invertir en salud¹⁰⁷.

Es indiscutible que salud de la población es requisito *sine quanon* para que adquieran significado otros esfuerzos sociales, de ahí la necesidad de reformular los criterios de distribución justa y lo relativo a la estabilidad en materia presupuestal¹⁰⁸.

En respaldo a lo anterior, el Informe de Actividades 2017 en materia de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, ha emitido 11 recomendaciones que involucran el tema de la seguridad social¹⁰⁹.

Dicho organismo señala que nuestro país está lejos de alcanzar los estándares de cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de este tipo de derechos impone como prestaciones¹¹⁰.

Apelar a la ausencia de enfermedad se traduce en beneficio de otros bienes

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ Comisión Nacional de Derechos Humanos México. Informe de Actividades del 1 de Enero al 31 de Diciembre de 2017, p. 171, disponible en: http://informe.cndh.org.mx/images/uploads/menus/30110/content/files/Informe_cndh_2017.pdf.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 168-169.

para la sociedad¹¹¹. De tal forma que desde una visión contemporánea, el nivel más alto de calidad de vida se asocia con el de salud incidiendo en el desarrollo o no de un país, por lo que no debe ser plausible su retroceso¹¹².

Por ello, se asume una dimensión de proporcionalidad que opera de la siguiente forma: cuando el sistema de salud es frágil, el crecimiento económico se debilita y por ende, la pobreza aumenta¹¹³ y a la inversa.

De ahí surge la premisa de que mejores niveles de salud conllevan metas económicas y sociales más alentadoras¹¹⁴.

3.3. De los bienes de la salud

Según Walzer y su distribución fáctica de los bienes existentes en la sociedad, retomada por Elizondo Mayer-Serra¹¹⁵, éstos son definibles por cada sociedad en específico, de acuerdo a su respectivo contexto y tiempo, de lo que deriva la concepción de la justicia¹¹⁶.

Sobre el particular, aborda la forma en que debe distribuirse, incluso implícitamente, la salud como bien social, por lo que advierte que una distribución justa es aquella en la que la regla estipulada por la sociedad ha sido atendida. Mientras que es injusta cuando un solo bien, por ejemplo el dinero, invade la distribución de otros bienes sociales, esto es se crean esferas que poseen criterios de distribución distintos¹¹⁷.

Del artículo que refiere a las esferas de la justicia de Walzer se infiere que la salud es un tema que le corresponde al mercado y no conforme a la necesidad, ya que se sujeta a la capacidad de pago, por lo que la necesidad del enfermo puede ser el último peldaño de interés para una sociedad¹¹⁸.

Cabe especificar que el bien de la salud será consumido por unos más que

¹¹¹ Carbonell, Miguel y Carbonell, José, *El derecho a la salud... cit.*, p. IX.

¹¹² *Idem*, p. X.

¹¹³ *Ibidem*, pp. X, XI.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 12

¹¹⁵ Elizondo Mayer-Serra, Carlos, “El derecho a la protección...”, *cit.*

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ *Idem*.

¹¹⁸ *Idem*.

otros, sin que sea por decisión o pueda anticiparse quiénes han de requerirlo¹¹⁹.

En ese renglón, De la Torre Torres explica que la salud es un precepto normativo complejo que implica un derecho en sí mismo y, al mismo tiempo, es el punto de partida para ejercer otros derechos; concluye que si bien el derecho a la salud es prestacional, también tiene su espectro de fundamental, por lo que es exigible al margen de cuestiones de presupuesto¹²⁰.

Finalmente, Fix-Zamudio señala que se trata de un derecho proteccionista, esto es que atiende a los núcleos más débiles de la sociedad en virtud de lograr el equilibrio entre tales grupos¹²¹.

El término servicios de salud alude a todas las acciones que se realizan en beneficio del individuo, así como de la sociedad en general para proteger, promover y restaurar la salud, tanto de la persona como de la colectividad. Y de tal acepción se desglosan tres vertientes: 1) Atención médica; 2) Salud pública y; 3) Asistencia social¹²².

En cuanto a la atención médica, se entiende como el conjunto de servicios proporcionados al individuo para proteger, promover y restaurar su salud y conlleva tres actividades: 1) Preventivas. A su vez incluye la promoción general y la protección específica; 2) Curativas. Proporcionan un diagnóstico temprano y tratamiento oportuno y; 3) Rehabilitación. Pretende corregir la invalidez física o mental, en su caso¹²³.

Relativo a la salud pública, retomo las aportaciones del autor italiano Lessona por su pertinencia a los planteamientos plasmados a lo largo de esta investigación, al manifestar que la salud puede ser entendida como aquella

¹¹⁹ *Idem*.

¹²⁰ De la Torre Torres, Rosa María, "El derecho a la salud", en Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María del Carmen (coord.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 306, 314. disponible en:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/16.pdf>.

¹²¹ Moctezuma Barragán, Gonzalo, "Derechos de los usuarios de los servicios de salud", Cámara de Diputados, pp. 3-5.

¹²² *Ibidem*, p. 11.

¹²³ *Ibidem*, p. 12.

dirigida a: “preservar o a curar al organismo humano del estado de enfermedad”¹²⁴.

En consecuencia, quedan excluidas todas las demás causas que produzcan daño al organismo como puedan ser lesiones, traumas, el envejecimiento biológico, o en general, cualquier deterioro no causado por la enfermedad y advierte también que quedarán fuera las actividades ordenadas directamente a mejorar organismos que estén sanos o no enfermos¹²⁵.

Y es que Lessona contempla que la salud viene referida por si contraposición al estado de enfermedad (proceso patológico o morboso)¹²⁶.

En el rubro de asistencia social, se identifican las acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan al individuo su desarrollo integral y la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad mientras logran su incorporación a una vida plena y productiva¹²⁷.

De lo expuesto se puede deducir que la salud pública implica la acción del Estado dirigida a prevenir y reprimir los daños que al organismo humano se le puedan derivar del estado de enfermedad¹²⁸.

Y de ello emanan “el conjunto de leyes que atienen a la protección de la sanidad pública, entendida ésta como defensa y cura del organismo humano del estado de enfermedad, en cuanto ésta, inmediata o mediatamente, constituye un peligro social” o lo que puede englobarse como una formulación de Derecho Sanitario.

3.4. Caracterización del derecho a la salud

Retomo, en parte, el concepto de salud citado por la Organización Mundial de la Salud¹²⁹, el cual establece que no es llanamente la ausencia de enfermedad e infecciones, sino el óptimo estándar armónico del individuo.

¹²⁴ Cobreros Mendoza, Eduardo, *Los Tratamientos Sanitarios Obligatorios y el Derecho a la Salud (Estudio Sistemático de los Ordenamientos Italiano y Español)*, Oñati, Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea. Instituto Vasco de Administración Pública HAEE/IVAP, 1988, pp. 33-34.

¹²⁵ *Idem.*

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ Moctezuma Barragán, Gonzalo, “Derechos de los usuarios...”, *cit.*, p. 12.

¹²⁸ Cobreros Mendoza, Eduardo, *Los Tratamientos Sanitarios...*, *cit.*, pp. 33-34.

¹²⁹ Organización Mundial de la Salud, “*Acerca de la OMS*”, disponible en: <https://www.who.int/about/es/>.

En un sentido más específico es el estado completo de bienestar físico, mental y social¹³⁰.

Para llevar a cabo el ejercicio del derecho a la salud, la Organización Mundial de la Salud entre sus principios rectores ha señalado todos los que a continuación se describen:¹³¹

- 1) No discriminación. A través del cual se busca garantizar el ejercicio de los derechos.
- 2) Disponibilidad. Consiste en contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas de salud.
- 3) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos. Conlleva el aspecto físico, económico y el de la información.
- 4) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, y sensibles a las necesidades propias del ciclo vital.
- 5) Calidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.
- 6) Rendición de cuentas. Los Estados y otros garantes de los derechos son responsables de la observancia de los derechos humanos.
- 7) Universalidad. Los derechos humanos son universales e inalienables y por ende: todas las personas deben estar en posibilidad de ejercerlos.

En ese sentido y específicamente en torno a la aspiración de universalidad,

¹³⁰ Brena Sesma, Ingrid, “El Derecho a la Salud”, en Valdés, María Luz (coord.), Derechos de los Mexicanos: Introducción al Derecho Demográfico, número 463, pp. 90-92. disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2638/8.pdf>.

¹³¹ Organización Mundial de la Salud, “Salud y derechos humanos”, número 323, diciembre 2015, disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>.

la cual ya ha sido anteriormente referida dentro del Capítulo 1, Valverde¹³² precisa la necesidad de reducir los nacionalismos en pos de unirse en la mundialización de la salud, esto es dejar a un lado las confrontaciones bajo el pretexto de las soberanías y fortalecer el combate a la enfermedad mediante la creación de instituciones mundiales adecuadas.

Y es que el derecho a la salud es fundamental, incluso susceptible de ser catalogado como un imperativo legal que implicará el acceso a los medios para mantenerla y recuperarla a través de la ruptura de las soberanías internas que permitan confluir solidariamente a las naciones¹³³.

3.5. *Funcionamiento e indicadores en salud*

El gasto de México en salud en relación a otros países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) es alto, así por ejemplo el porcentaje del gasto total en tal rubro es del 27.1, mientras que en los países de la OCDE el promedio es del 16.6¹³⁴.

Lo anterior se debe a que mantener la salud, como enuncia Lugo Garfias, conlleva elementos económicos ambientales, políticos y sociales¹³⁵.

En el ámbito económico, existe interrelación entre pobreza, extrema pobreza y mortalidad y morbilidad, toda vez que la desigualdad social permea las condiciones en que se accede o no a la salud¹³⁶.

Por ende, surge el planteamiento de cómo satisfacer los factores que inciden en el aspecto económico, tal es el caso de la vivienda, el trabajo, los

¹³² Valverde, José Luis, “Bases para un estatuto jurídico mundial de los medicamentos”, en Bombillar Sáenz, Francisco Miguel (coords.), *El acceso al medicamento, Retos jurídicos actuales, intervención pública y su vinculación al derecho a la salud*, Granada, España, Comares, 2010, pp. 2-3.

¹³³ *Ibidem*, p. 4-16.

¹³⁴ Pasillas, Lizbeth y Zamírez, Zacarías, “La verdadera enfermedad del sistema de salud mexicano”, *Forbes México*, disponible en: <https://www.forbes.com.mx/la-verdadera-enfermedad-del-sistema-de-salud-mexicano/>.

¹³⁵ Lugo Garfias, María Elena, *El derecho a la salud en México. Problemas de su fundamentación*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015, p. 150, disponible en: http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/lib_DerSaludMexico.pdf.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 154.

niveles de ingreso y la educación, entre otros¹³⁷.

