

NÚMERO PUBLICACIÓN 62

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS Y FERNANDA ALONSO ARANDA

## El derecho a la salud en el sistema constitucional mexicano

Importante


Los Documentos de Trabajo del CIDE son una herramienta para fomentar la discusión entre las comunidades académicas. A partir de la difusión, en este formato, de los avances de investigación se busca que los autores puedan recibir comentarios y retroalimentación de sus pares nacionales e internacionales en un estado aún temprano de la investigación.

De acuerdo con esta práctica internacional congruente con el trabajo académico contemporáneo, muchos de estos documentos buscan convertirse posteriormente en una publicación formal, como libro, capítulo de libro o artículo en revista especializada.

OCTUBRE 2013



[www.cide.edu](http://www.cide.edu)



D.R. © 2013, Centro de Investigación y Docencia Económicas A.C.  
Carretera México Toluca 3655, Col. Lomas de Santa Fe, 01210,  
Álvaro Obregón, México DF, México.  
[www.cide.edu](http://www.cide.edu)

[www.LibreriaCide.com](http://www.LibreriaCide.com)

Dirección de Publicaciones  
[publicaciones@cide.edu](mailto:publicaciones@cide.edu)  
Tel. 5081 4003

---

## Agradecimientos

*Este documento surgió del trabajo realizado en el proyecto de investigación relativo a la transformación de la protección social en salud, en el apartado correspondiente al diagnóstico del ejercicio de la tutela de este derecho, con miras a su ejercicio efectivo, realizado por encargo del propio Sistema de Protección Social en Salud. Todas las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no representan la posición de ninguna institución gubernamental o privada. Cualquier comentario sobre el tema favor de enviarlo a: [alejandro.madrado@cide.edu](mailto:alejandro.madrado@cide.edu) y/o [control.substancias@cide.edu](mailto:control.substancias@cide.edu).*

## Resumen

---

*El presente documento de trabajo tiene como objetivo analizar la regulación constitucional de la salud, específicamente la salud como derecho fundamental. En él se analizan en forma concisa el texto constitucional, las interpretaciones judiciales más relevantes y la doctrina constitucional. En consecuencia, el apartado se divide en dos secciones: En la primera sección (I), se aborda la regulación constitucional de la salud, distinguiendo entre las distintas funciones que cumple la salud dentro del régimen constitucional (la salud como derecho fundamental, la salud como valor vinculado a otros derechos fundamentales, la salud como bien tutelado por sí); en la segunda sección (II) se precisa el derecho fundamental a la salud a la luz de las interpretaciones judiciales y la doctrina constitucional, a fin de desentrañar las implicaciones normativas del texto constitucional.*

## Abstract

---

*The current working paper is looking to analyze the constitutional regulation on health, specifically health as a fundamental right. It consists of a concise analysis of the constitutional text, as well as the most relevant judicial interpretations and constitutional doctrine in Mexico. Accordingly it is divided in two sections: in the first section (I), the constitutional regulation to health and the different functions that health fulfills within the constitutional regime (health as a fundamental right, health as a right linked to other fundamental rights, and health as a good protected in itself) will be addressed; in the second section (II) the fundamental right to health will be analyzed further in light of judicial interpretation and constitutional doctrine, to unravel the normative implications of the constitutional text.*

## *Introducción*

---

### ***La salud en la Constitución***

El término salud aparece en nuestro texto constitucional en numerosas ocasiones. El presente apartado tiene como propósito identificar las distintas funciones que cumple el término salud en la regulación constitucional. Se identificaron tres tipos de funciones constitucionales de este término, las cuales se expondrán en incisos separados: a) como derecho fundamental, b) como una prestación laboral, esto es, como un beneficio derivado de la relación entre patrones y trabajadores, y c) como un bien constitucional distinto de, e inclusive en ocasiones contrapuesto a los derechos fundamentales. En consecuencia, a continuación las instancias en las que aparece el término en el texto constitucional serán expuestas a fin de dilucidar las distintas funciones que y no según el orden de aparición en el articulado constitucional.

#### *A) La salud como derecho fundamental*

##### *El derecho a la salud en el texto constitucional*

El artículo 4º constitucional establece el derecho a la salud como derecho fundamental en su párrafo tercero:

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

Del texto constitucional se desprenden dos características torales del derecho a la salud. Primero, al emplear la frase “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud”, el texto denota que: a) se trata de una garantía individual, que corresponde a toda persona en territorio nacional, sin distinciones; y b) establece un mandato dirigido al Estado de tomar medidas positivas que protejan la salud de las personas y no limitarse a abstenerse de vulnerar la salud de las personas. Segundo, el constituyente permanente explícitamente determinó que la salud constituía una materia que se regía por el sistema de facultades concurrentes entre Federación y entidades federativas (y, dependiendo del régimen constitucional interno de cada estado, potencialmente los municipios).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Al respecto, la Iniciativa de reforma señalaba: “El carácter concurrente de la materia sanitaria se ajusta a lo dispuesto por el Constituyente de Querétaro, al prevenir el Consejo de Salubridad General y la dependencia del

### *El constituyente y el derecho a la salud*

Yendo más allá del texto constitucional y tomando en consideración a que ésta porción normativa del texto constitucional resulta particularmente relevante para entender el papel de la salud en nuestro régimen constitucional, a continuación se exponen las conclusiones del análisis del proceso de reforma constitucional que derivó en la inclusión del derecho a la salud como derecho fundamental. Este ejercicio sentará las bases para que, en la sección II del presente apartado, sea más fácil entender el perfil y los alcances de este derecho.

La inclusión del derecho a la salud como derecho fundamental en nuestro régimen constitucional data de 1983, por iniciativa del titular del Poder Ejecutivo Federal. En la iniciativa de reforma y las discusiones legislativas se reflejan las preocupaciones principales que motivaron la inclusión del derecho a la salud a nivel constitucional. Éstas, a su vez, nos permiten establecer algunas características fundamentales del derecho a la salud en nuestro régimen constitucional. Veamos:

**(I) Orientación igualitaria.** El derecho a la salud tiene una orientación fundamentalmente igualitaria. La Iniciativa de reforma señala: “el mejoramiento de la salud... es uno de los retos a los que se enfrentan las sociedades que buscan ser cada vez más igualitarias”. Esta orientación de la regulación de la salud se desprende del “propósito superior” del régimen “brindar a cada mexicano mejores y más amplias condiciones de existencia, destacándose el esfuerzo por elevar los niveles de salud del pueblo.”<sup>2</sup>

La inspiración igualitaria se traduce en dos exigencias que justifican la elevación del derecho constitucional a rango constitucional: a) universalidad de la cobertura y b) equidad en la calidad de la protección de la salud. Tras enunciar los avances del régimen en materia de salud, la iniciativa identifica dos problemas fundamentales con lo avanzado hasta ese momento:

---

ejecutivo encargada de las tareas sanitarias en el ámbito federal. El empeño descentralizador ha de comprender la entrega paulatina a las jurisdicciones locales de funciones, programas y recursos hasta hoy manejados por la Federación. (...) Así se abatirán las inequidades regionales, el centralismo y el manejo dispendioso de los recursos que la Nación asigna a esta prioridad.”

<sup>2</sup> Poder Ejecutivo Federal, Iniciativa de Adiciones al Artículo 4o. de la propia Constitución Política, 22 de diciembre de 1982. (En adelante, Iniciativa Derecho a la Salud). La inspiración igualitaria la retomó la Senadora Hoyos de Navarrete al presentar el Dictamen, a nombre de la Comisión de Salubridad, ante el pleno del Senado. Con toda claridad, la Senadora señala la inequidad vigente como el primer motivo para la adopción de la iniciativa: “Vivimos aún, desgraciadamente, en un país de desigualdades, en términos de seguridad social podríamos hablar de mexicanos de primera que son los que pagan cuotas a cambio de los servicios que reciben; los de segunda que son los que reciben únicamente servicios asistenciales y los mexicanos de tercera que son los que no tienen acceso a ninguno de estos servicios.” Su intervención concluye solicitando el voto del pleno argumentando: “La salud así concebida es indudablemente una necesidad social, y consagrar como un derecho constitucional su protección, es hacer realidad un viejo anhelo de los constituyentes de 1917 y constituye un avance muy importante hacia la sociedad justa e igualitaria a la que todos aspiramos.” Y más adelante: “apoyar esta Iniciativa es apoyar los postulados de la justicia social.” Discusión en el Pleno del Senado del día 23 de diciembre de 1982. Lo mismo ocurrió en la Cámara de Diputados, donde el diputado Mariano López Ramos señaló: “Sin lugar a dudas que también es de gran importancia y significación sobre todo para aquellos sectores de nuestro pueblo más marginados y olvidados de los avances en materia de salud.”

...no puede dejarse de reconocer que aún se aprecian graves carencias que no por antiguas son menos lacerantes: todavía no se alcanza el objetivo de la **plena cobertura**; en algunas áreas existe un manejo dispendioso de recursos y una operación desarticulada; más aún, se advierte una dolorosa **discriminación** en el campo de la salud: la calidad de los servicios varía radicalmente de una institución a otra y de región en región.

(...)

Esos factores, que se nos mostraron con toda su crudeza en la campaña política que emprendimos para lograr el voto ciudadano, nos ha llevado a la convicción de que es necesario elevar el rango del derecho a la protección de la salud, consagrándolo en el artículo 4º de nuestra Carta Magna como una nueva garantía social. (énfasis añadido)

Más específicamente, señala que el acceso a los servicios de salud deberá retomar los criterios en que se fundan los sistemas de seguridad social para financiar los gastos: “capacidad contributiva y redistribución del ingreso.”

