

## **La naturaleza jurídica del derecho a la salud. Un planteamiento doctrinal para una mejor práctica judicial**

Que un Estado se califique como Social tiene como consecuencia inmediata que su finalidad sea el reconocimiento y protección de los denominados derechos sociales y en concreto, para el caso que comentamos el derecho a la salud o siendo más exigentes, el derecho de acceso a la salud. México es uno de los grandes abanderados en esta conquista pues la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 es considerada como la primera Constitución social del mundo.

No obstante, debemos precisar que hablar sobre los derechos sociales en general es tarea complicada pues en ellos se incluyen derechos de distinta naturaleza tales como los laborales, la huelga; a la educación, a un medio ambiente sano, a la cultura, a la vivienda, entre otros. Los cuales, aunque pueden ser de diversa naturaleza en el fondo tienen dos elementos en común: en primer lugar, la búsqueda de la igualdad material, que en la práctica deben ser disfrutados por todas las personas independientemente de sus capacidades; y en segundo lugar, un contenido prestacionales, esto es la exigencia de actuaciones positivas por parte del Estado encaminadas a satisfacer el mínimo vital.

Y es este el caso del derecho de acceso a la salud, un derecho social de contenido prestacional cuyo respeto y pleno goce tiene amplios retos en todo orden jurídico. En vista de ello, a continuación, intentaremos desentrañar qué significa que sea un derecho social y que exigencias se desprenden de él.

### **1. Sobre el derecho a la salud**

El derecho de acceso a la salud es un derecho social. En vista de ello, debemos partir por mencionar que, en general, los derechos sociales “hacen referencia a situaciones en las que un sujeto necesita de la colaboración de otros;

se concretan en prestaciones”<sup>1</sup>. Según Cossío Díaz, lo correcto sería referirnos a ellos como derechos de igualdad o derechos de prestación, dependiendo de a cuál dimensión nos queramos referir<sup>2</sup>.

Al respecto, se configuran como derechos de igualdad, entendida en el sentido de igualdad material, esto es, como derecho a gozar de un régimen jurídico diferenciado en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada<sup>3</sup>. Y en ellos, tiende a predominar la dimensión objetiva a la subjetiva pues “surgen como despliegues o exigencias objetivas de la idea de Estado Social, que sólo más tarde y costosamente serán articulables en forma de derechos subjetivos”<sup>4</sup>.

Si bien, “los derechos civiles y políticos son concebibles sin Estado, sin necesidad de instituciones sociales que los definan, o, al menos así han sido tradicionalmente concebidos, (...) los económicos, sociales y culturales<sup>5</sup> ni siquiera pueden ser pensados sin alguna forma de organización política”<sup>6</sup>. En ese sentido, los derechos sociales se inspiran en la idea de igualdad material y justicia distributiva, son componentes esenciales de un Estado que se califica como social y democrático de derecho y de un Estado impelido a intervenir para brindar las medidas correctoras y redistribuidoras que considere necesarias para que los ciudadanos tengan una existencia conforme a la dignidad<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Trujillo Pérez, Isabel, “La discutida juridicidad de los derechos sociales” en *Persona y Derecho*, N° 45, 2002, p. 263.

<sup>2</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *Estado Social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 46.

<sup>3</sup> Cfr. Prieto Sanchís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad material” en *Revista del centro de estudios constitucionales*, 22, septiembre-diciembre, 1995, p. 17.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>5</sup> Al respecto, se recomienda la lectura del ensayo del Centro de Ética Judicial, que puede leerse en [https://www.centroeticajudicial.org/uploads/8/0/7/5/80750632/ensayo\\_14.\\_la\\_justiciabilidad\\_de\\_los\\_desc.\\_vf.\\_4.pdf](https://www.centroeticajudicial.org/uploads/8/0/7/5/80750632/ensayo_14._la_justiciabilidad_de_los_desc._vf._4.pdf)

<sup>6</sup> Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 13.

<sup>7</sup> Porras Ramírez, José María, “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional” en Balaguer Callejón, Francisco (Coord.), *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, pp. 661-662.

No se trata de bienes ya dados como en el caso de la libertad, sino que se necesita de una acción positiva por parte del Estado, generalmente expresada en la prestación de un servicio, y que implicarán la adscripción a un conjunto de normas de organización y procedimiento<sup>8</sup>. De esta forma, el mecanismo ordinario de creación de derechos sociales es la implementación de políticas públicas de carácter social a través de decisiones de carácter legislativo<sup>9</sup>. Y cuando nos referimos en concreto al derecho de acceso a la salud, estamos pensando no sólo en la implementación de políticas públicas y leyes, sino que materialmente se ejecuten mediante la construcción de hospitales, contratación de personal médico, compra de medicina, maquinaria especializada, convenios con instituciones, entre muchas otras actuaciones positivas.