Para ilustrar lo anterior, atendemos algunos datos de organismos públicos:

Gráfica 1. Acerca de la pobreza. Recopilada de Coneval¹³⁸.



Aparece la disyuntiva entre si la salud representa para el Estado un bien público o se le ha estructurado como bien mercantilizado, a pesar de la inclusión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el orden jurídico mexicano¹³⁹.

Según datos del Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), México es el segundo país dentro de la OCDE con el mayor porcentaje en gasto de bolsillo, esto es el gasto que las familias invierten directamente en la atención de la salud, sin incluir gastos médicos privados.

Desde una postura conservadora el gasto que ejerce una familia mexicana donde se padece alguna enfermedad crónica es del 20%¹⁴⁰.

De la premisa anterior, se deduce que el país se encuentra en la víspera de crisis en el renglón de la salud pública, ya que más de 16 millones de mexicanos

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, “Medición de la pobreza”, disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 154.

¹⁴⁰ Instituto Mexicano para la Competitividad, “Pequeños pasos para transformar al sistema de salud”, disponible en: https://imco.org.mx/temas/pequenos-pasos-transformar-al-sistema-salud/?gclid=EAIaIQobChMI3Kib1_nG4AIVF7bACh06_AzmEAAYASAAEgLMQPD_BwE.

carecen de protección de tipo financiera para proteger su salud¹⁴¹.

Sobre el particular, las siguientes cifras muestran comparativamente cómo ha sido la evolución del gasto en salud en México:

Gráfica 2. Gasto en salud. Recopilada de la Organización Mundial de la Salud¹⁴².

Estado Miembro	Porcentajes de gasto en salud*											
	Gasto total en salud como % del PIB		Gasto del gobierno general en salud como % del gasto total en salud*		Gasto privado en salud como % del gasto total en salud ¹		Gasto del gobierno general en salud como % del gasto total del gobierno		Recursos externos para la salud como % del gasto total en salud		Gasto de la seguridad social en salud como % del gasto del gobierno general en salud*	
	2000	2011	2000	2011	2000	2011	2000	2011	2000	2011	2000	2011
Lesotho	6,9	11,7	50,2	77,5	49,8	22,5	6,3	14,5	3,0	26,5	0	0
Letonia	6,0	6,0	54,4	57,1	45,6	42,9	8,7	8,9	0,5
Libano	10,9	7,4	29,5	38,0	70,5	62,0	7,6	9,5	2,1	0,9	46,3	49,7
Liberia ¹¹	5,9	15,6	24,5	29,7	75,5	70,3	6,7	19,1	9,2	54,0	0	0
Libia ¹	3,4	3,9	49,1	77,3	50,9	22,7	6,0	4,5	0	0,1
Lituania	6,5	6,7	69,7	71,4	30,3	28,6	11,6	12,7	1,7	3,3	88,3	84,9
Luxemburgo	7,5	6,7	85,1	84,1	14,9	15,9	16,9	13,5	71,0	80,5
Madagascar ¹	5,0	4,1	49,3	55,9	50,7	44,1	15,5	13,5	14,9	35,5
Malasia ¹	3,0	3,8	55,8	55,2	44,2	44,8	5,2	6,2	0,7	0	0,7	0,9
Malawi ¹	6,1	8,3	45,8	72,4	54,2	27,6	7,6	17,8	26,8	56,5	0	0
Maldivas ¹	7,1	8,1	57,6	44,4	42,4	55,6	11,1	9,3	2,7	0,8	0	22,2
Mali ¹	6,3	6,8	32,9	43,8	67,1	56,2	8,9	12,3	7,8	25,4	1,5	0,7
Malta	6,6	8,7	72,5	63,9	27,5	36,1	12,1	13,3
Marruecos	4,2	6,3	29,4	33,1	70,6	66,9	4,8	6,0	0,5	0,3	0	24,5
Mauricio	3,7	4,9	52,0	48,2	48,0	51,8	8,7	9,7	1,4	4,5
Mauritania	6,0	5,9	66,5	65,2	33,5	34,8	12,9	10,1	11,2	9,7	8,7	11,1
México ¹	5,1	6,0	46,6	50,3	53,4	49,7	16,6	15,1	1,0	0,8	67,6	55,7
Micronesia (Estados Federados de)	7,8	13,7	93,9	91,0	6,1	9,0	10,9	19,1	71,5	68,8	21,4	17,1

¹⁴¹ *Idem.*

¹⁴² Organización Mundial de la Salud, “Estadísticas Sanitarias Mundiales 2014”, Suiza, 2014, p. 146, disponible en:

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/131953/9789240692695_spa.pdf;jsessionid=9020F6311FD67049D8D858130AEDA214?sequence=1.

Gráfica 3. Gasto en los hogares. Recopilada de la Organización Mundial de la Salud¹⁴³.

Porcentajes de gasto en salud ^a				Gasto en salud per capita ^a						Estado Miembro		
Gasto directo de los hogares como % del gasto privado en salud		Planes de prepago privados como % del gasto privado en salud		Gasto total en salud per capita al tipo de cambio promedio (US\$) ^d		Gasto total en salud per capita en dólares internacionales (PPA) ^a		Gasto del gobierno en salud per capita al tipo de cambio promedio (US\$) ^d			Gasto del gobierno en salud per capita en dólares internacionales (PPA) ^a	
2000	2011	2000	2011	2000	2011	2000	2011	2000	2011	2000	2011	
96,9	93,8	3,1	6,3	643	1 900	1 248	2 444	466	1 215	904	1 563	Malta
76,6	88,3	23,4	11,7	54	195	110	321	16	65	32	106	Marruecos
74,6	91,5	8,3	1,7	146	450	308	767	76	217	160	370	Mauricio
94,5	94,5	0,6	0,6	24	51	76	107	16	33	51	70	Mauritania
95,3	91,6	4,7	8,4	328	609	509	1 004	153	306	237	505	México ^f
100	97,5	0	0	170	412	209	506	159	375	197	460	Micronesia (Estados Federados de)
54,3	61,2	45,7	38,8	2 685	7 180	3 091	5 937	2 339	6 359	2 693	5 258	Mónaco ^l
66,9	93,1	0	0	22	190	92	288	18	120	75	182	Mongolia ^f

De las anteriores gráficas se desprende que el gasto en salud en poco más de una década analizada tuvo el siguiente comportamiento:

Por parte del gobierno mexicano, el gasto total y general en salud aumentó en relación al Producto Interno Bruto (PIB), pero el gasto privado en salud disminuyó.

En cuanto al gasto general que el gobierno aplica en salud como porcentaje del gasto total del gobierno el indicador decreció.

Y en lo relativo a los recursos externos para la salud como porcentaje del gasto total en salud, la cifra también bajó.

Respecto al gasto de la seguridad social en salud como porcentaje del gasto del gobierno general en salud refleja un déficit.

A su vez, los hogares redujeron su gasto en salud, mientras que lo relativo a planes de pago privados permaneció sin cambios. Sin embargo, el gasto *per capita* prácticamente se duplicó del 2000 al 2011.

En ese sentido, conforme a cifras que se le atribuyen al Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) a partir de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, representa que 32.6 millones de mexicanos no contaron con acceso a

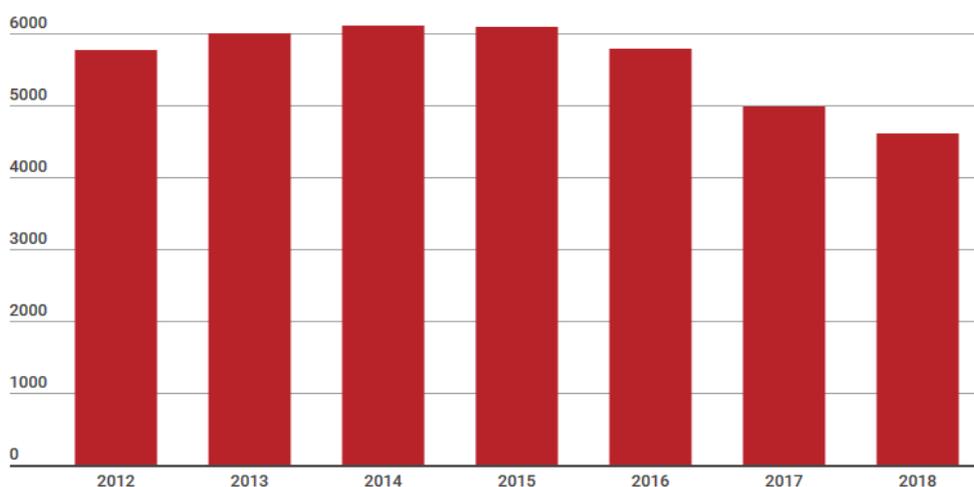
¹⁴³ *Ibidem*, p. 147.

instituciones de salud durante el tercer trimestre del año 2017¹⁴⁴.

Datos más recientes aducen que la salud pública entrará en crisis, toda vez que para 2008 el presupuesto fue de 90.558 millones de pesos que con su valor de 2012 sería equivalente a 4.608 millones de dólares con la tasa de cambio actual. Mientras que durante 2012 fue de 113.480 millones, cuya equivalencia sería de 5.774 millones de dólares en la actualidad¹⁴⁵.

Aunado a la descripción anterior, el Instituto Mexicano para la Competitividad, IMCO, presenta el presupuesto en salud en México a través de la siguiente ilustración:

Gráfica 4. Presupuesto en salud. Recopilada de IMCO¹⁴⁶.



Las cifras están equiparadas al valor de peso mexicano en el año 2012 y después pasadas a dólares de EE.UU. con la tasa de cambio actual.

Fuente: IMCO basándose en los presupuestos de Hacienda de México entre 2012 y 2018.

Como se puede inferir de la descripción anterior, existe notoria disonancia entre lo que la normatividad establece y el acceso efectivo.

¹⁴⁴ Migueles, Rubén, “Sin acceso a salud, 32.6 millones de trabajadores: INEGI”, *El Universal*, nota periodística publicada el 15/11/2017, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/cartera/economia/sin-acceso-salud-326-millones-de-trabajadores-inegi>.

¹⁴⁵ Bonachera, Ángela R., “México está ‘al borde de una crisis de salud pública’, dice el Instituto Mexicano para la Competitividad”, CNN, México, 2018, disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2018/05/24/mexico-esta-al-borde-de-una-crisis-de-salud-publica-dice-el-instituto-mexicano-para-la-competitividad/>.

¹⁴⁶ *Idem*.

Por ello, es necesario advertir el distanciamiento existente entre los preceptos del marco jurídico constitucional y convencional, los cuales se asumen en parámetros de deseabilidad y no necesariamente en su acceso.