(II) **Concepción amplia de la salud.** Para determinar el perfil y los alcances del derecho a la salud, es útil comprender qué correspondía a la materia de salud cuando el constituyente la incorporó como derecho fundamental en el texto constitucional.<sup>3</sup> En el entender del constituyente permanente que en 1982 discutía la elevación de la materia de salud a rango de derecho fundamental, la materia de salud es amplia, abarcando desde la prestación de servicios de atención médica, la prevención, la rehabilitación, la regulación de productos para el consumo humano (“alimentos, bebidas y medicamentos, estupefacientes y psicotrópicos”), la educación, el medio ambiente, la tecnología, el financiamiento de los servicios de salud, e inclusive la cultura en general.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Ésta revisión no implica que la concepción de salud que prevalecía en aquel entonces deba de entenderse como definitiva, sino meramente indicativa.

<sup>4</sup> Al hacer un recuento de “la rica y vasta” legislación sanitaria que había producido el régimen, la Iniciativa menciona la incorporación de materias como “la prevención de invalidez y rehabilitación de los inválidos, disposición de órganos, tejidos y cadáveres; control de alimentos, bebidas y medicamentos, estupefacientes y psicotrópicos; protección de la salud de la niñez y de los ancianos; mejoramiento y cuidado del medio ambiente.” Más adelante, la iniciativa menciona también “sistemas de control de calidad de fármacos”; “medicina preventiva y educación para la salud” precisando el vínculo de éstas con la “comunicación masiva”. Sostiene también que la responsabilidad de la “custodia, restauración y mejoramiento” de la salud “está estrechamente vinculada a lo cultural”. Iniciativa Derecho a la Salud. Por su parte, la intervención de la Senadora Hoyos de Navarrete, en la presentación del dictamen ante la cámara de origen antes citado, alude, en términos también amplios, al concepto de salud de la OMS: “Según la Organización Mundial de la Salud ésta se define como el bienestar biológico, psicológico y social del individuo”, y menciona “servicios”, “alimentación suficiente”, “condiciones ambientales”. El diputado Viterbo Cortez Lobato, en su intervención, alude también a la definición de salud de la OMS y señala explícitamente que “el concepto de salud es más amplio y abarca las condiciones físicas y mentales del sujeto y aspira a establecer el armónico equilibrio de todas sus manifestaciones en el medio social”.

**(III) Papel activo del Estado y corresponsabilidad social.** Una nota distintiva del derecho a la salud que se desprende claramente del proceso legislativo es que le otorga un papel activo y protagónico del Estado en la procuración de la salud de los individuos y, a la vez, establece también la corresponsabilidad de la sociedad y de los individuos. La amplitud de la materia, referida en el inciso anterior, que incluye desde la prestación de servicios de salud, la regulación de productos, la educación e información y el financiamiento sin duda lo implica. Pero la Iniciativa señala explícitamente que “los recursos que el Estado y la sociedad destinan a la salud... muestran que es factible que en el mediano plazo los mexicanos tengan acceso a servicios institucionales que contribuyan a la protección, restauración y mejoramiento” de la salud de la población. Más adelante señala la corresponsabilidad entre el Estado, la sociedad y los interesados en la tutela de la salud: “... es una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados.” Más específicamente, la Iniciativa señala que:

“el carácter social de este derecho impone a los poderes públicos un deber correlativo al que consideramos se puede hacer frente, si existe solidaridad, responsabilidad pública, voluntad política y capacidad de ejecución. El sector público deberá poseer esos atributos para que el reiterado propósito de disponer de un Sistema Nacional de Salud, sea una realidad.”

Cabe destacar que el papel del Estado no se limita a la prestación de servicios de salud tendientes a tratar enfermedades y rehabilitación -lo que quedaría incluido en la idea de restauración de la salud-, sino a que incluye los rubros de protección y mejoramiento que remite a la prevención y al fomento de hábitos sanos. Esta caracterización de los distintos planos en que operan los servicios de salud a que refiere el constituyente permanente serán relevantes más adelante, pero por el momento se subrayan a fin de facilitar el análisis contenido en la segunda sección de éste apartado.<sup>5</sup>

**(IV) Eficacia progresiva del derecho.** Otra característica importante del derecho a la salud que se desprende del historial legislativo es que, desde un inicio, se planteó su eficacia como gradual y progresiva. La Iniciativa lo señala explícitamente<sup>6</sup>:

---

<sup>5</sup> El papel activo del Estado y la corresponsabilidad social en materia de salud fueron retomados en las discusiones legislativas. La Senadora Senties Ballesteros, en su intervención a nombre de las Comisiones dictaminadoras, señala que la Iniciativa “hace indispensable considerar como responsabilidad que comparte indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados. Sin la participación informada, solidaria y activa de los interesados no es posible que se conserve, recupere, incremente y proteja la salud;” Discusión en el Pleno del Senado del día 23 de diciembre de 1982.

<sup>6</sup> La Senadora Hoyos de Navarrete, en su intervención ante el Pleno del Senado apuntaba también al carácter gradual de la implementación plena del derecho: “...la Iniciativa de referencia implica establecer que el objetivo del



Si bien la garantía social que proponemos, vendría a enriquecer el contenido programático de la Constitución de Querétaro, compendio supremo del proyecto nacional, sabemos que **no implica que este derecho sea de cumplimiento automático**; pero tampoco su efectividad es propósito ingenuo y por ello inalcanzable. Por el contrario, los recursos que el Estado y la sociedad destinan a la salud (...) muestran que es factible que en mediano plazo los mexicanos tengan acceso a servicios institucionales que contribuyan a la protección, restauración y mejoramiento de sus niveles de salud.

**(V) Exigibilidad del derecho a la salud.** Quizá una de las implicaciones más importantes de la elevación de la salud a rango de derecho fundamental es su exigibilidad. La Iniciativa explícitamente señala que la expresión derecho a la protección de la salud implica “una responsabilidad” que comparte el Estado, que “impone a los poderes públicos un deber correlativo” al derecho otorgado a las personas. El lenguaje de la “responsabilidad” y del “deber correlativo” al derecho implican su exigibilidad. Pero quizá lo más relevante sea precisamente el uso del término “derecho” como derecho fundamental de las personas.<sup>7</sup>

### *La Reforma constitucional en materia de derechos humanos y la resolución de la Suprema Corte de la Nación sobre el control difuso constitucional*

El 10 de junio de 2011, se publicó una reforma que reconoce la progresividad de los derechos humanos mediante el principio *pro persona* para brindar una mayor protección constitucional a la población. El efecto principal de esta reforma es otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales que protegen los derechos humanos, incluyendo el derecho a la salud. El artículo 1º constitucional fue reformado para quedar como sigue:

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,

---

gobierno de la República es crear y desarrollar las condiciones ambientales para que todo mexicano tenga, en todas las etapas de su vida, los servicios necesarios que garanticen un desarrollo armónico de sus facultades físicas y mentales, permitiéndole una existencia digna y útil para la sociedad.” Énfasis añadido.

<sup>7</sup> La Senadora Senties de Ballesteros, hablando ante el Pleno del Senado por las Comisiones unidas de Puntos Constitucionales y de Salubridad señalaba con toda claridad la transformación hacia la exigibilidad que implicaba la consagración constitucional del derecho fundamental a la salud: “Los defectos del concepto de salud y del propio derecho social, como actividades altruistas, no se deben más que a las ideas dominantes en la materia, que daban a las leyes de protección un carácter de concesión graciosa del Estado, ideas que se han transformado en el desarrollo del derecho social que introduce un nuevo sentido.”

así como de las 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. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos...”

Adicionalmente, en el mismo sentido de otorgar una mayor protección constitucional, en los artículos 102 y 105 se estableció la facultad de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) para ejercitar acciones de inconstitucionalidad contra leyes locales y federales que vulneren derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por México.

En seguimiento a la reforma, la SCJN estableció una lista de los tratados internacionales (en los que participa) que ha ratificado el Estado mexicano en los que se reconocen derechos humanos, incluyendo la Carta de las Naciones Unidas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y específicamente en materia de Salud, el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT) y el Código Sanitario Pan-Americano<sup>8</sup>.

Como resultado de esta reforma constitucional, en agosto de 2011, Carlos Emilio Arenas, magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Nuevo León, declaró inconstitucional un artículo del Código Penal de esa entidad, convirtiéndose en el primer juez local en ejercer las facultades de control difuso de constitucionalidad. Por la reforma y el primer precedente judicial de este tipo y, adicionalmente, por la notoria resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla*, en octubre de 2011, la Suprema Corte fijó un criterio que establece que cualquier juez debe de dejar de aplicar disposiciones contrarias a los derechos humanos consagrados tanto en la Constitución como en tratados internacionales suscritos por el estado mexicano. Así, la Corte ha dictado una resolución que implica un viraje desde un sistema de control concentrado constitucional

---

<sup>8</sup> <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/>

hacia uno de control difuso<sup>9</sup>. Aunque en forma aún muy incipiente, el sistema de control difuso comienza a ser ejercido por instancias judiciales locales.<sup>10</sup>

En materia de salud, esto implica que los tratados internacionales donde se consagra el derecho a la salud se elevan a nivel constitucional y que adicionalmente mediante el control difuso, este derecho puede ser protegido no solo por el Poder Judicial de la Federación a través de la Suprema Corte, sino también por jueces federales, locales o administrativos si alguna ley o disposición va en contra de él.