Por otro lado, y ya centrándonos en el caso de los derechos sociales con contenido prestacional, como lo es el derecho de acceso a la salud, señala Alexy<sup>10</sup> que un derecho a prestaciones es todo derecho a una acción positiva por parte del Estado, entre las que se incluyen desde la protección del individuo frente a otros, como el derecho penal; las normas de organización, hasta prestaciones en dinero o bienes, es decir, que se incluyen tanto prestaciones fácticas como normativas. Lo cual significa, la demanda hacia el Estado en general de creación de normas de todo rango como de actuaciones materiales, vinculadas con la organización estatal, que permitan un goce real del derecho de acceso a la salud. Lo cual, en la práctica dependerá de su eficacia como derecho fundamental o no.

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 662

<sup>9</sup> Gavara de Cara, Juan Carlos *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 95.

<sup>10</sup> Conforme a la clasificación realizada por Alexy, los derechos pueden dividirse en derechos a algo, libertades y competencias. Dentro de los primeros, podemos encontrar una clasificación de los derechos que los divide en derechos a acciones negativas por parte del Estado (llamados también derechos de defensa) y derechos a acciones positivas (o prestacionales). Estos últimos, desde un punto de vista amplio, son "la contrapartida exacta del concepto de derecho de defensa, bajo el que cae todo derecho a una acción negativa, es decir, a una omisión por parte del Estado"; y se dividen, en aquellos cuyo objeto es una acción fáctica, de aquellos que implican una acción normativa. Los primeros, son derechos prestacionales en sentido estricto; mientras que, los segundos, pueden serlo en sentido amplio. Cfr. Alexy, Robert *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 163 y ss.

## 2. Eficacia del derecho a la salud

Son muchos los problemas que aparecen cuando hablamos de derechos sociales, como, por ejemplo, su alto coste económico o la dificultad para establecer su contenido, así como la determinación de las tareas que corresponden al Estado y en específico a la persona juzgadora. Y ello, debido a que, “en ningún otro ámbito es tan clara la conexión entre el resultado jurídico y las valoraciones generales prácticas o políticas”<sup>11</sup>, como es el caso del derecho de acceso a la salud. Sin embargo, la mayoría de los inconvenientes que se tienen respecto de ellos se deben a que requieren de la intervención del legislador y del juez para darles un contenido concreto y así puedan configurarse en verdaderos derechos subjetivos invocables ante los tribunales<sup>12</sup>. Esto es que el derecho de acceso a la salud sea una realidad material directamente exigible ante los tribunales.

Así, como bien señala Prieto Sanchís, este derecho, a diferencia de los derechos de libertad –donde los individuos saben perfectamente en qué consisten sus derechos y deberes recíprocos-, presupone todo un entramado de normas de organización, carentes de exigibilidad, que generan una serie de obligaciones de distinta naturaleza y en distintos sujetos, cuyo cumplimiento resulta necesario para la satisfacción de la prestación<sup>13</sup>. Ello, además de suponer un escenario bastante complejo, resulta ser el contexto en donde actúa la persona juzgadora. Y es lo que sucede con este derecho, pues para el caso mexicano conforme al artículo 4 Constitucional<sup>14</sup> se trata de un verdadero derecho fundamental directamente exigible ante los tribunales, lo cual, conlleva una ardua tarea para los tres poderes,

---

<sup>11</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 390.

<sup>12</sup> Porras Ramírez, José María, *op. cit.*, p. 665.

<sup>13</sup> Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 19.

<sup>14</sup> “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. La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social.”

pero en particular para el Poder Judicial cuando este mandato constitucional no se ha respetado<sup>15</sup>.

### 3. Consecuencias para la función judicial

En primer lugar, debemos ser un poco rigurosos y señalar que es difícil o casi imposible garantizar el derecho a la salud pues ningún Estado se encuentra en condiciones –aunque así sea deseable- de lograr que todos sus ciudadanos estén sanos. En realidad este derecho debe plantearse como un derecho de acceso a los centros de salud o derecho a la protección a la salud donde el Estado garantice que existen los medios adecuados (hospitales, médicos, enfermeras, medicina, vacunas, e incluso alimentos) que permitan al ciudadano gozar de salud o volver a un estado de salud cuando ésta se ha perdido, lo cual implica medidas *ex post*, vinculadas a las acciones pertinentes para recuperarla ,pero también *ex ante*, esto es, medidas de prevención para evitar perderla. Con lo cual el Estado realizaría acciones previas que permitirían, de cara al futuro, que más ciudadanos gocen de salud y así se prevengan ciertas enfermedades y a su vez, se reduzca el costo económico que supone atender su falta en los ciudadanos.