Así y conforme a las leyes en la materia, todos los sectores de la población son susceptibles de ser beneficiarios, ya sea como: trabajadores asalariados, jubilados, autoempleados y trabajadores informales, desempleados o quienes poseen capacidad de pago¹⁴⁷.

Hablando del acceso material a la salud y según la OCDE¹⁴⁸, entre la multiplicidad de factores que inciden en la falta de capacidad del Estado para proveer el acceso a la salud positivizado, conforme a la constitucionalidad y la convencionalidad, se configuran: 1) El modelo institucional en salud es curativo y no preventivo; 2) Inexistencia de un enfoque multidisciplinario e interinstitucional hacia el mejoramiento de los servicios de salud y; 3) La segmentación organizacional y la verticalidad institucionales y las deficiencias en el gasto de la salud pública.

3.6. Configuración administrativa de las instituciones de salud pública

En principio hay que dividir en dos grupos las instituciones que prestan servicios de salud en México¹⁴⁹:

Así tenemos al sector público, por un lado, y al sector privado en el otro.

De ahí que en el primer tipo de instituciones se encuentran todas aquellas que imparten seguridad social como es el caso del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) y el denominado Seguro Popular.

En la escena privada aparecen las clínicas, consultorios y hospitales

¹⁴⁷ Gómez Dantés, Octavio *et al.*, “Sistema de salud de México”, *Salud Pública de México*, Cuernavaca, vol. 53, enero 2011, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342011000800017.

¹⁴⁸ Deloitte, “¿Cuál es el diagnóstico en nuestro país...” en materia de salud y qué se necesita para lograr su evolución?”, *Salud en México. Innovar para mejorar*, p. 4, disponible en: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/life-sciences-health-care/Salud-en-mexico.pdf>.

¹⁴⁹ Gómez Dantés, Octavio *et al.*, “Sistema de salud de México”, *cit.*

privados e incluso los prestadores de servicio de índole alternativa, sin olvidar la importante gestión de las aseguradoras: en 2007 se contabilizaban 1182 hospitales públicos y 3172 privados.

Bajo mi perspectiva, se puede inferir la fragmentación del sistema de salud pública, dado que el número de hospitales privados -donde a menos de que el usuario cuente con un seguro laboral de gastos médicos mayores es él quien paga directamente- casi se triplica con el de los públicos, lo que evidentemente repercute en el paciente o enfermo en el momento de ejercer su derecho a la protección de la salud y pretender acceder.

De ahí que para la OCDE dicha segmentación propicia la desvinculación entre instituciones con los consecuentes problemas para los usuarios de los servicios de salud¹⁵⁰.

En ese orden de ideas, habrá que delinear que la asistencia sanitaria engloba al “conjunto de mecanismos dispuestos para solucionar la contingencia de alteración de la salud con la finalidad de reestablecerla, independientemente del origen de la alteración de la salud y sin tener en cuenta el origen profesional o no de la misma”¹⁵¹, de lo cual puede deducirse que los sujetos de las prestaciones de salud pública son “todas las personas”, tal como lo formulan las leyes aplicables.

En ese tenor, son las instituciones públicas las que formalizan los objetivos que el Estado mexicano debe cumplir, conforme a la constitucionalidad y la convencionalidad y precisamente de ellas emergen sus propias deformidades, a saber:¹⁵²

- 1) Estratificación de usuarios o beneficiarios: quienes pueden pagar, quienes se adscriben a la seguridad social y aquellos ciudadanos que si acaso reciben alguna clase de servicio de salud marginal derivado de su condición de pobreza. Al unísono se crean distinciones en torno a la calidad dado que el artículo cuarto

¹⁵⁰ Deloitte, “¿Cuál es el diagnóstico en nuestro país, *cit.*”, p. 4.

¹⁵¹ Rodríguez Ramos, María José *et al.*, *Sistema de Seguridad Social*, 10ª. ed., Madrid, Tecnos, 2008, p. 166.

¹⁵² López Cervantes, Malaquías *et al.*, “La necesidad de transformar el sistema de salud en México”, México, UNAM, 2011, pp. 469-474, disponible en: https://www.anmm.org.mx/GMM/2011/n6/26_GMM_Vol_147_-_6_2011.pdf.

constitucional no especifica un núcleo mínimo de cuidados en el renglón de la salud.

2) Inversión en especialidades que ha desplazado la atención médica primaria y provocado niveles de atención paralelos (cada uno con sus propias deficiencias) que han impedido sostener un sistema de acceso con pretensiones de universalidad. A su vez, se han destinado recursos para construir hospitales regionales y de alta especialidad que terminan siendo subutilizados.

3) Inaccessibilidad para solventar tratamientos crónico-degenerativos derivado del descuido en la atención primaria y sus consecuentes diagnóstico y tratamiento tardíos.

4) Otros agentes que inciden en debilitar las instituciones de salud pública son el crecimiento demográfico y la epidemiología, la educación y la cultura del país.

En resumen, se establece que en la configuración administrativa para la integración institucional que brinda el servicio de salud se distinguen varias carencias que deberían estar reguladas para responder a las necesidades sociales y humanas de los mexicanos en el marco de la salud pública.

El aprendizaje histórico de los intentos fallidos que ha experimentado México durante su historia indica que se requerirá un sistema de salud menos burocrático que reduzca los gastos administrativos, inversión en insumos de atención médica cruciales y consideraciones éticas en el actuar administrativo.

Es menester consolidar una visión integral de que las reformas a las disposiciones normativas no han impulsado un verdadero sistema de salud y si acaso puede vislumbrarse un subsistema desequilibrado con tintes de impunidad.

3.7. Reflexiones capitulares. Lagunas estructurales

La presunta voluntad del legislador y la actividad de los operadores jurídicos en el 2011 para instituir modificaciones al artículo primero constitucional no ha rendido

frutos (al menos no los propuestos discursivamente dentro de la Carta Magna), tal y como lo avalan los indicadores en materia del derecho de protección a la salud.

Desde luego que representa valor atraer los instrumentos internacionales para ampliar las esferas jurídicas de las personas mediante una perspectiva de máxima protección, ya que a partir de ello es posible adherir un derecho que no admite prórroga ni buenas intenciones como es el caso de la salud.

Se ha señalado en el presente capítulo que uno de los principales problemas para el debilitamiento del sistema de salud estriba en los diferentes niveles en que se encuentran segmentados los servicios de salud, y a su vez la población, sin que ello implique necesariamente la colaboración entre las distintas dependencias que lo integran y que en términos de realidad impactan su otorgamiento en relación al usuario.

Al sectorizar los servicios de salud, el Estado categoriza a los individuos, ya sea de acuerdo a su nivel de ingresos o su actividad laboral, lo cual fija distinciones en el momento de su atención.

A manera de corolario, puede observarse que el panorama general del manejo que el Estado mexicano ha dado en el ámbito de la salud no es armónico con los estándares que el derecho a la salud reclama para aproximarse a alguna clase de justicia.

Capítulo 4

Nuevos mecanismos de Protección y Acceso a la Salud

SUMARIO. 4.1. *Introducción. Del remedio a los males.* 4.2. *Derecho a la protección de la salud y su justicia.* 4.3. *Del acceso oportuno.* 4.4. *De los controles presupuestarios y el financiamiento* 4.5. *Nuevos mecanismos en la protección de la salud.* 4.6. *Reflexiones capitulares. Horizontes alternos.*

4.1. Introducción. Del remedio a los males

El objetivo del presente capítulo es construir un dispositivo o institución jurídica de atención médica para los pacientes en caso de emergencia a fin de solventar el déficit de atención en dicho rubro.

Tras haber descrito el estado del arte formal y estructural en que oscila el Derecho de Protección a la Salud para la consecución de su acceso, se pueden establecer elementos relevantes que reflejan la necesidad de reformular la atención hacia el paciente.

En ese tenor, se exponen las posibilidades para incidir en la protección y acceso al derecho a la salud en aras de plasmar el contenido de los artículos primero constitucionales.

Se busca configurar elementos actualmente inexistentes con la finalidad de contribuir a maximizar el acceso a la salud y aunado a ello la justiciabilidad en la protección de este Derecho Humano.

Para ello, se exponen algunas dimensiones doctrinales que versan sobre el acceso y sus barreras, donde una variable inherente es el presupuesto que el Estado decide asignar para financiar el sistema de salud que se inclinan hacia la

mercantilización de la salud.

Por último y sin ánimo utópico, se comparte con el lector mecanismos para modificar el *status quo* que prevalece en la salud pública y se esbozan dos rutas plausibles para reconstruir el esquema institucional.

4.2. Derecho a la protección de la salud y su justicia

Propiciar los mínimos estándares de protección a la salud mediante mecanismos que comprenda determinados efectos materiales para solventar los obstáculos de los servicios de salud en el Estado mexicano resulta una tarea difícil.

El problema número uno tiene que ver con dónde sustentar un ente, organismo o figura de protección que no recaiga en el amparo como frecuentemente ocurre en el caso de la vulneración a los Derechos Humanos, dado que solo la vía jurisdiccional ha representado efectos jurídicos positivos para el paciente.

¿Hasta dónde resulta exigible la defensa del acceso como parte del derecho de protección a la salud?

Es importante advertir que todos los derechos poseen dimensiones, sin que ello demerite su igualdad. Sobre el particular expresa Saura Estapà que además de contraponer los derechos económicos, sociales y culturales a la libertad, se supondría que son inexigibles por razones de contraposición de los derechos colectivos frente a los individuales y los derechos de prestación ante los de abstención¹⁵³.

Pero la respuesta a la interrogante puede crear múltiples aparatos que contribuyan a mejorar el sistema institucional de salud en este país.

Sin embargo, ubicar cual podría generar una salida de emergencia en el marco de la constitucionalidad conlleva el análisis de elementos incluso extrajurídicos inherentes a la sociedad en aras de la progresividad de su

¹⁵³ Saura Estapà, Jaume, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos, económicos, sociales y culturales”, Universidad de Barcelona, Instituto de Derechos Humanos de Catalunya, núm. 2, 2011, pp.1-2, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4547337>.

protección.

En segundo lugar, hay que distinguir qué tipo de mecanismo es el más pertinente para las situaciones de vulnerabilidad que los pacientes enfrentan, dado el contenido vital de los bienes jurídicos tutelados.

Y finalmente habrá de establecerse en qué ámbito se instaurará su protección, esto es: directa o indirecta, según Martínez de Pisón. En el primer sentido, se trata de reconocer las garantías normativas disputas en lo nacional y a escala internacional. Mientras que en el segundo sentido, implica las garantías jurisdiccionales y el ejercicio de acciones ante los tribunales¹⁵⁴.