### *El derecho a la salud de (ciertos) grupos vulnerables*

El texto constitucional contiene dos regulaciones especiales del derecho fundamental a la salud, ambas en torno a grupos vulnerables: a) los niños y niñas y b) los indígenas. A continuación se analizan los pasajes constitucionales específicos y se señalan las implicaciones de ésta regulación especial.

En el propio artículo 4º constitucional, en los párrafos sexto y séptimo, se establece los derechos de niños y niñas:<sup>11</sup>

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

En estos dos párrafos, el constituyente estableció una corresponsabilidad particular en la protección de la salud de los niños y niñas. Los ascendientes, tutores y custodios adquieren una corresponsabilidad directa en la satisfacción del derecho a la salud de niños y niñas. Se trata de una corresponsabilidad específica y directa, que no debe entenderse como sustitutiva de la responsabilidad estatal, sino, en todo caso, como

---

<sup>9</sup> Anteriormente existían dos tesis (Tesis de jurisprudencia P./J. 73/99 y la P./J. 74/99 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ) que prohibían el control difuso. Estas señalan que el control judicial de la constitución es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación y que el control difuso de la constitucionalidad de normas generales no está autorizado por el artículo 133 de la Constitución. Esto aseguraba que la SCJN fuera el único órgano que pudiera estimar la constitucionalidad de una norma.

<sup>10</sup> En el caso del magistrado Carlos Emilio Arenas, magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Nuevo León, se declara inconstitucional un artículo del Código Penal de esa entidad en el que basaron autoridades ministeriales para mandar a prisión a dos policías de la ciudad de Monterrey. El Artículo 219 de dicho código impone penas de dos a seis años de cárcel a los policías que no cumplan las disposiciones punitivas establecidas por sus superiores jerárquicos y no por el Congreso del Estado. El magistrado lo consideró inconstitucional y ordenó la inmediata libertad de los uniformados. En su sentencia absolutoria, el magistrado aplicó un control difuso de constitucionalidad bajo el argumento de que “la Constitución federal ordena que los delitos sólo pueden establecerse en las leyes, de tal forma que no se puede delegar la facultad de legislador a un superior jerárquico para que éste defina cuál es una conducta delictiva”. En su resolución, el magistrado “desaplicó” dos tipos penales del Código Penal del estado, que a su criterio contravenían en artículo 14 constitucional y el principio de legalidad.

<sup>11</sup> Esta inclusión data del año 2000.

complementaria a la corresponsabilidad social que el constituyente permanente entendía correspondía a la sociedad entera en materia de salud, como quedó expuesto arriba, pero que, en el caso de niños y niñas obliga en forma específica a los adultos responsables de su bienestar en primera instancia.

En lo referente al derecho a la salud de los indígenas, el artículo 2º constitucional establece lo siguiente:

La federación, los estados y los municipios, **para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria**, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos:

(...)

III. Asegurar el **acceso efectivo a los servicios de salud** mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente **la medicina tradicional**, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.

(...)

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

(...)

VIII. Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; **mejorar las condiciones de salud de las mujeres**; apoyar con programas especiales de educación y **nutrición** a niños y jóvenes de familias migrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.

Lo primero que salta a la vista es que la regulación especial y reforzada del derecho a la salud de los indígenas se orienta, específica y explícitamente, a combatir la desigualdad de hecho (igualdad de oportunidades) y la discriminación en contra de los indígenas. Esto es consistente con la orientación igualitaria del derecho a la salud, y simplemente reconoce la desigualdad particularmente pronunciada y la discriminación persistente que sufren los indígenas en nuestro país.

Además de este reforzamiento de la orientación igualitaria del derecho a la salud para el caso de los indígenas, los siguientes puntos deben resaltarse: i) enfatiza la necesidad de ampliar la cobertura de los servicios de salud, reconociendo nuevamente la inequidad de hecho que padecen la mayoría de los indígenas en México (el texto habla de “acceso efectivo”); ii) establece un mandato de reconocer y aprovechar la medicina tradicional, reconociendo las diferencias culturales en las acciones tendientes a proteger la salud en las distintas culturas que coexisten en nuestro país; iii) establece una protección aún más reforzada para las mujeres indígenas y, en específico las mujeres indígenas emigrantes; y iv) establece un mandato específico de apoyar la nutrición de niños y jóvenes indígenas emigrantes.

Ambas regulaciones especiales del derecho a la salud son consistentes con la regulación general del derecho a la salud y constituyen, simplemente un reforzamiento especial y específico del mandato a cargo del Estado de proteger la salud. El único cambio, significativo, al derecho a la salud, es el mandato de tomar en consideración prácticas culturalmente diversas de las dominantes en el sistema de salud nacional, mediante el reconocimiento de la medicina tradicional. En todo caso, se trata de una protección reforzada para los niños y niñas, y para los indígenas (especialmente las mujeres y niños).<sup>12</sup>

Un último grupo vulnerable para el cual encontramos a un constituyente preocupado en específico por proteger su salud es la población carcelaria. Se trata de un grupo en situación de vulnerabilidad por virtud del actuar del propio Estado, quien al imponerle un castigo penal que considera justificado, le priva de derechos fundamentales como el derecho al voto o la libertad de tránsito. El artículo 18, que regula el castigo penal, establece en su párrafo segundo:

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

A éste grupo cuyos derechos fundamentales son restringidos deliberadamente y en la perspectiva del Estado justificadamente, el constituyente permanente señala específicamente que el castigo impuesto deberá ser orientado, entre otras cosas, por la salud “como medio para lograr la reinserción del sentenciado en la sociedad”. Esto es, inclusive cuando el Estado restringe otros derechos fundamentales, reconoce que la salud es indispensable si el Estado ha de cumplir la función que pretende al encarcelar a los delincuentes. Esto implica que, en el diseño del constituyente, este

---

<sup>12</sup> No deja de ser revelador, que el constituyente establezca mandatos específicos de tutela para los menores de edad y de los indígenas.

derecho fundamental -a diferencia de otros como la libertad de tránsito y los derechos políticos- no puede ser derrotado inclusive cuando el Estado ha decidido imponer la más severa pena a su alcance, pues si lo derrotara, derrotaría su propia intención de prevenir el delito y reinsertar a los delincuentes en la sociedad.

*B) La salud como una prestación derivada de la relación laboral*  
Antes de ser establecido como un derecho fundamental de las personas en nuestro régimen constitucional, la salud fue una prestación derivada de y subsidiaria a los derechos laborales de los trabajadores. El artículo 123, que consagra los derechos y prestaciones laborales de los trabajadores, establece lo siguiente:

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A.- (...)

V.- Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos.

XV.- El patrón estará obligado a observar, de acuerdo con la naturaleza de su negociación, los preceptos legales sobre higiene y seguridad en las instalaciones de su establecimiento, y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores, y del producto de la concepción, cuando se trate de mujeres embarazadas. Las leyes contendrán, al efecto, las sanciones procedentes en cada caso.

(...)

XXIX. Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.

(...)

B.-

XI. La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

a) Cubrirá los accidentes y enfermedades profesionales; las enfermedades no profesionales y maternidad; y la jubilación, la invalidez, vejez y muerte.

b) En caso de accidente o enfermedad, se conservará el derecho al trabajo por el tiempo que determine la ley.

c) Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles.

d) Los familiares de los trabajadores tendrán derecho a asistencia médica y medicinas, en los casos y en la proporción que determine la ley.

Los derechos y prestaciones laborales vinculados con la salud se pueden clasificar en dos tipos. Por una parte, encontramos obligaciones o limitaciones a cargo del patrón (como las referentes a las mujeres embarazadas o la necesidad de cumplir con normas de higiene y seguridad en sus establecimientos). Por otra parte, se prevén regímenes de seguridad social para los dos tipos de trabajadores (los regulados por el Apartado A, y los regulados por el Apartado B). Así, la regulación concerniente a la salud derivada de las relaciones laborales establece restricciones al patrón, o prestaciones a favor del trabajador y a cargo del patrón, el Estado o el propio trabajador.<sup>13</sup> En todo caso, lo que caracteriza a los derechos y las prestaciones relacionadas con la salud derivados del artículo 123 es que son accesorios a la relación laboral, lo que automáticamente implica la exclusión de quienes no prestan trabajo personal subordinado. Como se vio, ésta exclusión, y lo mismo, la injusticia que de ella deriva, fue una de las motivaciones principales para la incorporación del derecho a la salud como derecho fundamental en el artículo 4º constitucional en vez de un derecho accesorio consecuente de una relación laboral formal. Como se referirá en la tercera sección de éste apartado, la exclusión e inequidad constituyeron

---

<sup>13</sup> Sobre las diferencias entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales ver Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, 2ª ed., 2001.

también las principales motivaciones para la creación del SPSS, como un vehículo para tutelar la salud de la población no participante en una relación laboral formal.

### *La salud como un bien constitucional.*

Una de las características más notables y relevantes de la regulación constitucional de la salud es que juega simultáneamente el papel de derecho fundamental (sea derivado o no) y de un bien constitucionalmente protegido. La relevancia constitucional de la salud como bien no es menor; el constituyente le otorga, en ocasiones, el papel de límite a otros derechos o valores constitucionales e, inclusive, encontramos que en ocasiones justifica, como pocos otros valores constitucionales, la restricción e inclusive el derrocamiento de otros derechos fundamentales. En los párrafos siguientes se señalarán los casos en los que la Constitución toma a la salud como un valor constitucional capaz de calificar a otros derechos fundamentales, sea limitándolos, reforzándolos o restringiéndolos.

