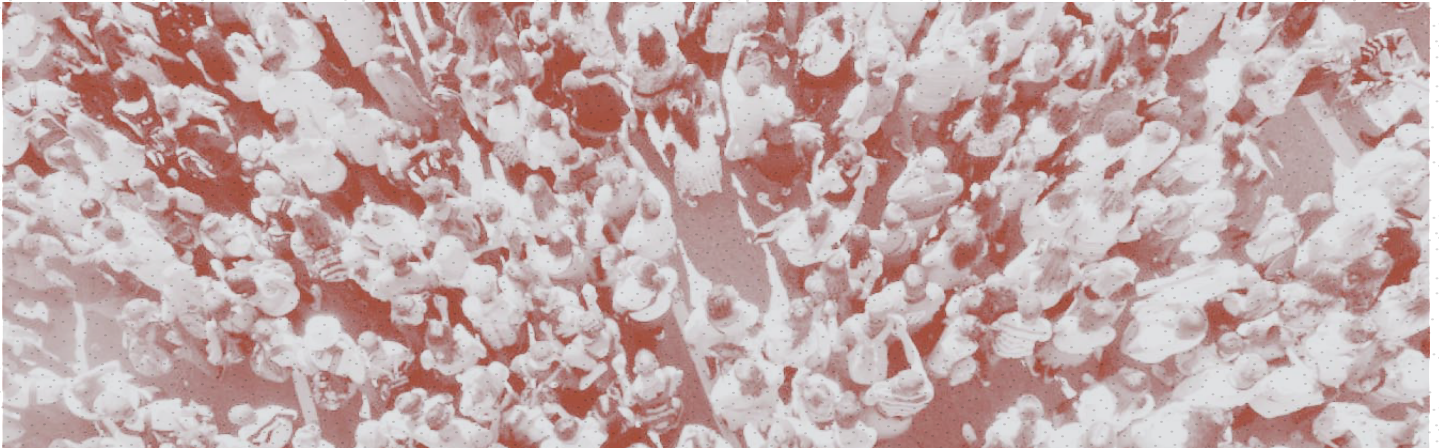


Derecho a la protección de la salud en el sistema constitucional mexicano y español

Right to health protection in the Mexican and Spanish constitutional system

Isaí Arturo Salazar Pimentel¹



RESUMEN

La Organización Mundial de la Salud afirma que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano. En México, el derecho a la protección de la salud es un derecho fundamental que forma parte del Título Primero Capítulo I De los Derechos Humanos y sus Garantías de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En España, este derecho no se encuentra en el catálogo de derechos fundamentales establecidos en el Título I, Capítulo segundo, Derechos y libertades, Sección 1ª De los derechos fundamentales y de las libertades públicas y De los derechos y deberes de los ciudadanos, artículos 14 a 29 y 30.2, de la Constitución Española; pues es considerado como un principio rector de la política social y económica. El objetivo del presente trabajo es confrontar las semejanzas y las diferencias entre los derechos fundamentales en los sistemas jurídicos mexicano y español sobre el derecho a la protección de la salud resaltando una comparación entre la naturaleza jurídica, organización y características de la protección a la salud.

Palabras clave: Constitución, derecho a la protección de la salud, derechos fundamentales.

ABSTRACT

The World Health Organization states that the enjoyment of the highest standard of health that can be achieved is one of the Fundamental rights of every human being. In Mexico, the right to health protection is a fundamental right that forms part of the First Title I of Human Rights and its Guarantees of the Political Constitution of the United Mexican States. However, in Spain, this right is not found in the catalog of fundamental rights established in Title I, Chapter Two, Rights and Freedoms, Section 1ª Of the Fundamental Rights and the public liberties and of the rights and duties of the citizens, articles 14 to 29 and 30.2, of the Spanish Constitution, therefore it is considered like a guiding principle of the social and economic policy. The objective of the present study is to confront the similarities and the differences between fundamental rights in legal systems Mexican and Spanish on the right to the protection of the health highlighting a comparison between the juridical nature, organization and characteristics of the protection to the health.