4.3. *Del acceso oportuno*

Bajo el principio de caridad, es probable que las instituciones que brindan servicios de salud por parte del Estado Mexicano no sean omisas y sin embargo el acceso que brindan a un paciente cuyo cuadro de salud es peligroso no colma la característica de oportunidad que podría marcar la diferencia entre vida y muerte al caso concreto.

Es conveniente enfatizar que la afiliación, por sí sola a una institución de los servicios de salud en el contexto mexicano no acredita que la atención se esté recibiendo¹⁵⁵ y menos aún que cumpla con los atributos mínimos que teóricamente se configuran como principios rectores del Derecho a la Salud de manera general.

Derivado de lo anterior, es apropiado advertir qué implica el término “acceso”, el cual involucra más dimensiones que aquellas que se remiten al puro espacio físico y su permisión para acceder¹⁵⁶.

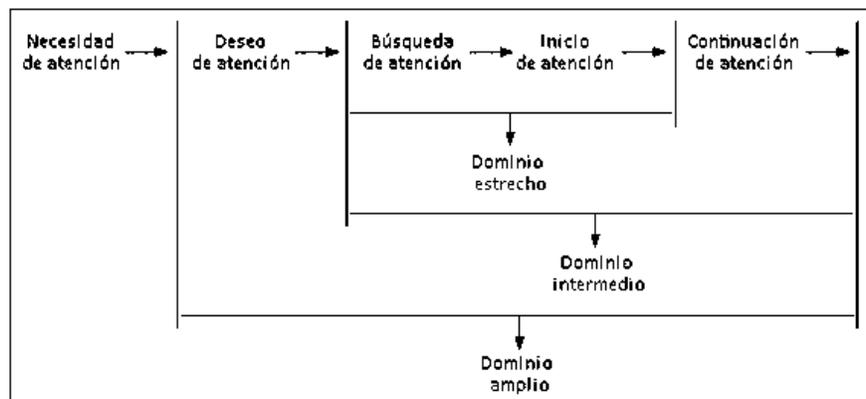
En ese sentido y según citan a Frenk la accesibilidad engloba:

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 4.

¹⁵⁵ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, Coneval, “Indicadores de acceso y uso efectivo de los servicios de salud de afiliados al Seguro Popular”, México, 2014, p. 24, disponible en: <https://www.coneval.org.mx/.../Evaluacion/.../Acceso%20y%20Uso%20Efectivo.pdf>.

¹⁵⁶ Fuentes Reverón, Susset, “El acceso a los servicios de salud: consideraciones teóricas generales y reflexiones para Cuba”, *Revista Cubana Salud Pública*, La Habana, núm. 2, vol. 43, abril-junio 2017, disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662017000200012.

Gráfica 5. Dimensiones del acceso. Recopilada de Susset Fuentes Reverón¹⁵⁷.



De lo cual se desprende que la accesibilidad va más allá de la disponibilidad del recurso en un lugar y momento determinados, sin omitir la relevancia que de este aspecto deriva dado que el objetivo es recibir la atención y esto no sería posible sin la presencia de los recursos para la salud¹⁵⁸.

Entonces, se identifican tres tipos de obstáculos: 1) Ecológicos (localización de las fuentes de atención a la salud); 2) Financieros (precios) y; 3) Organizativos (características propias del establecimiento de salud que interfieren con la atención dentro del sistema)¹⁵⁹.

Sobre el particular, resulta interesante la visión que se atribuye a Landini¹⁶⁰ en cuanto a las dimensiones de la accesibilidad enunciando los siguientes componentes: 1) Geográfico (distancia entre beneficiarios y servicios); 2) Económico (capacidad financiera de las personas respecto a los costos asociados a la atención); 3) Administrativo (burocracia relacionada con el acceso a los servicios) y; 4) Simbólico-cultural (hábitos y costumbres de la población, así como diferencias entre los beneficiarios y prestadores de servicios).

Al respecto, se enuncia que para el autor Donavedian, la accesibilidad es

¹⁵⁷ *Idem.*

¹⁵⁸ *Idem.*

¹⁵⁹ *Idem.*

¹⁶⁰ *Idem.*

“el grado de ajuste entre las características de la población y los recursos de atención a la salud”¹⁶¹.

Pero cuál es la realidad en relación al acceso, al respecto datos del Coneval refieren que:¹⁶²

En el rubro de carencia por acceso a los servicios de salud hubo una reducción en el período del 2008 al 2016 de aproximadamente 24 millones de personas.

De acuerdo con este mismo informe, en relación al acceso a la seguridad social, la estadística disminuyó en 4.1 millones de personas y aún falta la cobertura para 68.4 millones continúan en esta situación.

¿A qué se atribuye la disparidad de acceso? Las lecturas a esta interrogante son variadas y pueden encontrarse en diversos niveles, no obstante una causal es la distribución inequitativa del servicio derivada de la falta de coordinación que puede traducirse en que una misma persona tenga derecho a dos o tres instituciones de salud¹⁶³.

Por ende, la portabilidad ciudadana con aspiración de cobertura y la falta de precisión constitucional mantienen en zona de penumbra la pretensión de universalidad¹⁶⁴.

Y es que el proceso de acceso a la salud –desde la prevención y hasta la curación- plantea los esquemas de financiamiento, en virtud del análisis de tres elementos: acceso, calidad y costos, situación en la que el acceso a la salud es concebido como el grado en el cual los individuos poseen la capacidad de obtener los cuidados que requieren en cuanto a los servicios de salud de atención médica, según recoge el Instituto de Medicina de los Estados Unidos de Norte América

¹⁶¹ *Idem.*

¹⁶² Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, Coneval, “Evaluación de Programas sociales. Principales Hallazgos de la Evaluación de la Política de Desarrollo Social 2018”, disponible en: https://coneval.org.mx/Evaluacion/IEPSM/IEPSM/Paginas/IEPDS_2018_principales_hallazgos.aspx.

¹⁶³ Narro Robles, José *et al.*, Simposio “Hacia la Universalización de la Salud y la Seguridad Social”, p. 10, disponible en: http://www.facmed.unam.mx/publicaciones/simposium/huss/pdf/Hacia%20la%20universalizacion%20de%20la%20salud%20_2_.pdf.

¹⁶⁴ *Idem.*

(IOM)¹⁶⁵.

En tanto que la equidad está directamente asociada al acceso, esto es el hecho de poder acudir a los servicios sin mediar barreras¹⁶⁶.

Para concluir, es innegable que desde la constitucionalización de la protección a la salud ha habido avances, pero para consolidar el acceso efectivo se requiere establecer los mecanismos de resolución¹⁶⁷.

Aunado a la búsqueda de la universalidad, se advierte la relevancia de igualdad como una clave de la constitucionalidad, es decir no basta solo acceder fácticamente a recibir atención médica, también deberán darse las condiciones que permitan un mismo punto de partida para todas las personas –para todos los pacientes- y en este caso, igualdad se entenderá “una cierta homogeneidad de las estructuras políticas con determinadas exigencias de racionalidad y eficacia de la organización política... buscándose el sometimiento de todos a la misma ley”¹⁶⁸.

Al tratarse la igualdad de una exigencia de la dignidad en el marco de una democracia para acceder a un mismo estatus de derechos para todos, corresponderá a cada tipo de Estado establecer el mayor o menos grado de homogeneidad en congruencia constitucional¹⁶⁹.

En este apartado nuevamente encontramos el principio de la igualdad asociado a la dignidad de la persona como ser libre y racional que aun siendo diferente frente a los demás, tal diversidad no es incompatible y por esta razón el Estado deberá buscar la forma política al servicio de esa condición humana¹⁷⁰.

4.4. De los controles presupuestarios y el financiamiento

La medicina ha adquirido matices de economía convirtiéndose en un nicho de oportunidad con la mercantilización que influyen negativamente en la relación

¹⁶⁵ Fajardo-Dolci, Germán *et al.*, “Acceso efectivo a los servicios de salud: operacionalizando la cobertura universal en salud”, *Salud Pública de México*, Cuernavaca, núm. 2, vol. 57, marzo-abril 2015, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342015000200014.

¹⁶⁶ *Idem.*

¹⁶⁷ *Idem.*

¹⁶⁸ Solozábal Echavarría, Juan José, “La garantía de igualdad”, en García Guerrero, José Luis *et al.*, *Los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 75.

¹⁶⁹ *Ibidem*, pp. 75-76.

¹⁷⁰ Solozábal Echavarría, Juan José, “La garantía...”, *cit.* p. 76.

médico-paciente¹⁷¹.

En ese renglón, se ha difuminado el concepto de salud como derecho para ser advertido como un servicio y por ende, se le ha dotado de un costo dando lugar a su financiación y jerarquización. En consecuencia, los servicios de salud funcionan como en su momento se atribuye a Julian Hart (1971) al describir el sistema británico: “la disponibilidad de la buena atención médica suele variar de forma inversa a la necesidad de la población atendida”¹⁷².

Si como se ha venido reseñando la salud representa caras de un cubo complejo, habrá de simplificarse y para ello es recomendable acudir a dos ideas:

- 1) Focalizar los núcleos de población con desigualdad en cuanto al acceso médico y;
- 2) Garantizar un piso mínimo que no esté supeditado a las reglas del mercado (entendido como componente neoliberal) para nuevamente recaer en un derecho limitado¹⁷³.

Acerca de cuáles serían las propuestas para potenciar el presupuesto que adquiere el rubro de salud, se advierten “ajustes simplificados” a los regímenes tributarios, sin detrimento de la equidad, incluso se plantea una reforma hacendaria¹⁷⁴.

Lo anterior debería encuadrarse constitucionalmente, con la finalidad de alcanzar una operación articulada y coordinada entre las entidades federativas y

¹⁷¹ Narro Robles, José *et al.*, Simposio “Hacia la Universalización...”, *cit.*, p. 11.

¹⁷² Castro, Arachu, “Sobre el derecho a la salud”, *Revista Cubana de Salud Pública*, La Habana, núm. 1, vol. 32, enero-marzo 2006, disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662006000100011.

¹⁷³ González Guzmán, Rafael, “Ética Neoliberal y Nuevas Ideas Críticas en Salud”, en: Tetelboin Henroi, Carolina y Laurell, Asa Cristina (coords.), *Por el derecho universal a la salud. Una agenda latinoamericana de análisis y lucha*, CLACSO, Buenos Aires, 2015, pp. 142-143, disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20151109090721/derecho_universal_a_la_salud.pdf.

¹⁷⁴ Cano Valle, Fernando *et al.*, *Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México. Hacia la Reforma Integral del Sistema de Salud Mexicano*, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 300, disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3711/6.pdf>.

los sistemas de aseguramiento al mando del Gobierno Federal buscando tanto la homologación de servicios como la estandarización de costos¹⁷⁵.

