

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA

Estudios con Reconocimiento de Validez Oficial por Decreto Presidencial
del 3 de abril de 1981



“AMPARO COMO HERRAMIENTA DE FORMULACIÓN,
IMPLEMENTACIÓN Y EVALUACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN
MÉXICO EN EL SECTOR SALUD: CASO DEL USO DE MEDICAMENTOS
CON CBD”

ESTUDIO DE CASO

Que para obtener el grado de

MAESTRO EN EDUCACIÓN HUMANISTA

Presenta

FABIÁN MARÍA AGUINACO BRAVO

Director: Dr. José Luis Caballero Ochoa

Lectores: Mtro. Santiago Corcuera Cabezut

Dr. Miguel Ángel Eraña Sánchez

Ciudad de México

2018

AMPARO COMO HERRAMIENTA DE FORMULACIÓN, IMPLEMENTACIÓN Y EVALUACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN MÉXICO EN EL SECTOR SALUD: CASO DEL USO DE MEDICAMENTOS CON CBD

REFERENCIA: DERECHO A LA SALUD CON ÉNFASIS AL USO DE MEDICAMENTOS CON CBD

Por:

Fabián M. Aguinaco Bravo

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Vertientes jurisdiccionales. **III.** Marco general de los estándares en derecho comparado. **IV.** El Juez de control constitucional: un actor en la procuración de políticas públicas para el cambio social. **V.** Propuesta de estándar para la atención de un litigio en sede constitucional y políticas públicas. **VI.** Sugerencia de lineamientos.

RESUMEN: El trabajo propone el desarrollo de un estándar para la atención de problemas en sede constitucional relacionados con el control judicial de políticas públicas en el sector salud, particularmente de un caso sobre el uso de medicamentos con CBD. Para ello considerará el amparo desde una perspectiva dual: como una garantía efectiva para la protección de los derechos humanos; pero también, como herramienta para la formulación, implementación y evaluación de políticas públicas.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales, control judicial de políticas públicas en el sector salud, estándares para el control judicial, requerimiento del uso de medicamentos.

I. INTRODUCCIÓN

Con motivo de la reforma del texto constitucional del primero de junio de 2011,¹ su artículo primero previene que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”; por tanto, los derechos a los que alude son todos los reconocidos a lo largo y ancho del texto de la Carta Fundamental y de los Tratados Internacionales suscritos por el gobierno de la República sobre derechos humanos; asimismo, se incorporan los principios de interpretación conforme y pro persona.

Bajo esta tesitura, la Constitución coloca a la persona como el eje en torno al cual se articula la reforma en materia de derechos humanos, de ahí que en su artículo primero prescribe la obligación que corresponde a los poderes públicos de promover las condiciones para respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte², de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad³. En otras palabras, el referido numeral primero exige que las normas relativas a los derechos humanos se interpreten en congruencia con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

¹ Decreto de reformas y adiciones publicado en el Diario Oficial de la Federación correspondiente al 10 de junio de 2011.

² Así lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia de rubro “**PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE**”. Décima Época. Semanario Judicial y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2, Tesis 1ª./J. 107/2012. Pág. 799

³ En la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, se declara solemnemente que los Derechos Humanos son, además de indivisibles, interdependientes e inviolables, universales.

Lo que se precisa en el artículo 1º constitucional desencadena un efecto de irradiación⁴ en todo el orden constitucional y el sistema jurídico, que responde a un sistema objetivo de valores⁵ y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por el Estado mexicano, y que, asumidos como una decisión de fines del Estado, informan todo nuestro ordenamiento jurídico y todos los actos de los órganos del Estado. El resultado es la ubicuidad de los derechos humanos⁶. En este sentido, habría que precisar que los derechos humanos no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, sino que también comprenden el derecho a protección para que el Estado haga algo, bien normativamente bien fácticamente⁷, y la obligación de todas las autoridades de garantizar y reparar las violaciones a los derechos humanos. Pero, además, "el reconocimiento de los derechos humanos es el criterio legitimador de la norma constitucional y su contenido sustancial", según se afirma en el dictamen presentado para discusión en la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión⁸.