### *La salud como criterio para reforzar otro derecho fundamental*

El artículo primero de la Constitución establece el derecho a la igualdad, señalando que todo individuo goza de las garantías que ésta otorga y precisando que sólo pueden ser restringidas conforme a su propio texto. Éste derecho, impone a las autoridades, y en particular al legislador, límites a la discrecionalidad con la que puede actuar. La Suprema Corte de Justicia, en jurisprudencia vinculante,<sup>14</sup> ha determinado que el derecho a la igualdad, derivado de la no discriminación consiste en "...la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido." Cuando una ley distingue entre personas, la distinción debe descansar en una base "objetiva y razonable". Para la Corte, la objetividad y razonabilidad de la distinción se determina aplicando tres criterios:

- a) Que la distinción persiga un fin objetivo y constitucionalmente válido (fin objetivo y constitucionalmente válido)
- b) Que la distinción sea un medio apto para alcanzar dicho fin (instrumentalidad); y
- c) Que la distinción no afecte bienes y derechos desproporcionadamente, esto es innecesaria o desmedidamente (proporcionalidad).

El texto del artículo 1º constitucional establece, como derivado del derecho a la igualdad, en el derecho a la no discriminación:

---

<sup>14</sup> IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Novena Época, Primera Sala, septiembre de 2006, Tesis: I 3/J.55/2006, jurisprudencia.



Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Como se aprecia, el texto constitucional establece una prohibición genérica a la discriminación - cualquier discriminación "que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas" está proscrita- y además establece, expresamente, prohibiciones específicas a los posibles motivos de la discriminación -entre las que se encuentran las condiciones de salud.

¿Qué sentido tiene esta doble prohibición, la genérica y las específicas? En una jurisprudencia<sup>15</sup> también vinculante, complementaria a la arriba citada, la Corte interpretó el texto constitucional como estableciendo dos niveles de escrutinio constitucional para las distinciones que diferencien entre las personas: uno a nivel ordinario, que debe satisfacer los criterios de objetividad y razonabilidad referidos más arriba, y un "escrutinio estricto" para ciertas "categorías sospechosas" -los "motivos" explícita y específicamente establecidos en el párrafo tercero del artículo 1º constitucional, entre los que encontramos a "las condiciones de salud". Para las categorías sospechosas, el escrutinio de constitucionalidad debe de ser reforzado; esto es, debe de satisfacer los siguientes criterios:

- a) Que la distinción persiga un fin imperativo y no sólo válido.
- b) Que la distinción sea medida directamente conectada con el fin perseguido.
- c) Que la distinción sea proporcional, comprobándose que los perjuicios ocasionados por el trato diferenciado no sean desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos.<sup>16</sup>

Se aprecia, entonces, que la salud -específicamente la condición de salud de una persona- funge como un bien que justifica el redoblamiento de la protección constitucional ante la discriminación. Los tres criterios de razonabilidad y objetividad son reforzados para las "categorías sospechosas": el fin perseguido por la distinción no sólo debe ser válido, debe ser imperativo; la medida no sólo debe ser conducente al fin, sino directamente conectada; y finalmente la proporcionalidad de la medida debe de ser

---

<sup>15</sup> IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1º. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). Novena Época, Primera Sala, abril de 2008, Tesis 1a./J. 37/2008, Jurisprudencia.

<sup>16</sup> IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA. Novena Época, Segunda Sala, junio de 2008, Tesis aislada 2a. LXXXIV/2008.

debidamente comprobada. La salud --al igual que otras condiciones, tales como la etnia, el género, el estado civil o la religión-- implica que las normas y políticas que establecen distinciones entre las personas tengan que superar un umbral de razonabilidad y objetividad más riguroso, por disposición expresa de la Constitución, haciendo del derecho a la no discriminación un derecho reforzado cuando la discriminación descansa sobre una categoría sospechosa, como son las condiciones de salud.

El hecho que el constituyente permanente haya establecido categorías sospechosas implica simultáneamente que se trata de categorías que frecuentemente sirven de base para la discriminación, sin duda. Pero también indican que se trata de circunstancias que el constituyente considera meritorias de protección reforzada frente a la discriminación, de bienes que merecen una tutela constitucional --vía el derecho a la no discriminación-- que no podían dejarse a la interpretación y, en consecuencia, debían quedar explícitamente plasmados en el texto constitucional.

### *La salud como bien constitucional que limita otros valores o derechos constitucionales*

La salud también cumple la función constitucional de límite a otros valores o derechos constitucionales. Por ejemplo, la trascendente reforma electoral del año 2007 consistió en la inserción de un “nuevo modelo de comunicación política” en el sistema electoral mexicano, en el que la propaganda política de partidos y el gobierno durante tiempos electorales tiene una regulación pormenorizada en el texto constitucional, orientada a garantizar la pluralidad de voces en un espacio tan delicado para la deliberación colectiva como lo son los medios masivos de comunicación, especialmente los electrónicos (radio y televisión).<sup>17</sup> El artículo 41, apartado C, párrafo segundo contiene una parte fundamental de éste nuevo modelo de comunicación política:

Durante el tiempo que comprendan las campañas electorales federales y locales y hasta la conclusión de la respectiva jornada comicial, deberá suspenderse la difusión en los medios de comunicación social de toda propaganda gubernamental, tanto de los poderes federales y estatales, como de los municipios, órganos de gobierno del Distrito Federal, sus delegaciones y cualquier otro ente público. Las únicas excepciones a lo anterior serán las campañas de información de las autoridades electorales, las

---

<sup>17</sup> Es difícil exagerar la importancia de la regulación electoral para el régimen político y el sistema constitucional en su conjunto. La transformación del régimen electoral ha sido una de las preocupaciones recurrentes del constituyente permanente en las últimas tres décadas y en él encontramos las claves para interpretar no sólo el diseño orgánico de los poderes en nuestro sistema constitucional, sino inclusive porciones muy relevantes de su contenido dogmático, como el régimen constitucional de la libertad de expresión.

relativas a servicios educativos y de salud, o las necesarias para la protección civil en casos de emergencia.

La regulación que da forma al nuevo modelo de comunicación política, justifica restricciones al ejercicio del derecho a la libre expresión de actores específicos (el gobierno en sus distintos niveles, en este caso), durante los procesos electorales. La restricción se explica a fin de garantizar la pluralidad de voces. El constituyente consideró justificado moderar las voces dominantes en la deliberación pública -voces dominantes como la del gobierno— en aras de asegurar que las voces disidentes no fuesen desplazadas o silenciadas por una más dominante.<sup>18</sup> La pluralidad resulta así valor total del régimen de libertad de expresión por ser indispensable para la deliberación colectiva, y en consecuencia para la democracia y, en consecuencia el autogobierno.

Éste valor (pluralidad) y el conjunto de valores con el que se vincula (autogobierno, deliberación colectiva, democracia), resulta tan importante para el constituyente que justifica la restricción del ejercicio de la libertad de expresión de las instancias representativas de la comunidad política en tiempos electorales. Pues bien, la excepción de dicho valor, a su vez, es derrotada por la salud: el constituyente previó una excepción explícita para la comunicación gubernamental relativa a servicios de salud y educación, justificada además sólo en casos de emergencia para la protección civil. Esta excepción pone de manifiesto el peso otorgado a la salud por el constituyente: le permite espacios vedados a otros temas pues resulta suficientemente importante como para exceptuar el régimen de comunicación que está en la base de los mecanismos constitucionales mediante los cuales se conforman los poderes públicos.

### *La salud como valor que derrota a otro derecho fundamental o al sistema constitucional ordinario*

Quizá la característica más ilustrativa del peso de la salud en nuestro sistema constitucional sea la capacidad que el constituyente le otorga de derrotar otros derechos fundamentales o circundar el régimen constitucional mismo. El constituyente contempla dos formas distintas en que la salud alcanza a derrotar otros derechos fundamentales o que le autoriza pasar por encima del funcionamiento ordinario del sistema constitucional. En uno, contempla excepciones acotadas y predeterminadas, pero permanentes a un derecho fundamental; el segundo es excepcional, distinto a la suspensión de garantías, y lo conforma el caso del dictado de medidas sanitarias de emergencia sin satisfacer los requisitos constitucionales ordinarios.

---

<sup>18</sup> Para entender el modelo de comunicación política adoptado por nuestra constitución ver Owen M. Fiss, *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2010 y *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, Cambridge, 1998.

En el primer supuesto encontramos dos casos. El artículo 16, párrafo segundo, prevé una excepción al derecho fundamental a la protección de la intimidad, la privacidad y el libre desarrollo de la personalidad, pues contempla que la protección de datos personales puede ser exceptuada por la regulación en materia de salud pública (entre otros):

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

Por otra parte, encontramos en el artículo 22 que la salud justifica la excepción al derecho a la propiedad, autorizando la confiscación en casos de delitos contra la salud. El texto del artículo 22 es el siguiente:

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas:

- I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;
- II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes:
  - a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la

responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.

b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.

c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.