Respecto al diseño de cómo hacerlo, Funsalud identificó algunas variables: 1) Financiar a través de impuestos generales; 2) Separar funciones de financiamiento de la prestación dentro del Sistema Nacional de Salud; 3) Incluir pluralidad al articular la prestación de servicios y; 4) Plantear una reforma contributiva y sanitaria, vía legislativa.

Por lo que estableciendo un proporcional contraste con la experiencia española, en cuya latitud hay un contenido mínimo que se reconoce para todos los beneficiarios, independientemente de que la adscripción sea prestacional, o bien, corresponda a un concreto servicio asistencial porque se privilegia la acción protectora respecto al disfrute efectivo de los servicios en el sistema de atención¹⁷⁶.

Mientras que para solventar la financiación, el régimen jurídico español se ha basado en cuatro factores: 1) Niveles de protección (establecidos por la Ley de Dependencia); 2) Financiación de las prestaciones y; 3) Aplicación progresiva de las prestaciones diseñadas en la Ley de Dependencia y; 4) Objetivos propios de las prestaciones y las normas generales por las que se rigen¹⁷⁷.

Lo anterior parte de dos postulados para dos supuestos en los que puede encontrarse una persona a través de su línea de vida o recorrido vital, esto es con libertad de autonomía o en situación de dependencia siempre en apego a la titularidad de derechos¹⁷⁸.

Derivado de lo anterior es pertinente un somero concepto en torno a la autonomía personal y la dependencia encontrando que en el primer caso se trata

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 306.

¹⁷⁶ Alonso-Olea García, Belén, *Derecho de la Protección... cit.*, pp. 605-606.

¹⁷⁷ *Idem*.

¹⁷⁸ Alonso-Olea García, Belén, "Las prestaciones del sistema para la autonomía y atención de la dependencia", en: Pérez Bueno, Luis Cayo y Andreu, Alberto (coord.), *Las Dimensiones de la Autonomía Personal. Perspectivas sobre la Ley 39/2006*, Madrid, Cinca, 2008, p. 35, disponible en: https://books.google.com.mx/books?id=J84Mz_wVfWIC&pg=PA68&lpg=PA68&dq=eSPA%C3%91A:+R%C3%89GIMEN+JUR%C3%8DDICO+DE+LAS+PRESTACIONES+LD?&source=bl&ots=gMi160RF4A&sig=ACfU3U2Q-2wIcu8f-gsgIUQFZt2dGfTX1w&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwiysKjF1trgAhVCbK0KHfOICSUQ6AEwA3oECACQAQ#v=onepage&q=eSPA%C3%91A%3A%20R%C3%89GIMEN%20JUR%C3%8DDICO%20DE%20LAS%20PRESTACIONES%20LD%3F&f=false.

de “la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”¹⁷⁹.

Y en lo relativo a la dependencia, se entenderá por tal:

“el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”¹⁸⁰.

Considero que algunos de los patrones con los que se atienden los servicios de prestaciones de servicios sociales que sí toman en cuenta el componente económico podrían ser susceptibles hasta cierto punto de recuperarse para México.

En lo referente al nivel mínimo de protección, se asigna en relación al número de beneficiarios, el grado de dependencia y la prestación reconocida y la financiación queda a cargo de la Administración General del Estado, aunque cada Comunidad Autónoma puede aportar un nivel adicional de protección¹⁸¹.

Sobre la financiación de las prestaciones, el presupuesto pueden ejercerse por: a) Administración General del Estado (trasladado al contexto mexicano sería la Administración Federal); b) Comunidades Autónomas (trasladado al contexto mexicano serían las entidades federativas) y; c) Beneficiarios de las prestaciones¹⁸².

Como podrá inferirse, el sistema de prestaciones español en el rubro de financiamiento es similar en cuanto a los sujetos o usuarios de los servicios de salud.

De la aplicación progresiva de las prestaciones habrá que establecer que se

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 36.

¹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 36-37.

¹⁸¹ Alonso-Olea García, Belén, *Derecho de la Protección... cit.*, 606, 610.

¹⁸² *Ibidem*, pp. 609-611.

dará de manera gradual. Mientras que en lo relativo a los objetivos y normas generales de las prestaciones se orientan al logro de una mejor calidad de vida y autonomía personal de quienes se encuentran en una situación de dependencia¹⁸³.

Para concluir este apartado, retomo la premisa del principio de Derecho: “Nadie está obligado a lo imposible” y expongo el siguiente paréntesis: ¿A qué se le denomina imposible?

Porque a mi parecer existen muros de contención y alternativas que permitirían una cobertura más amplia en el acceso a la salud bajo los siguientes presupuestos: a) Las administraciones se condujeran proactivamente y emplearan los recursos y fondos existentes con transparencia y diligencia; b) Las instituciones de los servicios de salud no operan únicamente con el presupuesto estatal, ya que en algunos casos el paciente aporta su cuota como derechohabiente; c) La existencia de los impuestos y contribuciones generales que se cobran, sin perjuicio, de recibir o no una atención de médica adecuada y; d) El financiamiento de la asistencia sanitaria a través de las empresas privadas y la reducción del porcentaje dedicado a rubros que no son de beneficio general como ocurre por ejemplo con los presupuestos electorales.

Al respecto, cabe enfatizar que cuando el Estado mexicano incumple los tratados e instrumentos internacionales y los preceptos constitucionales a los que está obligado, el derecho de protección a la salud en su vertiente de acceso se torna deficiente, lo cual no corresponde a un Estado democrático, toda vez que las disposiciones normativas previstas en el esquema constitucional reformado en 2011 han dado origen a nuevas consideraciones en torno al contenido de los servicios de salud y la defensa del derecho a la luz del Derecho Internacional en consonancia con las leyes mexicanas aplicables, sin perjuicio de la soberanía estatal.

Así, el enclave constitucional de protección versa sobre ¿cómo deberá ejecutarse? No existen fórmulas, pero es posible advertir algunos elementos que han funcionado para otros contextos como es el caso español donde también el

¹⁸³ *Ibidem*, pp. 612-614.

derecho a la salud se clasifica como un derecho programático que no posee eficacia directa y sin embargo, como apunta Martínez Alarcón, no podrá anularse su exigibilidad, toda vez que forman parte de la Constitución y desde su naturaleza orientadora representan el punto de partida en la construcción de cambios sociales a través de postular mecanismos procesales realmente autónomos frente al poder político¹⁸⁴.

Finalmente, como asume Manuel Atienza¹⁸⁵, el Derecho en cualquiera de sus conceptos no deja de ser una empresa, esto es una actividad que implica una cuestión de autoridad y una práctica social para alcanzar ciertos fines -incluso ontológicos- dentro de los límites establecidos por el propio sistema de que se trate.

4.5. *Nuevos mecanismos en la protección de la salud*

Ante la problemática citada, busco establecer cómo debería ser la cobertura en salud a partir de regímenes en servicios de salud donde el funcionamiento de dichas instituciones cumpla con lo prescrito en las disposiciones normativas y a su vez sea tangible en cuanto a la atención efectiva para el sujeto en situación de vulnerabilidad/dependencia que acude a recibir la protección de su derecho.

Advierto que no existe un mecanismo en el terreno práctico que acompañe al paciente para garantizar su atención médica en caso de urgencia, dado que al día de hoy tiene que activar la prosecución judicial sí requiere obtener resultados con relativa efectividad.

Por lo que considero prioritario contar con figuras que regulen los esquemas en las diferentes etapas de la atención a la salud, con oportunidad y diligencia.

La vía para la defensa del Derecho de Protección a la Salud sería un mecanismo que hoy no existe derivado de que los pacientes no reciben acceso a

¹⁸⁴ Alarcón Martínez, María Luz, “*La tutela de los derechos sociales en el siglo XXI*” (mesa redonda), Curso: Título de Especialista en “Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos, Toledo, 4 de julio de 2018, disponible en audio de recopilación propia.

¹⁸⁵ Atienza Rodríguez, Manuel, “Principios y ponderación” (ponencia), Curso: Título de Especialista en “Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos, Toledo, 19 de julio de 2018, disponible en audio de recopilación propia.

la atención médica de manera inmediata y tienen que recurrir al litigio o a interponer una queja en la Comisión Nacional o las comisiones estatales de Derechos Humanos, las cuales además de que se encuentran con exceso de cargas de trabajo no se especializan en el rubro de salud.

Este trabajo postula la instauración de un observatorio –como primer contacto- conformado por agentes multidisciplinarios, los cuales proporcionen directrices médico, legales y acompañamiento psicológico para respaldar a los pacientes que transiten por una situación desesperada, por gravedad o emergencia, siendo fundamental la participación ciudadana para no sucumbir en los avatares burocráticas que sirven a los intereses gubernamentales.

De esta forma se reducirán las demandas y en su caso las quejas por servicios de salud deficientes, lo que asumo como pertinente para las entidades judiciales y los costos que la propia actividad judicial implica.

La idea de un observatorio con carácter ciudadano deriva del propio escenario democrático en el que cada vez adquieren mayor relevancia la democracia participativa en detrimento de la representativa, por lo que son el canal institucional idóneo de participación de la ciudadanía en los asuntos tanto públicos como políticos, toda vez que se construye un mecanismo en el que los ciudadanos pueden informar sobre cuáles son sus intereses, preferencias y necesidades e incluso imprimir presión para generar posibilidades de respuesta en un contexto de Estado de derecho¹⁸⁶.

Cabe mencionar que la principal diferencia entre democracia representativa y participativa estriba en que en el segundo tipo engloba un activismo casi constante del ciudadano con los funcionarios públicos, en contraste, cuando es representativa se limita al aspecto electoral y con frecuencia al exclusivo hecho del ejercicio del voto¹⁸⁷.

Un dato relevante para el escenario mexicano consiste en que entre los

¹⁸⁶ Figueroa Romero, Raúl y Rancho Ventura, Pablo, “Democracia y participación ciudadana. La sociedad civil como cabal institucional democrático”, en: Natal, Alejandro *et al.* (coords.), *Observatorios Ciudadanos Nuevas formas de participación de la sociedad*, México, Universidad Autónoma Metropolitana. Gernika, 2014, pp. 78, 82, 87, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/276295376_Observatorios_ciudadanos_nuevas_formas_de_participacion_de_la_sociedad.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 79-80.

primeros documentos escritos sobre observatorios ciudadanos fue elaborado por la Unidad de Atención Psicológica, Sexológica y Educativa para el Crecimiento Personal, A.C., en colaboración con el Colectivo Sol, A.C. y con apoyo de la Fundación Ford, el cual tuvo como objetivo incrementar las capacidades de la sociedad civil en cuanto al respeto, protección y cumplimiento de los derechos humanos en torno al VIH-SIDA, tanto en Centroamérica como para México¹⁸⁸.