Con independencia de si la reforma constitucional sobre derechos humanos, en particular por lo que se refiere al artículo primero, ha planteado o no complejos problemas y soluciones técnicas, cabría suponer que el balance de su contenido y efectos es favorable. En general, constituye la propuesta de un nuevo proyecto de nación a partir del reconocimiento de los derechos humanos,

⁴ Robert Alexy. Sobre los derechos constitucionales. Obra colectiva: Derechos sociales y ponderación. Fontamara. Madrid-México 2010. Pág. 46

⁵ Caso *Lüth*. Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Primera Sala, del 15 de enero de 1958. Según la sentencia la ley fundamental no desea un "orden neutro al valor", sino que en la parte dedicada a los derechos fundamentales ha establecido un sistema valorativo objetivo. Sin embargo, el Tribunal había ido perfilando dichos conceptos en la sentencia *Elfes*, de 1957

⁶ Contradicción de tesis número 293/2011. "El Tribunal Pleno interpreta el contenido del artículo 1º constitucional en el sentido de que el conjunto normativo previsto en dicho precepto se compone por "normas de derechos humanos", cuya fuente de reconocimiento puede ser la Constitución o un tratado internacional ratificado por México con independencia de la materia de éste". Pág. 29

⁷ Robert Alexy. "El contenido de los derechos constitucionales se ha expandido más allá y por encima del de los derechos liberales clásicos". Ibidem.

⁸ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, de la Cámara de Senadores, respecto la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Derechos Humanos. 6 de abril de 2010. Pág. 13

con un compromiso del Estado en torno a la relevancia de la persona como agente moral y racional.

En relación con el tema, José de Jesús Orozco Henríquez expresa que “Debemos darle la bienvenida a la reforma constitucional. Con independencia de las demoras y, desde diversas perspectivas, ciertas insuficiencias o incluso reiteraciones o inconvenientes de los que pudiera adolecer, el balance de su contenido es pertinente y recoge la mayoría de las aportaciones formuladas por diversas organizaciones de la sociedad civil y académicos comprometidos con la causa de los derechos humanos. En general, constituye la propuesta de reforma más importante en el ámbito de los derechos humanos en los 94 años de vigencia de la Constitución de 1917”⁹.

Lo anterior implica, entre otras cuestiones, “el replanteamiento de estructuras y categorías de pensamiento utilizadas tradicionalmente por las y los juristas, además del desarrollo de una profunda reflexión sobre el papel de la impartición de justicia en un Estado democrático y constitucional de derecho”¹⁰.

En cuanto al tema, José Ramón Cossío Díaz ha señalado que “el órgano reformador de la Constitución decidió cambiar en junio de dos mil once la esencia de la Constitución, poniendo una carga extraordinariamente importante en la protección a los derechos humanos a partir del principio *pro persona*. Lo que se transformó fue la antropología constitucional misma, determinando de un modo completamente distinto la posición de las personas frente a las autoridades estatales”¹¹.

A riesgo de una simplificación inevitable, me parece que lo que liga la posición de numerosos pensadores de la posmodernidad en torno a la reforma del artículo primero constitucional no es una tesis común, que se podría discutir profusamente, sino más bien aquello que Wittgenstein llamaba una atmósfera común.

⁹ Los derechos humanos y el nuevo artículo 1º constitucional. Revista IUS, vol 5, no. 28, Puebla. Jul/dic 2011.

¹⁰ Daniel Vázquez y Sandra Serrano. Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Coedición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. 2013.

¹¹ Voto particular del ministro José Ramón Cossío Díaz en la contradicción de tesis número 293/2011, resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante sentencia de tres de septiembre de dos mil trece.