Como se puede apreciar, el artículo 22 protege, entre otros valores y derechos, la propiedad, prohibiendo las penas que impliquen la confiscación de bienes de los sentenciados. Sin embargo, el propio artículo 22 contempla un régimen diferenciado de sanciones, en que el Estado tiene mayor libertad para sancionar y los ciudadanos menor protección constitucional. Éste régimen permite la confiscación de bienes por parte del Estado, mediante una ficción jurídica en la que expresamente señala que para efectos jurídicos no se le considerará como tal, a la extinción de dominio de bienes que hayan servido como instrumento, objeto o producto de delitos cuya afectación recae sobre el bien jurídicamente tutelado que es la salud.

El mecanismo especial referido arriba lo encontramos en el artículo 73, que en su fracción XVI establece que el Congreso tiene facultad para dictar leyes en materia de salubridad general, pero contempla una autoridad -el Consejo de Salubridad General- y un régimen especial para posibilitar la toma de medidas necesarias en materia de salud:

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

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

2a.- En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, 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.

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

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

Esta cláusula constitucional contempla un régimen realmente excepcional en nuestro sistema constitucional. Este procedimiento es potencialmente más amplio y expedito que la suspensión de garantías y otorga al Consejo de Salubridad General la capacidad de pasar por encima tanto de los procedimientos y requisitos que las autoridades deben satisfacer conforme al régimen constitucional ordinario, así como de los derechos fundamentales. Esta excepción, cuyos efectos son los de derrotar derechos fundamentales y el régimen constitucional ordinario, fue establecido por el constituyente a fin de facultar a una instancia para dictar las medidas necesarias para prevenir las consecuencias de epidemias o enfermedades en forma ejecutiva e inmediatamente, sin pasar por los mecanismos de decisión y representación política que establece la constitución.

Esta excepción también se puede apreciar en el artículo 11 constitucional dónde el derecho a la salud también derrota al derecho de libre tránsito:

Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

De nuevo las leyes de salubridad general si pueden limitar o derrotar este derecho para evitar un mayor mal como puede ser evitar que el libre tránsito conlleve al esparcimiento de alguna enfermedad o que se multiplique una epidemia con más velocidad.

La existencia de éste sistema pone de manifiesto la relevancia de la salud como bien constitucional de peso excepcional. Se trata no sólo de un bien con el peso suficiente como para limitar y exceptuar derechos fundamentales, sino con el peso suficiente como para exceptuar al régimen constitucional ordinario mismo.

## ***El derecho fundamental a la salud***

### *A) De norma programática a derecho exigible: niveles de obligación a cargo del estado*

Los derechos fundamentales son expectativas legítimas derivadas de una norma jurídica que una persona tiene frente la autoridad para que ésta se abstenga de realizar alguna conducta que le afectare negativamente, o bien para que realice cierta conducta que le beneficie.<sup>19</sup> Un derecho fundamental implica una obligación a cargo del Estado de hacer o de abstenerse de hacer algo.

Tradicionalmente, nuestra doctrina constitucional partía de la distinción entre obligaciones de hacer y de no hacer para construir una clasificación binaria de los derechos fundamentales. Acorde con ésta clasificación, se identificaba, por lo general, a los derechos civiles y políticos con obligaciones de no hacer por parte del Estado, y a los derechos económicos, sociales y culturales -como el derecho a la salud- con un hacer; esto es, con la obligación del Estado de destinar recursos a fin de proveer una prestación a favor de los titulares de dichos derechos. Bajo ésta lógica, se entendía que los derechos sociales implicaban prestaciones y, en consecuencia, erogaciones presupuestales por parte del Estado, mientras que los derechos civiles y políticos, al involucrar sólo abstenciones (v.g. no censurar, no expropiar sin causa justificada), no implicaban erogaciones y, en consecuencia, eran conductas exigibles al Estado. Los derechos económicos, sociales y culturales eran considerados derechos en un sentido débil o impropio bajo el argumento de que inevitable la escasez relativa de recursos implicaba, necesariamente, que no todas las prestaciones podían extenderse a todas las personas. Así, las prestaciones que constituían el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales no podrían ser exigidos del Estado pues este no tendría la capacidad de satisfacerlos todos y, en consecuencia, la discrecionalidad sobre cuales, cuándo y cómo otorgar las prestaciones correspondía al Estado mismo, no a los particulares. En otras palabras: los derechos que involucrasen erogaciones presupuestales debían de considerarse normas programáticas o imperativos programáticos no exigibles, y en consecuencia, no susceptibles de ser considerados propiamente derechos. Bajo esta forma de entender los derechos, la función de los derechos económicos, sociales y culturales consistía en orientar el desarrollo de las políticas públicas y facultar al gobierno a actuar en su consecución, no la establecer derechos exigibles a favor de los individuos.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Para una definición técnica de los derechos fundamentales ver Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, 2ª ed., 2001, pp. 37 a 41.

<sup>20</sup> Sobre esta forma de entender los derechos fundamentales, ver, por ejemplo, José Gamas Torruco, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 2001.

Nuestra forma de entender los derechos fundamentales ha cambiado mucho en años recientes. El desarrollo en la doctrina de los derechos fundamentales, en particular lo referente a los derechos económicos, sociales y culturales, ha tenido una enorme influencia del derecho internacional de los derechos humanos (ver apartado correspondiente de éste informe). La teoría constitucional contemporánea, abrevando de las discusiones en torno a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito internacional y regional permite entender a los derechos fundamentales en forma más rica y compleja de lo que permitían la distinción binaria entre hacer y no hacer y su correspondiente clasificación binaria entre derechos exigibles.<sup>21</sup> Hoy se reconoce que aquellos derechos fundamentales que se identificaban con un no hacer -como el derecho a la propiedad- implican también distintos tipos de hacer, que a su vez involucran gastos considerables por parte del Estado. Por ejemplo, para dar viabilidad al derecho a la propiedad, el Estado debe establecer y mantener registros públicos de la propiedad así como sufragar los costos del establecimiento de juzgados a fin de tutelarla eficazmente. Asimismo, se reconoce que los derechos económicos, sociales y culturales se traducen, generalmente, en obligaciones de hacer a cargo del Estado -prestar servicios de salud, financiar vivienda económica- pero que también implican, como mínimo, obligaciones de no hacer - no dañar la salud, no privar de la vivienda a las personas, etc. La existencia de todas estas obligaciones, nos dice la Suprema Corte, implica también que la distinción entre derechos exigibles y normas programáticas ha sido superada: todos los derechos fundamentales son exigibles de alguna forma.<sup>22</sup>

En síntesis, hoy entendemos que los derechos fundamentales, todos, implican una multiplicidad de obligaciones de distinta naturaleza a cargo del Estado, que van desde la no intervención o no afectación del goce de un bien (el no hacer), hasta la provisión de bienes o servicios directamente, pasando distintos grados de hacer que implican mayor o menor aportación de recursos. Hoy podemos hablar de distintos niveles de obligaciones a cargo del Estado: la obligación de respetar - esto es, de no afectar -, la obligación de proteger - esto es, de cuidar que terceros no afecten -, obligaciones de garantizar - esto

---

<sup>21</sup> A mayor abundancia ver Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2004, capítulo 1.

<sup>22</sup> Al respecto, ver la discusión en el pleno y la sentencia del recurso de apelación 315/2010 de la SCJN, el caso conocido como *Balderas Woolrich*, resuelto el 28 de marzo de 2011. En esta sentencia la SCJN señala que el interés jurídico del derecho a la salud “incluye no solamente la obligación estatal de respetar, sino la obligación de proteger y la de cumplir o favorecer. Como hemos visto, la obligación de proteger implica que los Estados deben adoptar medidas para impedir que los particulares frustren el disfrute del derecho por parte de todos y, en particular, velar por que terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud.” Por mayoría de 6 contra 5 votos, se rechazó la distinción entre derechos exigibles y normas programáticas, afirmando la exigibilidad de todos los derechos. Además, esta es la primera sentencia que en épocas recientes sostiene que el interés jurídico no solo lo tienen los sujetos que son regulados por una ley sino cualquier tercero que es afectado en su derecho fundamental (en este caso el derecho a la salud).



es, asegurar que el titular de un derecho acceda a un bien determinado -, y, finalmente, obligaciones de promover - esto es, establecer condiciones para que los titulares del derecho accedan a un bien.<sup>23</sup> No todo derecho implica todo nivel de obligación, pero distintos niveles normalmente se ven involucrados en hacer efectivo cada derecho.

Si enfocamos -por ejemplo- el derecho a la salud, tenemos que el Estado puede desplegar una multiplicidad de conductas de distinto tipo que se deben considerar como satisfaciendo éste derecho en alguna manera. El Estado puede (debe) respetar -no dañar- la salud de los ciudadanos evitando realizar actividades que vulneren o pongan en riesgo directamente la salud de las personas, como, por ejemplo, promocionando actividades dañinas para la salud, como subsidiar productos de tabaco o publicitando bebidas de alto contenido calórico y bajo contenido nutricional; puede (debe) también proteger, por ejemplo restringiendo la publicidad de productos nocivos para la salud, como el tabaco o el alcohol, y exigiendo que éstos contengan advertencias suficientes para informar al consumidor; puede (debe) garantizar, proveyendo directamente servicios de salud -p.e. la vacunación- a quién los necesita y no es capaz de proveerlos por sí mismo; y puede (debe) también promover, por ejemplo, informando de forma que las personas puedan proteger su salud, o estableciendo mecanismos financieros o incentivos fiscales vinculados a mecanismos de financiamiento para que las personas con recursos escasos puedan acceder a servicios médicos a los que, de otra manera, no accederían (mas no proveyéndolos directamente).