Todas estas características demandan determinada conducta de la persona juzgadora al momento de realizar, vía amparo (esto es mediante actuaciones *ex post*) la protección efectiva del derecho de acceso a la salud exigiendo al Legislativo y al Ejecutivo la ejecución de actuaciones normativas y materiales que permitan la plena vigencia del derecho, independientemente de las razones o justificaciones de índole económico que se puedan presentar.

En ese sentido, el derecho de acceso a la salud se configura como un derecho social<sup>16</sup>, y más en concreto, como un derecho social de contenido prestacional, lo

---

<sup>15</sup> Sobre este punto, se recomienda la lectura del blog “Garantizar la salud desde el Poder Judicial” del Centro de Ética Judicial, disponible en <https://www.centroeticajudicial.org/blog/garantizar-la-salud-desde-el-poder-judicial>

<sup>16</sup> Para profundizar sobre el tema ver Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 163 y ss.

cual significa que la plena vigencia del derecho exige que el Estado realice actuaciones positivas para garantizarlo, esto es, actuaciones de tipo económicas y/o de servicios, las cuales normalmente ejecuta a través de la Administración Pública.

Los derechos sociales prestacionales pueden ser regulados por cada ordenamiento jurídico de distintas formas, en algunos casos serán considerados verdaderos derechos fundamentales; o como derechos de configuración legal y ello tiene especiales consecuencia en la labor jurisdiccional y de protección del derecho. Esta opción, lejos de ser una decisión arbitraria, suele ser tomada por el constituyente debido a todos los problemas que se asocian a los derechos sociales y que impiden que sean reconocidos como derechos subjetivos, esto es, como derechos directamente exigibles ante los tribunales. Respecto a si generan o no derechos subjetivos en sus titulares, se ha dicho que el Estado social “se ha ido perfilando como una autorización concreta de *desigualación igualadora* por parte de los poderes públicos, sin generar en el ciudadano derecho subjetivo en ese sentido”<sup>17</sup>.

La primera opción es la que niega el carácter de derechos fundamentales a los derechos sociales, y justifica su postura en que estos no pueden ser invocados ante los tribunales y que, por tanto, no vinculan a los poderes públicos, siendo su *status* meramente retórico, el cual, perderán al ser desarrollados por el legislador, es decir, fuera de la Constitución. En ese orden de ideas, señala Garrido Falla, que un precepto haya sido incluido en la Constitución o en una ley no lo convierte en norma jurídica, sino que debe tener “estructura lógica de norma jurídica” y que lo demás es pura retórica jurídica<sup>18</sup>. Esto significaría que los derechos sociales no podrían ser invocados directamente desde la Constitución y tendrían que esperar un desarrollo legislativo previo para ser reclamables en sede judicial, como en el caso español.

---

<sup>17</sup> Fernández López, María Fernanda, “Artículo 9.2. La igualdad real” en Casas Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel (Dir.), p. 141.

<sup>18</sup> Garrido Falla, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 590.

Una segunda opción, como sucede en México, es que los derechos sociales sean considerados verdaderos derechos fundamentales y por tanto directamente invocables ante los tribunales ante su afectación. Esto supone una labor mucho más activa de la o el juzgador, no sólo en la definición de su contenido sino, sobre todo, en los mecanismos y vehículos para exigir al Estado su cumplimiento pese a justificaciones de índole económico. En el caso concreto del derecho de acceso a la salud, corresponderá a la persona juzgadora valorar si el Estado ha realizado todas las actuaciones positivas necesarias para garantizar su plena vigencia y en caso contrario, sentenciar las acciones que deberá ejecutar para, primero, reparar la vulneración del derecho; y segundo, garantizar su eficacia en el caso concreto.

Todo ello, sin lugar a duda, constituye un mandato constitucional de arduo cumplimiento que exige a las y los juzgadores conocer la naturaleza jurídica de los llamados derechos sociales, la dimensión subjetiva que poseen en México como derechos directamente reclamables vía amparo, de las actuaciones positivas *ex ante* y *ex post* que debe realizar el Ejecutivo y de los mandatos al Legislador para concretar la Constitución en este sentido. Todo ello, permitirá que en México el derecho de acceso a la salud sea una realidad y no una mera declaración de buenos deseos e intenciones, haciendo que la Constitución sea verdaderamente normativa.