Sobre el particular, a raíz del panel dedicado a observatorios ciudadanos en Puebla durante el Congreso Internacional sobre Investigación del Tercer Sector, se dieron a conocer los hasta esa fecha últimos estudios realizados en materia de observatorios ciudadanos arrojando una base de datos sobre su cantidad¹⁸⁹.

La ilustración sobre el número de observatorios por entidad federativa en México para el año 2012 se describe a continuación:

Gráfica 6. Observatorios Ciudadanos por entidad federativa. Recopilada de Alejandro Natal Martínez y Manuel Lara Caballero¹⁹⁰.

Entidad federativa	Observatorios ciudadanos
Aguascalientes	11
Baja California	2
Coahuila	2
Colima	2
Chiapas	1
Chihuahua	5
Distrito Federal	38
Durango	1
Guanajuato	5
Jalisco	6
Estado de México	12
Michoacán	1
Nuevo León	5
Puebla	3
Querétaro	1
Quintana Roo	5
San Luis Potosí	2
Sonora	1
Tamaulipas	1
Veracruz	7
Yucatán	1
Otros	48
Total	160

Como podrá desprenderse de la tabla anterior, Michoacán sí ha contado con un observatorio ciudadano que parece ser se instituyó para la Prevención del

¹⁸⁸ Martínez Natal, Alejandro y Lara Caballero, Manuel, “Observatorios Ciudadanos en México. El reto de la construcción de opinión pública”, p. 110, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/276295376_Observatorios_ciudadanos_nuevas_formas_de_participacion_de_la_sociedad.

¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 110-111.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 112,

Delito y Fomento a la Cultura de la Legalidad y cuya finalidad era la protección del derecho humano a la seguridad pública, tal como lo enuncia su reglamento interno¹⁹¹.

Acentuando la línea de esta investigación, el objetivo central del observatorio sería documentar la atención médica efectiva. Con ello, se abre el camino para las premisas del observatorio ciudadano, entre ellas¹⁹²: vigilar, controlar, evaluar y especialmente denunciar.

Además, entre sus atribuciones también estaría la de asesoría y orientación en aquellos casos en que se incumplan con las disposiciones normativas que atañen a la materia. Así como trabajar en medidas de prevención y corrección de las debilidades y elementos que impidan el acceso conforme al derecho de protección de la salud.

De tal manera que su metodología, a grandes rasgos, deberá apearse a las siguientes directrices: 1. Recopilación de la información; 2. Decodificación o análisis de la información; 3. Comunicación de resultados; 4. Búsqueda de incidencia y; 5. Construcción de la opinión pública¹⁹³.

En específico, la reformulación de los anteriores lineamientos para el observatorio ciudadano que proteja a la salud sería: 1. Compendio de casos de incumplimiento en la protección a la salud en su vertiente de acceso; 2. Revisión puntual de los obstáculos en el acceso; 3. Realización de informes periódicos y constantes; 4. Medición de los eventos y generación de indicadores y;

¹⁹¹Michoacán, Congreso del Estado de Michoacán, *Reglamento Interno del Observatorio Ciudadano para la Prevención del Delito y Fomento a la Cultura de la Legalidad*, 6-11-2011, disponible en: <http://congresomich.gob.mx/file/Reglamento-Interno-del-Observatorio-Ciudadano-para-la-Prevenci%C3%B3n-del-Delito-y-Fomento-a-la-Cultura-de-la-Legalidad.pdf>.

¹⁹² Martínez Tiburcio, María Gabriela *et al.*, *Bases y precisiones conceptuales para el estudio de los Observatorios Ciudadanos*, en: Natal, Alejandro *et al.* (coords.), *Observatorios Ciudadanos Nuevas formas de participación de la sociedad*, México, Universidad Autónoma Metropolitana. Gernika, 2014, p. 66, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/276295376_Observatorios_ciudadanos_nuevas_formas_de_participacion_de_la_sociedad.

¹⁹³ Natal Martínez, Alejandro y Díaz Jiménez, Oniel Francisco, “¿Qué son y cómo funcionan los laboratorios ciudadanos?”, en: Natal, Alejandro *et al.* (coords.), *Observatorios Ciudadanos Nuevas formas de participación de la sociedad*, México, Universidad Autónoma Metropolitana. Gernika, 2014, pp. 31-32, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/276295376_Observatorios_ciudadanos_nuevas_formas_de_participacion_de_la_sociedad.

5) Postulación de medidas preventivas, inter-procesales y correctivas.

Para lograr lo anterior, el observatorio deberá, preferentemente, estar integrado por ciudadanos de distintas áreas del conocimiento, esto es un trabajo interdisciplinario y transdisciplinario para la puntual exploración y análisis profesional de las problemáticas que se susciten en torno a la protección de la salud.

En ese sentido, un observatorio ciudadano como actor social daría la pauta para el análisis de un fenómeno -la protección de la salud y su acceso- y la efectividad con que este problema es atendido, mientras que facilitaría la evaluación y la respectiva rendición de cuentas sobre el espectro de formular indicadores con una relativa mayor confiabilidad abriendo un espacio para construir consensos entre la sociedad y la gobernanza (en su acepción de función pública)¹⁹⁴.

Abordar observatorios ciudadanos implica: a) Una nueva forma de entender el gobierno y su relación con la sociedad; b) El fortalecimiento de las voces de la sociedad civil y; 3) Entornos más favorables a partir del surgimiento de este tipo de organizaciones¹⁹⁵.

Así la gobernanza acentúa la necesidad de legitimidad en las acciones del gobierno para constituir un Estado participativo, horizontal, coordinador e interactivo en relación a la participación de diferentes sectores de la sociedad en la toma de decisiones en aras de un “valor público”¹⁹⁶.

Derivado de esa interlocución entre gobierno y sociedad, se asume que los costos de transacción de las políticas públicas pueden reducirse impactando directamente en el desarrollo de un Estado¹⁹⁷.

Pero para ello se requerirán algunas condicionantes: determinado nivel de democracia (legislación e institucionalidad que favorezca la participación ciudadana), la existencia de una sociedad civil crítica, educada en los temas

¹⁹⁴ Natal, Alejandro *et al.* (coords.), *Observatorios Ciudadanos Nuevas formas de participación de la sociedad*, México, Universidad Autónoma Metropolitana. Gernika, 2014, pp. 9-11, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/276295376_Observatorios_ciudadanos_nuevas_formas_de_participacion_de_la_sociedad.

¹⁹⁵ *Ibidem*, pp. 20-21.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 23.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 23-24.

públicos y con capacidad de articulación hacia otros sectores sociales, así como contar con recursos financieros mínimos y, finalmente que el entorno esté relativamente tecnificado en el uso de tecnologías de la información¹⁹⁸.

Entonces, un observatorio ciudadano resulta ser una figura asociativa que involucra individuos, organizaciones o dependencias que de manera autónoma buscan analizar y comprender temas, políticas públicas o procesos políticos y cambiar su entorno dependiendo del objetivo que persiga¹⁹⁹.

En relación a ello, el financiamiento de un observatorio ciudadano estará proporcionado por la naturaleza del mismo y podrá estar respaldado por agencias internacionales, estados nacionales, organizaciones civiles o académicas, en su caso²⁰⁰.

Sin embargo, dado que un observatorio en materia de salud, al no formar parte de la administración estatal adolecería de vinculación, considero adecuada la inclusión de otra figura que de manera especial permita sancionar, vía administrativa, las inconsistencias e incongruencias que surjan en el ejercicio del derecho de protección a la salud.

Por ello considero pertinente que al mismo tiempo en que junto con la creación del observatorio ciudadano, se conjugue un ente procurador que se encargue de la supervisión de lo dispuesto por la normatividad.

En ese sentido, entre sus atribuciones deberían ser: 1) Recepción de quejas; 2) Seguimiento de los casos; 3) Capacidad de diálogo institucional al interior de la dependencia en servicios de salud de que se trate; 4) Orientación, asesoría y acompañamiento en el respectivo proceso de acuerdo a la vulnerabilidad del paciente y; 5) Poseer fuerza vinculante para sancionar a nivel administrativo el incumplimiento de la constitucionalidad y la convencionalidad en el derecho a la salud.

Y para que tal procuraduría resulte efectiva será clave que establezca criterios rectores, entre estos: inmediatez, oportunidad, capacidad de decisión y transparencia en cada proceso.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 25-26.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 27.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 28.

4.6. Reflexiones capitulares. Horizontes alternos

El surgimiento de nuevos elementos en los modelos de servicios de salud no resolverá los problemas del alcance en el derecho de protección a la salud por generación espontánea, sin embargo considero que sí representan una oportunidad para cambiar el *status quo* y las realidades en la cotidianidad de los pacientes.

Por supuesto, la tarea de instituir entes no puede constreñirse a las “buenas ideas”, sino en aras de los mejores fines.

Así, el argumento sólido para sustentar la creación de un andamiaje distinto es que en parámetros de idoneidad en los avatares de la protección a la salud, México se encuentra lejos de su cumplimiento. No obstante, hay mecanismos alternos de solución que pueden contribuir a fortalecer los instrumentos constitucionales y convencionales para reducir el impacto negativo que hoy permea las instituciones públicas que actualmente ofrecen servicios de salud en México.

Conclusiones Generales

Para efectos prácticos, asumo que existen los Derechos Humanos y que implican un efecto dominó que obedece a la interrelación natural entre esta clase de derechos. No obstante, considero que no se puede caer en la trampa de objetivizarlos ni subjetivizarlos, dado que los extremos obstaculizan su natural evolución.

Encontramos Derechos Humanos inscritos en la economía, la sociedad y contexto específico y qué pensar al respecto se desprenderá de un sin número de estructuras permeadas de ideología: dominante, contestaria, restrictiva o incluyente, utópica o impregnada de realismo, pero constantemente dispuestas a socorrernos en el debate que aparece cuando se aborda un constructo denominado Derechos Humanos.

Al establecer un posicionamiento axiológico o positivista se instrumentaliza el orden de las cosas, incluso sin consciencia del fondo del enunciado normativo que adquiere forma de derecho y que ha sido “puesto” como medida exigible, o en su defecto, como pretexto de exclusión para no ser requerido.

Por ello, en mi primer capítulo recuperaré visiones doctrinales que inciden en una forma de pensar y creer acerca del interminable debate de los Derechos Humanos.

Detallo que sí existen los Derechos Humanos en una concepción que ha buscado ser medida a raíz de los peligros de su distorsionada conceptualización. Un Derecho Humano como discurso de convencimiento que se legitima al formar parte de las filas del derecho internacional y el derecho interno y cuya finalidad teórica es la corrección de aquello que atenta contra la cualidad de ser humanos, sin adherencia los discursos meramente retóricos cuando la Retórica es utilizada en sentido negativo para oprimir.