Key Words: Constitution, right to health protection, fundamental rights.

¹ Subcomisión Jurídica, Comisión Nacional de Arbitraje Médico. México

Los derechos fundamentales son aquellos que están consagrados en la Constitución, es decir, en el texto que se considera supremo dentro de un sistema jurídico determinado; por ese sólo hecho y porque el propio texto constitucional los dota de un estatuto jurídico privilegiado.¹ Existen tres teorías en las que se puede conceptualizar el origen de los derechos fundamentales a saber: I.- la teoría historicista; II.- la teoría iusnaturalista y III.- la teoría positivista.

En la teoría historicista la titularidad de los derechos aparecía condicionada por la pertenencia del individuo a un status o grupo social determinado (absolutismo y aristocracia); en la teoría iusnaturalista el origen de los derechos se desprende de la propia condición humana, los cuales se encuentran reconocidos en un ordenamiento jurídico (derecho suprapositivo); finalmente, en la teoría positivista, los derechos inherentes al hombre están reconocidos y garantizados en la ley (derecho público subjetivo).²

Para Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados de status de personas.³ Lo que este autor nos quiere decir es que los derechos fundamentales protegerán a todas las personas sin importar su condición, de ahí el carácter de universalidad, sin embargo, la constitución o ley fundamental condicionará el ejercicio del derecho, pues dependerá si el individuo tiene la calidad de ciudadano, extranjero, menor, migrante, etcétera.

El derecho a la protección de la salud en el sistema jurídico mexicano

Doctrinalmente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos está dividida en dos partes, la dogmática y la orgánica. La parte dogmática de la Constitución mexicana se integra por los preceptos 1 al 29, en los que se reconocen diversos derechos humanos a los gobernados. En cuanto a la parte orgánica en la que se encuentran los artículos 30 a 136, se establecen la estructura y atribuciones de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

Los derechos fundamentales en México son aquellos que están en el texto de la Constitución mexicana, sin que tengamos que buscar necesaria y exclusivamente en los primeros 29 artículos, pues la jurisprudencia y la doctrina han reconocido que hay derechos fundamentales, por ejemplo, en los artículos 31, 35 y 123, constitucionales, que contempla

las “obligaciones de los mexicanos”, “sufragio y derecho de asociación en materia política” o el “derecho al trabajo”, respectivamente.

El derecho a la protección de la salud se encuentra previsto en el artículo 4º, párrafo cuarto, de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, a través del cual se establece que “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud”. Este precepto constitucional prevé que la Ley reglamentaria en la materia 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 la Carta Magna.⁴

El Estado Mexicano ha ratificado diversos instrumentos de derechos humanos que contemplan el derecho a la salud como son: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12,⁵ la Observación General N° 14 del mismo pacto; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el “Protocolo de San Salvador”, artículo 10,⁶ así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25.⁷

Conforme a lo dispuesto en la Observación General 14,⁸ el derecho a la salud abarca cuatro elementos esenciales que se relacionan entre sí, los cuales son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, y calidad.

Disponibilidad: número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.

Accesibilidad: establecimientos, bienes y servicios de salud sin discriminación al alcance de todos los sectores de la población, asequibles y accesibles a la información.

Aceptabilidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán respetar la ética médica y la cultura de las personas.

Calidad: El elemento de calidad debe tomar en cuenta el aspecto cultural donde se va a prestar la atención para que este satisfaga al paciente. La infraestructura de la unidad médica, los bienes y servicios de salud tendrán que ser apropiados desde el punto de vista científico y médico. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

La Organización Mundial de la Salud afirma que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano.⁹ Toda vez que este organismo internacional ha establecido que el derecho a la salud es un derecho humano, el Estado deberá enfocar políticas, estrategias y programas para mejorar progresivamente el goce de dicho derecho bajo los principios siguientes: no discriminación, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, calidad, rendición y universalidad.¹⁰

El artículo 1, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone, entre otras cuestiones, que 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.