La eficacia de esta interpretación, su mayor o menor poder de convicción, reside en que los poderes públicos, en cuanto vinculados por la Constitución y llamados a su aplicación en la medida que hemos señalado, deben de promover las condiciones para respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales¹² de los que el Estado Mexicano es parte¹³, pero entendidas estas "obligaciones estatales en una suerte de *continuum*¹⁴ que va desde el respeto hasta la promoción tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos sociales"¹⁵.

Es a la luz de estas consideraciones que pongo énfasis en el derecho a la salud¹⁶; la salud entendida como parte primordial del conjunto de capacidades requeridas para llevar una vida digna, que propicie el desarrollo de las potencialidades como ser humano. Conjunto de capacidades que están estrechamente relacionadas con el alcance del nivel más alto de salud posible, que le permita llevar al ser humano una vida que valga la pena de ser vivida, sin que medien obstáculos generados por cuestiones económicas, ideológicas o morales. Este es el verdadero reto que tiene el juicio de amparo a través de sus sentencias de amparo: promotor, inductor, del cambio social.

Por lo demás, el numeral primero constitucional dispone el reconocimiento de los derechos humanos en sede internacional, como el derecho a la salud. Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁷, es el instrumento internacional que mejor aborda el derecho a la

¹² Tesis: P. XVI/2011. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIV, Agosto de 2011. Pág. 29. 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.

¹³ Entre otros tratados tenemos: La Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945 (art.22). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (párrafo primero del artículo 12). La Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (art.10). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación General N°14. La Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁴ Diccionario de Expresiones y Frases Latinas. Víctor-José Herrero Llorente. Editorial Gredos. 2010.

¹⁵ Rodolfo Vázquez. Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, 2015, pág. 100.

¹⁶ Tesis: 1ª. XXIII/2013 (10ª) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1. Pág. 626. DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. IMPONE DEBERES TANTO A LOS PODERES PÚBLICOS COMO A LOS PARTICULARES QUE SE DEDICAN AL ÁMBITO DE LA SALUD.

¹⁷ Decreto de promulgación de fecha 30 de marzo de 1981, publicado en el Diario Oficial de la Federación correspondiente al doce de mayo del mismo año.

salud, y, al propio tiempo, es de carácter vinculante para todas las autoridades de conformidad con los artículos 1º y 133 de la Constitución Federal.

Su artículo 12 determina que: 1) los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y 2) entre las medidas que deberían adoptar los Estados parte en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho deberán figurar las necesarias para: a) la reducción de la mortalidad¹⁸ y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos los aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad¹⁹.

El 11 de mayo de 2000, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, aprobó la Observación General número 14, que interpreta el alcance y contenido del artículo 12 del PIDESC²⁰.

El Comité declara que el derecho a la salud abarca no solo el derecho a la atención de la salud, sino también una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones para que las personas puedan llevar una vida sana. El derecho se hace extensivo "a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y medio ambiente sano"; también incluye el "acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva"; además, extiende el concepto a "las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona".

A partir de tal apreciación, el Comité establece que el derecho a la salud no solo debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

¹⁸ Relación entre el número de niños nacidos muertos y el número total de nacimientos. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1245178912608683>

¹⁹ Paralelamente se cuenta a nivel regional, para América Latina, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y el Protocolo de San Salvador a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1988).

²⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

II. VERTIENTES JURISDICCIONALES

En el centro del debate aquí propuesto se encuentra la reforma constitucional en materia de derechos humano, con especial referencia al derecho a la salud. La idea de que los seres humanos tienen derecho a la salud ha sido un problema de mucho tiempo, lo ha sido en años recientes y sigue siendo hoy en día. En su momento representó un paradigma el reconocimiento de los derechos humanos en la Constitución. Reconocido este derecho, parece que el problema ha pasado a un nivel secundario. Sin embargo, el tema que nos causa preocupación –ahí están los millones de personas en pobreza extrema²¹– es el acceso efectivo al derecho a la salud para todos. Acceder al derecho a la salud es una exigencia constitucional –artículo 4º–, y por ello se trata de una cuestión crucial que involucra los estándares –nacionales e internacionales– mínimos en materia de derechos humanos, y a los lineamientos generales para la resolución de los casos sujetos al control constitucional por la vía jurisdiccional mediante la implementación de políticas públicas²², con énfasis en los medicamentos y al tratamiento a base del ingrediente activo “Cannabidiol” (CBD).