Al abordar el derecho de protección a la salud como Derecho Humano sumo complejidad a una visión personal de lidiar con la crítica aguda a la descalificación por no sostenerse válida y sólidamente y en su favor establecí durante mi capítulo segundo cuáles son los instrumentos internacionales y los preceptos constitucionales que lo elevan a categorías jurídicas al menos positivas en el ordenamiento jurídico.

Por lo que menciones incompletas o con profundidad media sobre la protección del derecho a la salud como Derecho Humano sí se pueden encontrar en distintos cuerpos normativos, independientemente de que como ya se analizó haya sido la intencionalidad al momento de ser prescrito en la norma vigente.

En el mismo renglón, se postuló que adscribirse a un concepto de salud también reviste características meta-fácticas difíciles de advertir en el momento en que se busca un encuadre jurídico a raja tabla, toda vez que es inherente al Derecho -entendido como ciencia- resolver conflictos sociales cambiantes y complejos.

Por ello no resulta ajeno comprender que la salud como fenómeno social trae consigo interminables cuestionamientos. Ahora qué decir de intentar

defenderlo como Derecho Humano. Sin embargo, no es una pretensión que surja como mero capricho, dado que la doctrina y el propio Derecho Constitucional avalan su formulación en ese sentido a partir de las disposiciones normativas en la salvaguarda de su esfera jurídica por el hecho de ser persona, lo cual ha quedado inscrito en el artículo primero constitucional hasta una nueva reforma.

Cabe advertir que ningún concepto es unívoco o eterno, de ahí que es plausible encontrar diversas caras de un mismo significante al entrar en contacto con sus significados.

De ahí que el objetivo de los capítulos que anteceden fue enlazar el derecho a la salud como derecho humano con la finalidad de exigir, como argüiría Ferrajoli, en la mayor medida posible, la justicia en el derecho de protección a la salud en cuanto al acceso del paciente conforme a la constitucionalidad y la convencionalidad.

Al hacerlo, aparece el Estado mexicano con sus atribuciones y responsabilidades vinculantes en el tema de la salud pública –por acción u omisión- y cuyo cumplimiento no ha sido logrado cabalmente, según lo ilustran los indicadores de diferentes organismos y organizaciones que asumen el reto de vigilar las directrices en materia de salud pública.

Y es que el Estado debe proveer de las más altas condiciones de calidad en sus servicios de salud, toda vez que nadie puede evitar la enfermedad, pero sí su prevención y tratamiento eficaz mediante el acceso idóneo aplicable al caso concreto.

Por lo que independientemente de la manipulación en que pueden ser tergiversados los Derechos Humanos como discurso, también pueden convertirse en las premisas para el diálogo, es decir para manifestar las diferencias y propiciar el intercambio cultural.

Entonces, es el caso que al explorar en el derecho de protección a la salud para atender a los usuarios de los servicios de salud en cuanto a su acceso, se podrán establecer diversos dispositivos que funjan en favor de las personas (todas ellas).

Acerca de esos mecanismos, es importante aclarar que deberán forjarse

paulatinamente, pero pueden representar la salida de emergencia para quienes luchan por conservar uno de los bienes jurídicos mayúsculos: la salud y su consolidación en el acceso eficaz, eficiente y efectivo.

A manera de corolario, resumo que el Derecho Humano a la protección de la salud en su vertiente de acceso a la atención médica requiere la optimización de las garantías y mecanismos por parte del Estado mexicano para garantizar su exigibilidad conforme a la constitucionalidad y la convencionalidad.

Fuentes de Información

Bibliografía

ALONSO-OLEA GARCÍA, Belén, *Derecho de la Protección Social*, 3ª. ed., Madrid, Aranzandi, 2016.

ALONSO-OLEA GARCÍA, Belén, “Las prestaciones del sistema para la autonomía y atención de la dependencia”, en: Pérez Bueno, Luis Cayo y Andreu, Alberto (coord.), *Las Dimensiones de la Autonomía Personal. Perspectivas sobre la Ley 39/2006*, Madrid, Cinca, 2008, p. 35, disponible en: https://books.google.com.mx/books?id=J84Mz_wVfWIC&pg=PA68&lpg=PA68&dq=eSPA%C3%91A:+R%C3%89GIMEN+JUR%C3%8DDICO+DE+LAS+PRESTACIONES+LD?&source=bl&ots=gMil60RF4A&sig=ACfU3U2Q-2wlcu8f-gsglUQFZt2dGfTX1w&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwiysKjF1trgAhVCbK0KHfOICSUQ6AEwA3oECAcQAQ#v=onepage&q=eSPA%C3%91A%3A%20R%C3%89GIMEN%20JUR%C3%8DDICO%20DE%20LAS%20PRESTACIONES%20LD%3F&f=false.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Multiculturalismo, Derechos Humanos y Ciudadanía Cosmopolita”, *Revista de Derecho Letras Jurídicas*, Universidad de Guadalajara, México, 2006, número 3, pp. 1-15, disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:euvSOonEp4gJ:cuci.udg.mx/letras/sitio/index.php/revista-numero-03-otono-septiembre-2006-marzo-de-2007%3Fdownload%3D39+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=mx>.

- BECOÑA IGLESIAS, Elisardo, "Resiliencia: definición, características y utilidad del concepto", *Revista de Psicopatología y Psicología Clínica*, España, Asociación Española de Psicología Clínica y Psicopatología, Universidad de Santiago de Compostela, vol. 11, núm. 3, p. 125, disponible en: <http://aepcp.net/arc/01.2006%283%29.Becona.pdf>.
- BENTHAM, Jeremy, "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation", Batoche Books Kitchener, 2000, disponible en: <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3113/bentham/morals.pdf>.
- BESTARD PERELLÓ, Juan José, *La Asistencia Sanitaria Pública. Seguro de Salud o Servicio Público. Derecho a la Protección de la Salud*, Madrid, Díaz de Santos, 2015.
- BEUCHOT, Mauricio y SALDAÑA Javier, *Derechos Humanos y Naturaleza Humana*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
- BRENA SESMA, Ingrid, "El Derecho a la Salud", en Valdés, María Luz (coord.), *Derechos de los Mexicanos: Introducción al Derecho Demográfico*, número 463, pp. 90-92. disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2638/8.pdf>.
- CANO VALLE, Fernando, *Percepciones acerca de la medicina y el derecho*, México, Facultad de Medicina. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, 2001.
- CANO VALLE, Fernando *et al.*, *Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México. Hacia la Reforma Integral del Sistema de Salud Mexicano*, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 300, disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3711/6.pdf>.
- CARBONELL, José y CARBONELL, Miguel, *El derecho a la salud: una propuesta para México*, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. IX, disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/libros/El_derecho_a_la_salud_una_propuesta_para_M_xico.shtml.
- CASTRO, ARACHU, "Sobre el derecho a la salud", *Revista Cubana de Salud Pública*, La Habana, núm. 1, vol. 32, enero-marzo 2006, disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662006000100011.

COBREROS MENDOZA, Eduardo, *Los Tratamientos Sanitarios Obligatorios y el Derecho a la Salud (Estudio Sistemático de los Ordenamientos Italiano y Español)*, Oñati, Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea. Instituto Vasco de Administración Pública HAEE/IVAP, 1988, pp. 33-34.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS MÉXICO. Informe de Actividades del 1 de Enero al 31 de Diciembre de 2017, p. 171, disponible en: http://informe.cndh.org.mx/images/uploads/menus/30110/content/files/Informe_cndh_2017.pdf.

CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL, CONEVAL, “Evaluación de Programas sociales. Principales Hallazgos de la Evaluación de la Política de Desarrollo Social 2018, disponible en: https://coneval.org.mx/Evaluacion/IEPSM/IEPSM/Paginas/IEPDS_2018_principales_hallazgos.aspx.

CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL, CONEVAL, “Medición de la pobreza”, disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezalInicio.aspx>.

DE LA TORRE TORRES, Rosa María, “El derecho a la salud”, en Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María del Carmen (coord.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 306, 314. disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/16.pdf>.

DELOITTE, “¿Cuál es el diagnóstico en nuestro país...” en materia de salud y qué se necesita para lograr su evolución?”, *Salud en México. Innovar para mejorar*, p. 4, disponible en: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/life-sciences-health-care/Salud-en-mexico.pdf>.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, *El otro derecho*, trad. de Libardo José Ariza, Bogotá, D.C., ILSA, Colombia, número 28, julio de 2002, pp. 59-83, disponible en: http://www.uba.ar/archivos_ddhh/image/Sousa%20-

%20Concepci%C3%B3n%20multicultural%20de%20DDHH.pdf.

DOUZINAS, Costas, “El fin (al) de los derechos humanos”, Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, vol. 7, t. I, 2006, pp. 310-340, disponible en:

<http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0606120309A/20827>.

ELIZONDO MAYER-SERRA, Carlos, “El derecho a la protección de la salud”, *Salud pública de México*, Cuernavaca, vol. 49, núm. 2, marzo-abril de 2007, disponible en:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342007000200010.

FAJARDO-DOLCI, Germán *et al.*, “Acceso efectivo a los servicios de salud: operacionalizando la cobertura universal en salud”, *Salud Pública de México*, Cuernavaca, núm. 2, vol. 57, marzo-abril 2015, disponible en:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342015000200014.

FIGUEROA ROMERO, Raúl y Rancho Ventura, Pablo, “Democracia y participación ciudadana. La sociedad civil como cabal institucional democrático”, en: Natal, Alejandro *et al.* (coord.), *Observatorios Ciudadanos Nuevas formas de participación de la sociedad*, México, Universidad Autónoma Metropolitana. Gernika, 2014, p. 78, 82, 87, disponible en:

https://www.researchgate.net/publication/276295376_Observatorios_ciudadanos_nuevas_formas_de_participacion_de_la_sociedad.

FLORES SALGADO, Lucerito Ludmila, *Temas actuales de los derechos humanos de última generación*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Piso 15 Editores, 2014, pp. 27-28, disponible en:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4304/4.pdf>.

FIERROS HERNÁNDEZ, Arturo, “Concepto e historia de la salud pública en México (Siglos XVIII a XX)”, *Gaceta Médica de México*, Historia y Filosofía de la Medicina, México, 2014, disponible en:

http://www.anmm.org.mx/GMM/2014/n2/GMM_150_2014_2_195-199.pdf.

GÓMEZ DANTÉS, Octavio *et al.*, “Sistema de salud de México”, *Salud Pública de México*, Cuernavaca, vol. 53, enero 2011, disponible en:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-

36342011000800017.

GONZÁLEZ GUZMÁN, Rafael, “Ética Neoliberal y Nuevas Ideas Críticas en Salud”, en: Tetelboin Henroi, Carolina y Laurell, Asa Cristina (coords.), *Por el derecho universal a la salud. Una agenda latinoamericana de análisis y lucha*, CLACSO, Buenos Aires, 2015, pp. 142-143, disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20151109090721/derecho_universal_a_la_salud.pdf.