Las conductas concretas que el Estado puede desplegar son tan abundantes como la creatividad gubernamental y los recursos accesibles lo permitan y la clasificación referida no debe tomarse como un parámetro rígido, sino como una herramienta de análisis para comprender el actuar Estatal y mejor desplegarlo o exigirlo. En consecuencia, sirve como referente para el diseño, análisis y, en última instancia, exigibilidad de derechos como el derecho a la salud.

El Estado mexicano reconoce hoy que la provisión de servicios de salud no agota el derecho a la salud: el respeto de la salud<sup>24</sup>, la protección de las

---

<sup>23</sup> Es importante señalar que la clasificación de distintos niveles de obligación a cargo del Estado más frecuente, sobre todo en la doctrina internacional de los derechos humanos es tripartita, estableciendo obligaciones de respetar, proteger y garantizar. Aquí se adopta la división tetrapartita (respetar, garantizar, proteger y promover) articulada por van Hoof, citado en Abramovich y Courtis, supra nota 24, página 28, por dos razones. Primero, porque nos parece que la clasificación tetrapartita es analíticamente más útil en la medida en que permite distinguir entre políticas de fomento -como por ejemplo el modelo de aportaciones personales subsidiadas por el estado que originalmente preveía el Seguro Popular, o bien sistemas de financiamiento de vivienda como el INFONAVIT- y políticas de prestación directa -por ejemplo, las campañas de vacunación de menores-. En segundo lugar -y no por ello menos importante- porque como se menciona más abajo nuestro texto constitucional, a partir de la reforma aludida de 2011, expresamente emplea ésta clasificación..

<sup>24</sup> Como abstención, se podrían señalar infinitas instancias en que el Estado “respetar” la salud de las personas, por lo que no se ofrecen ejemplos concretos aquí.

amenazas a la salud por parte de terceros<sup>25</sup> y el fomento de la salud a través de la educación y la información<sup>26</sup>, por ejemplo, son conductas que el Estado ha desplegado desde distintas instancias. Asimismo, la provisión de servicios médicos -la provisión directa de del bien-, la conducta que más directamente implica una erogación presupuestal por parte del Estado ya ha resultado exigible en tribunales<sup>27</sup>. Específicamente, a raíz de la reforma constitucional de 2011, nuestro sistema constitucional debe ser interpretado partiendo de esta forma de entender los derechos fundamentales. Al texto del artículo primero, en su párrafo tercero, se incorporó explícitamente la distinción entre los distintos niveles de obligación a cargo del Estado que derivan de los derechos fundamentales:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de **promover, respetar, proteger y garantizar** los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En conclusión, hoy debemos de analizar los derechos fundamentales (en específico al derecho a la salud) y las políticas públicas orientadas a satisfacerles, a partir de un modelo complejo, que reconoce la multiplicidad de medidas mediante las cuales el Estado puede y debe tutelarle. Además, es preciso dejar de lado la distinción dogmática entre derechos exigibles -los civiles y políticos- y derechos no exigibles -los económicos, sociales y culturales- para reconocer que todos participan de la misma complejidad y que su exigibilidad debe de ser valorada en función de la medida concreta que pretende satisfacerles.

## B) Concurrencia y progresividad

La Constitución establece dos sistemas distintos de distribución de competencias: el excluyente y el concurrente. El excluyente, consagrado en el artículo 124, divide nítidamente las facultades que corresponden a la

---

<sup>25</sup> Por ejemplo, la Ley para la Protección de los No Fumadores en el Distrito Federal, en su artículo 10, protege a los no fumadores de la afectación a la salud derivada del consumo de tabaco de segunda mano, al prohibir fumar en espacios públicos cerrados, entre otros.

<sup>26</sup> Por ejemplo, la Ley General para el Control del Tabaco, en sus artículos 18 y 19 obligan a los productores de tabaco -sustancia para la que no existen niveles de consumo seguro- a advertir sobre el contenido del producto y los efectos de su consumo, por medios eficaces como los pictogramas, informando así al consumidor y, a través de la información, fomentando el cese del consumo de la sustancia.

<sup>27</sup> Al respecto, ver la sentencia del amparo 1157/2007 por el Juez Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero dictada en julio de 2008. El caso, conocido generalmente como Caso Mini Numa, fue innovador en muchos sentidos. En primer lugar, sentenció a las autoridades estatales a dotar a la casa de salud de la comunidad Mini Numa de acondicionamiento, mobiliario y medicamentos, a ofrecer servicios médicos específicos (los precisados en el Modelo Integrador de Atención a la Salud, establecido por el propio estado); asimismo, a dotar a la cabecera municipal (Metlatonoc) de un inmueble, personal y medicamentos, precisando que la falta de presupuesto no justificaría el incumplimiento. El caso fue relevante pues reconoció a los quejosos como representantes de la comunidad, estableciendo las bases para el reconocimiento de un interés colectivo.

federación, de las facultades que corresponden a las entidades federativas.<sup>28</sup> El concurrente, es establecido caso por caso en diversos preceptos constitucionales y fue introducido con posterioridad. Conforme al régimen concurrente la Federación y las entidades federativas, o bien la Federación, las entidades federativas y los municipios participan conjunta y coordinadamente.

Cómo funciona exactamente el régimen de concurrencias ha sido poco esclarecido a nivel constitucional. El texto constitucional es escueto al establecer las materias concurrentes y la Suprema Corte ha interpretado el régimen concurrente en escasas ocasiones y en forma acotada y lejos de poder calificarse de exhaustiva. La doctrina, por su parte, poco ha elaborado y comúnmente ha asemejando el régimen concurrente al excluyente, con la salvedad de que en lugar de ser el constituyente permanente quien determina qué facultades le corresponden a quién, es el legislador ordinario federal quien goza de esa prerrogativa; en otras palabras, según la doctrina tradicional: el constituyente permanente habría delegado al legislador ordinario federal la facultad de delimitar sus propias facultades en las materias concurrentes y, en consecuencia, determinar la competencia de las entidades federativas también.<sup>29</sup> Esta interpretación hace poco sentido y es resulta difícil de sostener a la luz de las más recientes interpretaciones de la Suprema Corte, como se verá en unas líneas más.

La escasa explicación constitucional y exploración jurisprudencial de la concurrencia en nuestro régimen constitucional hace que cualquier interpretación de la misma sea necesariamente tentativa. Esto no quiere decir que nada pueda decirse sobre el régimen concurrente de ciertas materias; simplemente habrá que aceptar que, por el momento, apenas se esboza el perfil que habrá de adquirir dicho régimen conforme al Suprema Corte o el constituyente permanente lo vayan precisando. A continuación se ofrecen los parámetros que la Suprema Corte ha establecido. A raíz de una controversia constitucional en materia de educación (una de las materias que, como la

---

<sup>28</sup> El texto del artículo 124 constitucional dice: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.” El artículo habla de “Estados”, no de “entidades federativas”, sin embargo fue redactado antes de que el Distrito Federal tuviese órganos de gobierno propios, cuando era administrado a través de un Departamento Administrativo subordinado al Ejecutivo Federal. Con la creación de órganos de gobierno propios del Distrito Federal, se estableció un régimen complejo en el que coexisten 5 órganos de gobierno distintos: un poder judicial, dos ejecutivos y dos legislativos. Esto es así porque tanto el Ejecutivo Federal como el Congreso de la Unión retienen facultades de gobierno en el Distrito Federal, pero lo hacen en un carácter de órganos de gobierno locales, no federales. Las facultades legislativas se distribuyen en el Distrito Federal conforme a un criterio semejante al del artículo 124 constitucional: lo expresamente otorgado a la Asamblea Legislativa le corresponde; todo lo demás le corresponde al Congreso de la Unión (en su calidad de órgano de gobierno local). Así, las facultades no otorgadas a la Federación, deben entenderse reservadas al Distrito Federal, como entidad federativa que es; pero ya en el ámbito local, se distribuyen de forma que las facultades residuales quedan en el Congreso de la Unión en calidad de órgano local, y las expresamente conferidas radican en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

<sup>29</sup> Ver como ejemplos, Ignacio Burgoa, *Derecho constitucional mexicano*, 9ª ed., Porrúa, México, 1994 y Gamás Torruco, *op. cit.*

salud, es concurrente en nuestro régimen constitucional), la Suprema Corte estableció que:

...en el sistema jurídico mexicano las facultades concurrentes implican que las entidades federativas, incluso el Distrito Federal, los Municipios y la Federación, puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general.<sup>30</sup>

De la jurisprudencia citada, parecería a primera vista que la lectura ofrecida por la doctrina del régimen de competencias concurrentes es medianamente acertado, pero sin excluir la posibilidad de que ciertas facultades correspondan a los distintos niveles de gobierno. Sin embargo, en el mismo fallo en que fue establecida ésta jurisprudencia, la Suprema Corte estableció otras de enorme relevancia señalando que las entidades federativas pueden ir más allá de lo establecido en la constitución siempre y cuando coincida con los principios constitucionales que orientan la materia y precisando que no existe limitación alguna a los derechos que las entidades puedan otorgar a la ciudadanía.<sup>31</sup> Ésta interpretación ha sido frecuentemente referida a través de la siguiente metáfora: la federación establece un piso regulatorio, no un techo, por lo que las entidades federativas pueden ir más allá de dicho de la regulación federal pero respetando siempre el mínimo establecido por la federación.<sup>32</sup>

La posibilidad de las entidades federativas de ensanchar la regulación ha sido confirmada más recientemente por la Suprema Corte y específicamente en materia de salud. Al resolver una acción de inconstitucionalidad (la 119/2008) en contra de la regulación local del Distrito Federal en materia de control del tabaco, la Corte confirmó y precisó los criterios adoptados en el ámbito de la educación en dos criterios vinculantes. Por su relevancia para el derecho fundamental que nos ocupa, a continuación se citan las

---

<sup>30</sup> FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES. Novena Época, Pleno, noviembre de 2001, jurisprudencia derivada de la Controversia constitucional 29/2000.