El artículo 26, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el cual se establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura.¹¹

Haciendo una interpretación armónica de los preceptos citados, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció como criterio que el derecho a la salud impone al Estado las obligaciones de garantizar que sea ejercido sin discriminación alguna y de adoptar medidas para su plena realización.¹² El derecho a la protección de la salud no debe subordinarse a actuaciones legislativas y/o administraciones específicas que previeran sobre lo relativo a la salud, sino su alcance va más allá por tratarse de un derecho fundamental del hombre.

La garantía de este derecho puede hacerse valer ante cualquier órgano jurisdiccional, inclusive, a través del juicio de amparo, pues con el simple hecho que el quejoso, por ser el titular de un derecho subjetivo, alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Como ejemplo de lo anterior tenemos el amparo indirecto número 1157/2007-II en el que el

Juez Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero determinó la vulneración del párrafo cuarto del precepto 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que regula el acceso a la salud, por lo que resolvió amparar y proteger a una comunidad en el Estado de Guerrero, México, a efecto que las autoridades sanitarias de aquel estado, cumplieran de inmediato con el acceso a la salud a que tienen derecho los quejosos, proporcionando los elementos necesarios y básicos para el buen funcionamiento de la casa de salud en la comunidad.

Tratándose de violaciones al derecho fundamental a la protección de la salud por parte de los actos de particulares, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo en revisión número 584/2013 consideró que la actuación de los prestadores de servicios médicos privados y de su personal médico tiene repercusiones en la protección de la salud de los pacientes, lo cual reviste un interés de carácter público, más allá de las disposiciones de derecho privado que las partes hayan previamente pactado.¹³

Otro ejemplo, es el criterio sostenido por el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en el incidente de inejecución de la sentencia número 10/2016, derivado del juicio de amparo indirecto número 293/2014 del índice perteneciente al Juzgado Octavo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, en el que se estimó que aun cuando el fallecimiento del quejoso tornaba imposible material y jurídicamente obtener la restitución del derecho a la salud que le fue transgredido; ello no impedía que se dieran a conocer los hechos a las autoridades que dentro de su esfera de competencia se encontraban facultadas para averiguar si con motivo del deceso del citado quejoso derivaron violaciones a derechos humanos de terceras personas (como podrían ser familiares directos), o bien, si se configuran hechos ilícitos que deban ser castigados penal o administrativamente, con independencia de la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado que pudiere ser exigida por los particulares afectados por tal actuación.

En estos tres ejemplos podemos observar que los juzgadores realizaron una amplia protección al derecho a la salud en términos del párrafo tercero del artículo 1° constitucional, que establece las obligaciones que tiene el Estado para proteger y garantizar los derechos humanos, lo que trae aparejado el deber de investigar, sancionar y reparar las transgresiones a los derechos de las personas.

El derecho a la protección a la salud en el sistema jurídico español

En el sistema jurídico español se considera que un derecho subjetivo es un derecho fundamental cuando ese derecho pertenece al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución. No obstante, esta concepción limita la posibilidad de que se catalogue como derechos fundamentales a derechos subjetivos que hayan sido establecidos por otras disposiciones que no pertenezcan al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución, como es el caso de la protección a la salud.

Los derechos fundamentales se prevén en el Título I De los derechos y deberes fundamentales, de la Constitución Española,¹⁴ que comprende los artículos 14 a 29 y 30.2, los cuales integran la parte dogmática de dicho conjunto normativo; en cambio, el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en España está previsto en el Título I, Capítulo tercero en el artículo 43, de la Constitución Española, que forma parte de los Principios Rectores de la Política Social y Económica del Estado Español.

“Artículo 43

1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.
2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.
3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.”

Es importante aclarar que para la creación de la Constitución Española de 1978 se tomó en cuenta la teoría alemana que establece la noción del derecho social basada en los primeros derechos subjetivos con un estatus prestacional positivo, sin embargo, se hizo una separación de los dos tipos de derechos: los derechos individuales (derechos fundamentales), con un alto nivel garantista judicial y los derechos constitucionales sociales (principios rectores de la política social y económica), como normas programáticas del Constituyente.