HABERMAS, Jürgen, “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los Derechos Humanos”, trad. de Juan Luis Fuentes Osorio, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 44, 2010, pp. 105-121, disponible en: revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/501/591.

HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, 2ª. ed., México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

INSTITUTO MEXICANO PARA LA COMPETITIVIDAD, “Pequeños pasos para transformar al sistema de salud”, disponible en: https://imco.org.mx/temas/pequenos-pasos-transformar-al-sistema-salud/?gclid=EAlaIQobChMI3Kib1_nG4AIVF7bACh06_AzmEAAYASAAEgLMQPD_BwE.

LAMORGIA, Oscar, “La contratransferencia: ¿phármakon?”, *Imagoagenda*, Buenos Aires Argentina, 2008, disponible en: <http://www.imagoagenda.com/articulo.asp?idarticulo=1259>.

LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier, “Sobre el concepto de derechos humanos”, en “El concepto de Derechos Humanos”, *Doxa* 4, 1987, pp. 23-44, disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141710.pdf>.

LÓPEZ CERVANTES, Malaquías *et al.*, “La necesidad de transformar el sistema de salud en México”, México, UNAM, 2011, pp. 469-474, disponible en: https://www.anmm.org.mx/GMM/2011/n6/26_GMM_Vol_147_-_6_2011.pdf.

LUGO GARFIAS, María Elena, *El derecho a la salud en México. Problemas de su fundamentación*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015, p. 150, disponible en: http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/lib_DerSaludMexico.pdf.

- MARTÍNEZ NATAL, Alejandro y LARA CABALLERO, Manuel, “Observatorios Ciudadanos en México. El reto de la construcción de opinión pública”, p. 110, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/276295376_Observatorios_ciudadanos_nuevas_formas_de_participacion_de_la_sociedad.
- MARTÍNEZ TIBURCIO, María Gabriela *et al.*, *Bases y precisiones conceptuales para el estudio de los Observatorios Ciudadanos*”, en: Natal, Alejandro *et al.* (coords.), *Observatorios Ciudadanos Nuevas formas de participación de la sociedad*, México, Universidad Autónoma Metropolitana. Gernika, 2014, p. 66, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/276295376_Observatorios_ciudadanos_nuevas_formas_de_participacion_de_la_sociedad.
- MEGÍAS QUIRÓS, José Justo (coord.), *Manual de Derechos Humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, España, Garrigues Cátedra. Universidad de Navarra. Thomson Aranzandi, 2006, pp. 13 y 14.
- MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo, “Derechos de los usuarios de los servicios de salud”, Cámara de Diputados.
- MONTIEL, Lucía, “Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 40, pp. 297-298, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-9.pdf>.
- NARRO ROBLES, José *et al.*, Simposio “Hacia la Universalización de la Salud y la Seguridad Social”, p. 10, disponible en: http://www.facmed.unam.mx/publicaciones/simposium/husss/pdf/Hacia%20la%20universalizacion%20de%20la%20salud%20_2_.pdf.
- NATAL, ALEJANDRO *et al.*, *Observatorios Ciudadanos Nuevas formas de participación de la sociedad*, México, Universidad Autónoma Metropolitana. Gernika, 2014, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/276295376_Observatorios_ciudadanos_nuevas_formas_de_participacion_de_la_sociedad.
- NATAL MARTÍNEZ, Alejandro y DÍAZ JIMÉNEZ, Oniel Francisco, “¿Qué son y cómo funcionan los laboratorios ciudadanos?”, en: Natal, Alejandro *et al.* (coords.), *Observatorios*

Ciudadanos Nuevas formas de participación de la sociedad, México, Universidad Autónoma Metropolitana. Gernika, 2014, disponible en:
https://www.researchgate.net/publication/276295376_Observatorios_ciudadanos_nuevas_formas_de_participacion_de_la_sociedad.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, 11ª. ed., Barcelona, Ariel, S.A., 2003.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “*Acerca de la OMS*”, disponible en:
<https://www.who.int/about/es/>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Cobertura sanitaria universal”, 2017, disponible en:
[http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-\(uhc\)](http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-(uhc)).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Estadísticas Sanitarias Mundiales 2014”, Suiza, 2014, p. 146, disponible en:
https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/131953/9789240692695_spa.pdf;jsessionid=9020F6311FD67049D8D858130AEDA214?sequence=1.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “¿Qué es la cobertura sanitaria universal?”, 2012, disponible en: http://www.who.int/features/qa/universal_health_coverage/es/.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Salud y derechos humanos”, número 323, diciembre 2015, disponible en:
<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, “Directora de la OPS presentó ante la OEA los avances en salud de las Américas y las prioridades para los próximos cinco años”, Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud, Washington, E.U., 2018, disponible en:
http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=14176%3Adirectora-de-la-ops-presento-ante-la-oea-los-avances-en-salud-de-las-americas-y-las-prioridades-para-los-proximos-cinco-anos&catid=1443%3Aweb-bulletins&Itemid=135&lang=es.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, “Los sistemas de salud resilientes”. Documento CD55/9, Washington, D.C., 2016.

PÉREZ LÓPEZ, Miguel, “El derecho constitucional a la protección de la salud”, Ciudad de

México, Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, p. 192, disponible en:
<https://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/44/49-02.pdf>.

PINTO, José Lus *et al.*, *Análisis coste-beneficio en la salud. Métodos de valoración y aplicaciones*, Barcelona, Masson, Colección Economía de la Salud y Gestión Sanitaria, 2003.

QUINTANA PORRAS, Laura, “De la Nuda Vida a la ‘Forma-de-Vida’. Pensar la política con Agamben desde y más allá del paradigma del bipoder”, *Argumentos*, México, D.F., 2006, disponible en:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952006000300003.

RODRÍGUEZ CAMARENA, Carlos Salvador, “La Influencia de las Clasificaciones de Derechos Humanos en la Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Ciencia Jurídica*, Universidad de Guanajuato, México, año 4, núm. 7, p. 123, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5144757.pdf>.

RODRÍGUEZ, María Elena, *¿Qué conocemos del derecho a la salud? propuesta de marco conceptual en perspectiva crítica para Venezuela*, Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional, Ecuador, Quito, 2016, p. 26, disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5934/1/SM210-Rodriguez-Que%20conocemos.pdf>.

RODRÍGUEZ RAMOS, María José *et al.*, *Sistema de Seguridad Social*, 10ª. ed., Madrid, Tecnos, 2008, p. 166.

RIVERA SOTELO, Aída Sofía, “El utilitarismo de Jeremy Bentham ¿Fundamento de la teoría de Leon Walras?”, *Cuadernos de Economía*, Colombia, núm. 55, vol. 30, disponible en:

<http://revistas.unal.edu.co/index.php/ceconomia/article/view/28223/31725>.

SAURA ESTAPÀ, Jaume, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos, económicos, sociales y culturales”, Universidad de Barcelona, Instituto de Derechos Humanos de Catalunya, núm. 2, 2011, pp.1-2, disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4547337>.

- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, “La garantía de igualdad”, en García Guerrero, José Luis *et al.*, *Los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 75.
- VALVERDE, José Luis, “Bases para un estatuto jurídico mundial de los medicamentos”, en Bombillar Sáenz, Francisco Miguel (coords.), *El acceso al medicamento, Retos jurídicos actuales, intervención pública y su vinculación al derecho a la salud*, Granada, España, Comares, 2010.
- VITA, Leticia, “Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud: Historia del derecho a la salud en el siglo XX”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Buenos Aires, 2012, disponible en: <http://www.scielo.org.ar/pdf/sc/v8n3/v8n3a10.pdf>.
- ŽIŽEK, Slavoj, “En contra de los Derechos Humanos”, *Suma de Negocios*, núm. 2, vol. 2, 2011, disponible en: <http://publicaciones.konradlorenz.edu.co/index.php/SumaDeNegocios/article/viewFile/879/610>.

Hemerografía

- BONACHERA, Ángela R., “México está ‘al borde de una crisis de salud pública’, dice el Instituto Mexicano para la Competitividad”, CNN, México, 2018, disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2018/05/24/mexico-esta-al-borde-de-una-crisis-de-salud-publica-dice-el-instituto-mexicano-para-la-competitividad/>.
- MIGUELES, Rubén, “Sin acceso a salud, 32.6 millones de trabajadores: INEGÍ”, *El Universal*, nota periodística publicada el 15/11/2017, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/cartera/economia/sin-acceso-salud-326-millones-de-trabajadores-inegi>.
- PASILLAS, Lizbeth y ZAMÍREZ, Zacarías, “La verdadera enfermedad del sistema de salud mexicano”, *Forbes México*, disponible en: <https://www.forbes.com.mx/la-verdadera-enfermedad-del-sistema-de-salud-mexicano/>.

Legislación

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, Proclamación de Teherán. Adopción: Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, Irán, 1968, disponible en:

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2016.pdf>
f.

MÉXICO, CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, reforma del 15-09-2017, pp. 1-2, disponible en:

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf.

MÉXICO, CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, *Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado*, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación: 24-03-2016, disponible en:

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISSSTE_240316.pdf.

MÉXICO, CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, *Ley del Seguro Social*, reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación: 12-11-2015, disponible en:

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/92_121115.pdf.

MÉXICO, CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, *Ley General de Salud*, última reforma 17/11/2017, disponible en:

http://www.salud.gob.mx/cnts/pdfs/LEY_GENERAL_DE_SALUD.pdf.

MICHOACÁN, CONGRESO DEL ESTADO DE MICHOACÁN, *Reglamento Interno del Observatorio Ciudadano para la Prevención del Delito y Fomento a la Cultura de la Legalidad*, 6-11-2011, disponible en: <http://congresomich.gob.mx/file/Reglamento-Interno-del-Observatorio-Ciudadano-para-la-Prevenci%C3%B3n-del-Delito-y-Fomento-a-la-Cultura-de-la-Legalidad.pdf>.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre*, Bogotá Colombia, 1948, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, 1965, disponible en:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 1948, disponible en:

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2000.pdf>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración de los Derechos del Niño*, 1959,

disponible en:

http://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Declaracion_DN.pdf.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 1966, disponible en:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

Otros documentos

ALARCÓN MARTÍNEZ, María Luz, “*La tutela de los derechos sociales en el siglo XXI*” (*ponencia*), Curso: Título de Especialista en “Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos”, Toledo, 4 de julio de 2018, disponible en audio de recopilación propia.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, “Principios y ponderación” (*ponencia*), Curso: Título de Especialista en “Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos”, Toledo, 19 de julio de 2018, disponible en audio de recopilación propia.