<sup>31</sup> EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 9o. DE LA LEY RELATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, NO TRANSGREDE EL ORDEN CONSTITUCIONAL, PUES EL CRITERIO QUE ORIENTARÁ LA EDUCACIÓN QUE IMPARTA EL GOBIERNO DE ESA ENTIDAD ES COINCIDENTE CON DIVERSOS PRINCIPIOS RECTORES DEL ESTADO ESTABLECIDOS EN LA LEY FUNDAMENTAL. y EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 4o. DE LA LEY RELATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DEL GOBIERNO DE DICHA ENTIDAD DE PRESTAR, ADEMÁS DE LA EDUCACIÓN PRIMARIA Y SECUNDARIA, LA PREESCOLAR Y MEDIA SUPERIOR, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 3o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL ambas jurisprudencias corresponden a la Novena Época, Pleno, noviembre de 2001, jurisprudencia derivada de la Controversia constitucional 29/2000.

<sup>32</sup> La obligación de las entidades federativas de respetar el piso establecido por la Federación, inclusive cuando haya sido establecido por vía de la facultad reglamentaria fue confirmado en la sentencia que recayó sobre la controversia constitucional 54/2009, en que el gobernador de Jalisco impugnó la NOM-046-SSA-2005, referente a la atención a mujeres víctimas de violencia y el uso de anticoncepción de emergencia.

jurisprudencias derivadas del caso. La primera estableció que las entidades federativas retenían la facultad de regular una materia regulada por una disposición federal, inclusive de forma divergente:

Tomando en cuenta que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene facultades para aumentar las prohibiciones e imponer sanciones en materia de protección a la salud de los no fumadores, es evidente que no está obligada a regular las áreas libres de humo de tabaco en idénticos términos que los de la Ley General para el Control del Tabaco, sin que obste para ello que el artículo cuarto transitorio del Decreto por el que se expide dicha Ley disponga que las entidades federativas y los Municipios deberán adecuar sus normas para hacerlas congruentes con dicho ordenamiento, pues ese precepto no puede entenderse como una obligación de reproducir a nivel local los preceptos de la Ley General, sino como el deber de incorporar el mínimo de protección que ésta garantiza.<sup>33</sup>

La segunda jurisprudencia estableció explícitamente que la regulación federal fungía como “plataforma mínima”, retomando la metáfora del piso regulatorio, y señalando que el sentido mismo de la concurrencia era abrir la posibilidad a la actuación simultánea y complementaria de las entidades federativas y la federación.

Las leyes generales son normas expedidas por el Congreso de la Unión que distribuyen competencias entre los distintos niveles de gobierno en las materias concurrentes y sientan las bases para su regulación, de ahí que no pretenden agotar la regulación de la materia respectiva, sino que buscan ser la plataforma mínima desde la que las entidades puedan darse sus propias normas tomando en cuenta su realidad social. Por tanto, cumpliendo el mínimo normativo que marca la ley general, las leyes locales pueden tener su propio ámbito de regulación, poniendo mayor énfasis en determinados aspectos que sean preocupantes en una región específica. Si no fuera así, las leyes locales en las materias concurrentes no tendrían razón de ser, pues se limitarían a repetir lo establecido por el legislador federal, lo que resulta carente de sentido, pues se vaciaría el concepto mismo de concurrencia. En este sentido, las entidades federativas pueden aumentar las

---

<sup>33</sup> ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL. NO ESTÁ OBLIGADA A REGULAR LAS ÁREAS LIBRES DE HUMO DE TABACO EN LOS MISMOS TÉRMINOS QUE LOS DE LA LEY GENERAL PARA EL CONTROL DEL TABACO. Novena Época, Pleno, febrero de 2010 P./J. 7/2010, jurisprudencia.

obligaciones o las prohibiciones que contiene una ley general, pero no reducirlas, pues ello haría nugatoria a ésta.<sup>34</sup>

La intención del Constituyente al instituir materias concurrentes fue la de ampliar el universo de autoridades que pudieran actuar en ellas, siempre que lo hicieran coordinadamente.<sup>35</sup> Si aceptamos la concurrencia como teniendo por fin el ampliar la participación de distintas instancias gubernamentales a fin de procurar la satisfacción de ciertas necesidades ciudadanas complejas (en su mayoría, vale la pena resaltar, derechos fundamentales como la salud y la educación), entonces puede ser regulado por cualquier autoridad dentro de su ámbito, siempre que respete los parámetros de coordinación establecidos por la federación y, en específico la plataforma mínima de regulación. No es de extrañar que, tratándose de derechos fundamentales regulados bajo un sistema de facultades concurrentes, las entidades federativas pueden regular las mismas materias reguladas en la Ley General, o en leyes federales, siempre que no vayan por debajo de lo allí establecido en detrimento del gobernado sino que, avanzando en el sentido marcado por la Constitución y la ley marco, otorguen mayores garantías o ensanchen los derechos de los gobernados.

Serían entonces dos las condiciones que se requieren para considerar constitucional una legislación local que dispone una regulación diversa a la establecida en la ley marco que rige la materia concurrente de que se trate:

- (a) Primero, que coincida en el sentido de los principios establecidos en la Constitución (y la ley marco aplicable);
- (b) Segundo, que amplíe a los derechos fundamentales regulados, no los disminuya.

Esta forma de entender la concurrencia tiene la virtud agregada de coincidir con el principio de progresividad de los derechos sociales, económicos y culturales, pues permite que las entidades federativas puedan ensanchar los derechos fundamentales de que se trata a ritmos diferenciados, conforme a las posibilidades que sus instituciones y sus sociedades lo permitan. De ésta forma, las entidades con mayor capacidad, podrán avanzar en la concreción de los derechos sociales más rápidamente, manteniendo siempre un mínimo indispensable que funja como piso de equidad.

La concurrencia tiene hoy un elemento más de complejidad del que tenía en su origen, y que apenas comienza a tomar forma: se trata de la competencia concurrente penal en materias concurrentes. Mediante una

---

<sup>34</sup> LEYES LOCALES EN MATERIAS CONCURRENTES. EN ELLAS SE PUEDEN AUMENTAR LAS PROHIBICIONES O LOS DEBERES IMPUESTOS POR LAS LEYES GENERALES. Novena Época, Pleno, febrero de 2010 P./J. 5/2010, jurisprudencia.

<sup>35</sup> PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LA EXPEDICIÓN DE LA LEY RELATIVA NO INVADE FACULTADES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN. Novena Época, Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, noviembre de 2004, jurisprudencia.

reforma constitucional al artículo 73, fracción XXI aprobada en el año 2005 se estableció que:

En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales;<sup>36</sup>

Es precisamente en materia de salud que ésta cláusula ha sido ejercida por primera ocasión. A través la colección de reformas legislativas conocidas como Ley de Narcomenudeo, en el año 2009, se estableció la concurrencia federal y local en la persecución de ciertos delitos contra la salud (esto es, delitos relacionados con drogas prohibidas).<sup>37</sup> Quedan aún muchas preguntas abiertas sobre éste tema específico, principalmente si la concurrencia implica la *facultad* o bien la *obligación* de las entidades federativas de perseguir delitos federales y las formas en qué esto se puede dar. El texto constitucional parece indicar claramente que se trata de un facultamiento y no una obligación -pues usa la palabra “podrán”, no “deberán”-; sin embargo, la Ley de Narcomenudeo es ambigua y contradictoria, por lo que en su aplicación -que apenas comienza- veremos una oportunidad para que las

---

<sup>36</sup> El Artículo 73, fracción XXI señala: “El Congreso tiene facultad: (...) Para establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse; expedir una ley general en materia de secuestro, que establezca, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios; así como legislar en materia de delincuencia organizada.

Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales;

En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales;” Este último párrafo fue adicionado en la reforma constitucional del 28 de noviembre de 2005.

<sup>37</sup> La Suprema Corte emitió su primera interpretación tanto de la Ley de Narcomenudeo como del texto constitucional que establece la concurrencia penal en materias concurrentes, como la es la de salud, en un conjunto de acciones de inconstitucionalidad interpuestas por la Procuraduría General de la República en contra de las reformas locales de los estados de Baja California, Campeche, Jalisco y Quintana Roo que pretendían concretar a nivel local la Ley de Narcomenudeo (Acciones de Inconstitucionalidad 33/2010, 20/2010, 3/2011 y 21/2010 respectivamente). Campeche abordó, como problema central, la regulación sustantiva de los delitos contra la salud y su persecución en el ámbito local. Campeche había introducido variaciones locales a la determinación de penas establecida en la LGS. En términos generales, la determinación de la Suprema Corte fue que la regulación sustantiva de los delitos contra la salud era competencia exclusiva de la Federación, mientras que las normas procesales mediante las cuales se conocerán, perseguirán y regularán los delitos a nivel local son competencia de las entidades federativas. En consecuencia, podemos decir que, en materia de delitos contra la salud, la federación decide qué se persigue, quién lo persigue y cómo se sanciona, pero corresponde a las entidades federativas -cuando son ellas las encargadas de perseguir los delitos- cómo, cuándo y de qué formas se persiguen. Este esquema permite a las entidades federativas determinar sus propias políticas internas de persecución del delito que -a la luz del principio de oportunidad consagrado en el artículo 21 constitucional- abren la puerta para políticas de salud incluyendo de focalización, reducción de riesgos y daños y minimización del uso del aparato penal en delitos contra la salud a nivel local.

autoridades correspondientes -judiciales o legislativas- aclaren cómo funcionará la concurrencia penal en nuestro régimen constitucional.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Para mayor abundamiento sobre los retos y posibles interpretaciones de la concurrencia en materia penal ver Alejandro Madrazo Lajous, “La ley” en Aguilar Camín et al. *Más allá de la guerra de las drogas*, Ediciones Cal y Arena-Secretaría de Planeación del Gobierno de Jalisco, 2012, capítulo 6.