Decimos que es una cuestión crucial, porque no basta coincidir en la cita y la definición teórica de los derechos humanos²³, ni en el resultado de las diferentes estrategias de trabajo que se utilicen. Para el desarrollo de la mejor argumentación requerimos construir una estrategia más garantista que contribuya a la mayor eficacia de los derechos humanos²⁴. Teniendo esto en cuenta, el ensayo aborda dos aspectos. La primera cuestión es la necesidad de

²¹ CONEVAL. “Las estimaciones de la pobreza en México 2016 se calcularon a partir de las bases de datos del Modelo Estadístico 2016 para la continuidad del Módulo de Condiciones Socioeconómicas de la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (MEC 2016 del MCS-ENIGH) que realizó el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) entre agosto y noviembre de 2016, y que fueron publicadas el 28 de agosto de 2017”.

²² André Roth D, “una política pública designa la existencia de un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática”. Revista Opera. Universidad Externado de Colombia. Número 8, 2008, pp. 202-204

²³ “Tanto en la academia como en la práctica judicial, lo más común es encontrar posiciones dogmáticas, ancladas en una formación jurídica tradicional, poco reflexiva, que impiden su exigibilidad”. SALAZAR Ugarte, Pedro. Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana. Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2009. Madrid, España.

²⁴ Tesis “PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU CONCEPTO Y EXIGENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS”. 1ª./J. 85/2017. Semanario Judicial de la Federación. Publicación 20 de octubre de 2017.

considerar al juicio de amparo como una herramienta de impacto en la construcción, evaluación y modificación de políticas públicas para que éstas sean conformes a los derechos humanos que reclaman una atención inmediata; en otras palabras, su capacidad para servir de instrumento que atienda los reclamos desoídos en el ámbito de otros poderes del Estado: la justicia puede y debe generar cambios sociales²⁵ **(1)**; y la segunda cuestión consiste en exponer los resultados jurídicos derivados de distintos juicios de amparo relacionados con el sector salud por el uso de medicamentos y su impacto con las políticas públicas, en tanto explicación del juicio de amparo como herramienta del cambio **(2)**.

i. El juicio de amparo y políticas públicas

Este apartado motiva detenernos a visualizar al juicio de amparo²⁶ como única garantía constitucional de carácter jurisdiccional que tiene como finalidad la protección de los derechos fundamentales de todas las personas. Con ésta consideración en mente, me propongo examinar el enfoque descriptivo de las medidas reales y concretas impuestas por el juez de control constitucional de amparo a las autoridades del Estado Mexicano para lograr el pleno ejercicio de los derechos fundamentales a la salud, a vivir sin dolor, a la autodeterminación y a la dignidad de las personas, cuyos objetivos y procedimientos logren el mayor bienestar posible, y de la forma más eficiente²⁷.

Sin duda, la idea que subyace a este planteamiento es el mecanismo que aparece como una garantía primaria²⁸ del derecho fundamental a la salud, orientada al cumplimiento y satisfacción de los objetivos estatales enunciados en la Constitución Federal, en forma de obligaciones *ex lege*²⁹ de tipo universal, correlativas a las derivadas de los derechos sociales, a cargo de la esfera pública.

Se trata, pues, de las obligaciones impuestas³⁰ a los poderes públicos a través de las resoluciones judiciales que alientan políticas públicas. De manera

²⁵ Néstor Pedro Sagües. Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales.