El derecho a la protección de la salud contenido en el artículo 43, de la Constitución Española, no es un derecho subjetivo, ni puede ser exigido a los poderes públicos ante los órganos judiciales, dado que no goza de eficacia jurídica directa e inmediata, como establece la jurisprudencia constitucional, sólo son normas constitucionales que se caracterizan por su naturaleza programática, orientando y delimitando la actuación de los poderes públicos.

En el apartado 2 del citado artículo 43, se positiva el principio constitucional en el que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública, a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, el cual se ha desarrollado mediante la Ley 14/1986, General de Sanidad. (Última modificación publicada en Boletín Oficial del Estado el 13 de junio de 2015), que establece los principios y criterios sustantivos que permiten el ejercicio de este derecho de carácter prestacional.

En el apartado 3 del mismo artículo se enuncia el principio constitucional social por el que se manda a los poderes públicos fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte; asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio y, en consecuencia, se ha aprobado la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte (la cual se ha modificado por las Leyes 31/1990, de 27 de diciembre, 43/1995, de 27 de diciembre, y 50/1998, de 30 de diciembre).

La tutela jurídica de este principio deriva de lo contenido en el artículo 53.3, de la Constitución Española, en virtud de que sólo podrá ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes. Tiene la misma eficacia que el resto de preceptos constitucionales, constituye un parámetro de referencia para determinar la constitucionalidad de una ley y los jueces ordinarios deben interpretarlo en los casos en concreto.

En España, el derecho a la protección de la salud tiene una protección débil (como consecuencia de su exclusión del recurso de amparo y de su ubicación en el Capítulo III del Título I, entre los «principios rectores»), si tomamos en consideración el conjunto del ordenamiento jurídico en vigor en el momento presente (Constitución + legislación ordinaria) puede decirse que el grado de protección y efectividad que tienen algunos derechos sociales (como el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social o el derecho a la salud), resulta perfectamente comparable al que tienen los derechos configurados directamente por la Constitución como derechos subjetivos, incluso con rango de fundamentales.¹⁵

El Tribunal Constitucional Español al resolver diversas controversias en las que se ven comprometidos el

derecho a la vida o la integridad física, entre otros, tuvo que amparar en algunas ocasiones vulneraciones del derecho a la salud.

Un ejemplo de ello, es la resolución número STC 54/2002, de 18 de julio, (BOE núm. 188, de 07 de agosto de 2002), Recurso de amparo 3468-1997, en contra de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que condenó a los padres de un menor Testigo de Jehová, por el delito de homicidio, en la que se puso en estudio la vulneración del derecho a la libertad religiosa, en virtud de que el menor murió tras negarse a recibir transfusiones de sangre autorizadas por el Juzgado de guardia, por no haberle convencido para deponer su actitud ni haber autorizado dicha intervención médica.

En ese asunto, se determinó que al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal -como distinto del derecho a la salud o a la vida- y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física, en términos del artículo 15, de la Constitución Española.

De lo anterior se desprende que la jurisprudencia constitucional es escasa, dado que el derecho a la salud no se encuentra dentro del Capítulo II, Sección 1ª, del Título I, en el que se establecen los derechos fundamentales que son susceptibles de recurso de amparo.

Es dable concluir que en el sistema jurídico mexicano y español existen similitudes cuando hablamos de derechos fundamentales, sin embargo, por lo que hace al derecho a la protección de la salud existen diferencias. Tabla 1.