## *Conclusiones*

---

Sí el derecho a la salud cumple distintas funciones dentro del régimen constitucional, la más importante en su rol de derecho fundamental. Desde la inclusión de este derecho como derecho fundamental en 1983, se puede hablar de una garantía individual que se rige por el sistema de facultades concurrentes entre distintos niveles de gobierno. Como se analizó anteriormente, es un derecho con algunas características fundamentales: la orientación igualitaria (universalidad y equidad), la concepción amplia de salud, el papel activo del Estado y la corresponsabilidad social en el cumplimiento del derecho, la progresividad, y la exigibilidad. A estas dos últimas características se le ha dado aún más importancia desde la reforma constitucional en materia de derechos humanos y la resolución de la SCJN sobre el control difuso constitucional del 2011, donde permite que cualquier juez declare inconstitucional cualquier ley o disposición que vaya en contra de este derecho.

El texto constitucional contiene regulaciones especiales en torno a grupos vulnerables para otorgar una mayor protección al derecho fundamental a la salud. Los niños y niñas, los indígenas y hasta cierto modo la población carcelaria, reciben un régimen particular que refuerza el marco normativo para ejercer de manera igualitaria su derecho.

El derecho a la salud funge también como una prestación derivada de la relación laboral. Antes de la inclusión del derecho como derecho fundamental, el derecho a la salud era principalmente una prestación derivada y subsidiaria del derecho laboral. Los derechos laborales relacionados a la salud pueden incluir las obligaciones o limitaciones a cargo del patrón y también los distintos regímenes de seguridad social. A diferencia del derecho a la salud como derecho fundamental, este es accesorio por lo que sólo puede ser exigido por aquellas personas que presten trabajo personal subordinado. Esto es uno de los motivos por lo que se llevó a la inclusión del derecho a la salud como derecho fundamental en los años ochenta.

La tercera función del derecho a la salud es como bien constitucional. La salud como bien constitucionalmente protegido implica que puede limitar a otros derechos o valores constitucionales e inclusive llevar a derrotar otros derechos fundamentales. El poder reforzar, limitar o derrotar otros derechos fundamentales pone de manifiesto la gran relevancia de la salud como bien constitucional, otorgándole un peso mayor que el resto de derechos.

Aunque al derecho fundamental a la salud se le ha otorgado un lugar muy importante dentro de nuestro régimen jurídico hay niveles de obligación a cargo del estado para asegurar su cumplimiento. Los derechos fundamentales son expectativas legítimas que tiene una persona frente la autoridad para que ésta se abstenga de realizar una conducta que le afectare negativamente, o

bien para que realice una conducta positiva. Dada la evolución que se ha presentado en la forma de entender los derechos fundamentales, derechos como el derecho a la salud ya no se explican cómo derechos que implican una obligación de hacer del Estado, principalmente a través de erogaciones presupuestales. Los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a la salud, se siguen entendiendo como obligaciones de hacer a cargo del Estado pero también como obligaciones de no hacer. El Estado, hoy en día, tiene la obligación de proteger, garantizar, respetar y promover el bien o valor tutelado por un derecho fundamental. Además, se entiende que estos derechos tienen que ser exigibles de alguna forma.

Al ser la salud una materia concurrente, las obligaciones del Estado se distribuyen entre la federación y las entidades federativas y, según lo indique el régimen constitucional y legal de cada estado, también los municipios. La concurrencia tiene como fin el ampliar la participación de distintas instancias gubernamentales a fin de procurar la satisfacción de ciertas necesidades ciudadanas complejas, por lo que la salud puede ser regulado por cualquier autoridad dentro de su ámbito, siempre que respete los parámetros de coordinación establecidos por la federación y, en específico la plataforma mínima de regulación. Mientras que coincida en el sentido de los principios establecidos en la Constitución y amplíe los derechos fundamentales en vez de disminuirlos, la concurrencia puede constituir un vehículo afín con el principio de progresividad de los derechos al ampliar las posibilidades de acción del estado.

## *Bibliografía*

---

- Abramovich, v. y Courtis, C., Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, 2004, capítulo 1.
- Derecho constitucional mexicano, 9a ed., Porrúa, México, 1994.
- Ferrajoli, Luigi, "Derechos y garantías. La ley del más débil", Editorial Trotta, 2ª ed., 2001.
- Fiss, Owen M., "Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión", Ad Hoc, Buenos Aires, 2010.
- Gamas Torruco, José, "Derecho Constitucional Mexicano", Porrúa, México, 2001.
- Madrazo Lajous, Alejandro, "La ley" en Aguilar Camín et al. Más allá de la guerra de las drogas, Ediciones Cal y Arena-Secretaría de Planeación del Gobierno de Jalisco, 2012, capítulo 6.
- Méndez, Alfredo, "Juez de NL estrena reformas y declara inconstitucional una disposición local", La Jornada, 15 de agosto de 2011, <http://www.jornada.unam.mx/2011/08/15/politica/016n1pol>, fecha de consulta: 1 de agosto de 2012.
- México, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma DOF 15/10/2012
- México, Juez Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero, sentencia del amparo 1157/2007, dictada en julio de 2008, caso "Mini Numa".
- México, Ley General para el Control del Tabaco, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 2008.
- México, Ley para la Protección de los No Fumadores en el Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 2004.
- México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, "ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL. NO ESTÁ OBLIGADA A REGULAR LAS ÁREAS LIBRES DE HUMO DE TABACO EN LOS MISMOS TÉRMINOS QUE LOS DE LA LEY GENERAL PARA EL CONTROL DEL TABACO", P./J. 7/2010, jurisprudencia, Novena Época, Pleno, febrero de 2010.
- México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, "EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 4o. DE LA LEY RELATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DEL GOBIERNO DE DICHA ENTIDAD DE PRESTAR, ADEMÁS DE LA EDUCACIÓN PRIMARIA Y SECUNDARIA, LA PREESCOLAR Y MEDIA SUPERIOR, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 3o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL", Novena Época, Pleno, noviembre de 2001, jurisprudencia derivada de la Controversia constitucional 29/2000.
- México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, "EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 9o. DE LA LEY RELATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, NO TRANSGREDE EL ORDEN CONSTITUCIONAL, PUES EL CRITERIO QUE ORIENTARÁ LA EDUCACIÓN QUE IMPARTA EL GOBIERNO DE ESA ENTIDAD ES COINCIDENTE CON DIVERSOS PRINCIPIOS RECTORES DEL ESTADO ESTABLECIDOS EN LA LEY FUNDAMENTAL", Novena Época, Pleno, noviembre de 2001, jurisprudencia derivada de la Controversia constitucional 29/2000.

- México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, "FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES", Novena Época, Pleno, noviembre de 2001, jurisprudencia derivada de la Controversia constitucional 29/2000.
- México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, gobernador de Jalisco v. NOM-046-SSA-2005, Controversia constitucional 54/2009.
- México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)", Tesis 1a./J. 37/2008, Jurisprudencia, Novena Época, Primera Sala, abril de 2008.
- México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, "IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL", Tesis:1a/J.55/2006, jurisprudencia, Novena Época, Primera Sala, septiembre de 2006.
- México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, "IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA", Tesis aislada 2a. LXXXIV/2008, Novena Época, Segunda Sala, junio de 2008.
- México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, "LEYES LOCALES EN MATERIAS CONCURRENTES. EN ELLAS SE PUEDEN AUMENTAR LAS PROHIBICIONES O LOS DEBERES IMPUESTOS POR LAS LEYES GENERALES", P./J. 5/2010, jurisprudencia. Novena Época, Pleno, febrero de 2010.
- México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, "PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LA EXPEDICIÓN DE LA LEY RELATIVA NO INVADE FACULTADES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN", Novena Época, Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, noviembre de 2004, jurisprudencia.
- México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia del recurso de apelación 315/2010 , dictado el 28 de marzo de 2011, caso "Balderas Woolrich".
- México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis de jurisprudencia P./J. 73/99.
- México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis de jurisprudencia P./J. 74/99.
- Poder Ejecutivo Federal, Iniciativa de Adiciones al Artículo 4o. de la propia Constitución Política, 22 de diciembre de 1982, (Iniciativa Derecho a la Salud).
- "The Irony of Free Speech", Harvard University Press, Cambridge, 1998.



Documentos  
de trabajos  
**eBooks** Novedades  
Fondo  
editorial  
**Revistas**  
**eLIBROS**

[www.LibreriaCide.com](http://www.LibreriaCide.com)