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD	
MÉXICO	ESPAÑA
Es un derecho fundamental.	Es un Principio Rector de la Política Social y Económica.
Es un derecho subjetivo.	No es un derecho subjetivo.
Vincula a los poderes públicos y a los jueces a velar porque se cumpla.	No vincula a los Poderes Públicos, ni obliga a los Poderes Públicos a cumplirlo ni a los jueces a velar porque se cumpla.
El derecho a la protección de la salud no se subordina a actuaciones legislativas y/o administraciones, por tratarse de un derecho fundamental establecido en la constitución.	El legislador desarrolla en la ley el derecho a la protección de la salud, transformándolo en derecho subjetivo plenamente exigible.
Puede ser alegado ante cualquier órgano jurisdiccional y/o administrativo.	Sólo puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria y Defensoría del Pueblo.
Tiene una protección amplia a través del juicio de amparo.	Tienen una protección débil (como consecuencia de su exclusión del recurso de amparo).
La jurisprudencia constitucional es abundante.	La jurisprudencia constitucional es escasa.

Tabla 1. Comparación entre sistemas constitucionales

El derecho a la protección de la salud es meramente justiciable por su naturaleza, reconocido plenamente en la constitución por estar vinculado con otro derecho como es la vida. En el plano internacional, el enfoque de la protección de la salud está basado en los derechos humanos, en el que se obliga a los Estados a establecer estrategias y soluciones que permiten afrontar y corregir las desigualdades, las prácticas discriminatorias y las relaciones de poder injustas que suelen ser aspectos centrales de la inequidad en los resultados sanitarios.

La razón de lo anterior es porque la salud es un derecho humano, es decir, es una prerrogativa cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona, tal y como lo menciona la Declaración Universal de Derechos Humanos que es considerada generalmente el fundamento de las normas internacionales sobre derechos humanos. Aprobada en 1948, la Declaración ha inspirado un valioso conjunto de tratados internacionales sobre derechos humanos. Sigue siendo una fuente de inspiración para cada uno de nosotros, ya sea en momentos de conflicto, en sociedades que sufren represión, en la lucha contra las injusticias, y en nuestros esfuerzos por lograr el disfrute universal de los derechos humanos.

Referencias

1. Carbonell, M. Los Derechos Fundamentales en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Serie Doctrina Jurídica, número 185; julio 2004, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 2004. Pág. 2
2. Massó G, M. Lección: La Teoría General de los Derechos Fundamentales, Material de trabajo en la Especialidad de Derechos Humanos (EDH-12) (XII ed), Universidad de Castilla-La Mancha y la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2017. Pág. 1 a 5.
3. Ferrajoli L. Derechos y garantías. Trotta, Madrid, 2001, p. 37.
4. Cámara de Diputados del H. Congreso. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 05-02-1917. Texto vigente. Últimas reformas publicadas en: México: Diario Oficial de la Federación. Internet; [acceso 25-05-2017] Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf
5. Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Internet; [acceso 25-05-2017] Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
6. Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo De San Salvador". Nov. 1988. Internet; [acceso 25-05-2017], Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>



7. Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos. [Internet] Dic. 1948; [acceso 25-05-2017], Disponible en: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

8. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). [Internet] Mayo, 2000; [acceso 25-05-2017] Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

9. Organización Mundial de la Salud. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Documentos básicos. [Internet]; 2006. [Internet] Oct. 2000; [acceso 25-05-2017] Disponible en: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

10. Organización Mundial de la Salud, Nota descriptiva N°323 Salud y derechos humanos. [Internet] Dic. 2015; [acceso 25-05-2017] Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>

11. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. [Internet] 1969. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

12. Tesis P.XVI/2011, del Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXXIV, agosto de 2011. Pág. 29.

13. Tesis: 1a. CXXII/2015 (10a.), emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Publicación: viernes 27 de marzo de 2015 09:30 h, Época: Décima Época, Pág. 1117.

14. Congreso de los Diputados. Constitución Española de 1978, [25 de mayo de 2017] Disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>

15. Pemán G. J. El derecho constitucional a la protección de la salud. Una aproximación de conjunto a la vista de la experiencia de tres décadas de vigencia de la Constitución. Revista Aragonesa de Administración Pública [Internet] 2009 [acceso: 25-05-2017]; 39, 11-50. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3067084>