²⁶ No existe ninguna definición del juicio de amparo unánimemente aceptada, y cualquier intento de formular una única definición que comprenda sus distintas variantes está abocado a ser demasiado vago para ser de utilidad.

²⁷ Tesis: P. XV/2011. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIV, Agosto de 2011. (NOVENA ÉPOCA). Pág. 31. DERECHO A LA SALUD. SU NATURALEZA NORMATIVA.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Trotta, Madrid, pág. 375.

²⁹ <Según la ley>. Diccionario de expresiones y frases latinas. Víctor-José Herrero Llorente. Gredos. 2010.

³⁰ La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual. Pags.119-120.

inmediata surge la conveniencia de hacer referencia al caso "*Brown vs. Board of Education*"³¹, 347 U.S. 483 (1954), resuelto el 17 de mayo de 1954, en forma unánime, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos, al declarar inconstitucional la segregación racial en las escuelas, esto es, declaró que las leyes estatales que establecían escuelas separadas para estudiantes de raza negra y blanca negaban la igualdad de oportunidades educativas. Con ello, la Corte Suprema abrió nuevas instancias en la convivencia social y propició el diseño de políticas públicas. Otro ejemplo es el caso "*Lawrence vs. Texas*"³², por el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos derogó la ley de sodomía de Texas. El caso *Lawrence* anuló el caso *Bowers*, estableciendo que se había interpretado estrechamente el interés de la libertad. La mayoría de la Corte consideró que las prácticas sexuales consentidas formaban parte de la libertad protegida por el debido proceso fundamental establecido en la Decimocuarta Enmienda. La resolución tuvo como efecto la anulación de todas las leyes similares existentes por el país donde muchos estados penalizaban las prácticas homosexuales consentidas realizadas entre adultos y en privado; modifica también un modo tradicional distinto de interpretar la Constitución y generó políticas públicas en materia de privacidad y de igualdad. Tenemos también que la enmienda constitucional que en la India protege el derecho universal a la educación primaria y secundaria fue animada por una serie de sentencias judiciales que reconocían la relación entre la educación y la dignidad humana.

Vale subrayar que las políticas públicas, como acciones de gobierno, tienen como uno de sus objetivos dar racionalidad al uso de recursos escasos en el cumplimiento de las actividades estatales. Esto implica que la acción del Estado debe realizarse con productividad, economía, eficiencia y eficacia³³. En este proceso de racionalidad y análisis es necesario incluir el enfoque de los derechos

³¹ Se dictó la resolución el 17 de mayo de 1954 de forma unánime. Con ello, la Corte Suprema revocó los precedentes existentes desde *Plessy v. Ferguson* en 1896, en el que decidió mantener la constitucionalidad de la segregación racial incluso en lugares públicos bajo la doctrina "*Separate but equal*".

³² *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558. La resolución se pronunció el 26 de junio de 2003.

³³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos (OACNUDH) 2010, pág. 16

humanos³⁴ de carácter económico, social y cultural (DESC)³⁵, y, por otra parte, la obligación de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, que se complementa con el control judicial en sede constitucional.

Lo dicho encuentra apoyo en el argumento formulado por Carlos Alza Barco en el trabajo colectivo editado por "La Red de Derechos Humanos y Educación Superior", en el programa coordinado por la *Universitat Pompeu Fabra*, Barcelona, "Derechos Humanos y Políticas Públicas", en que afirma: "El enfoque de derechos también aporta al desarrollo la posibilidad de superar los análisis meramente utilitarios que focalizan la atención allí donde los recursos lleguen a mayor población, aun cuando los problemas sean menos serios; o la mera búsqueda de impacto cuantitativo, que suele llevar a decisiones más tendentes a la captura, a la elección pública basada en intereses electorales, entre otros vicios. De esta manera, el enfoque de derechos le da prioridad a la asignación de recursos a aquellos tipos de violación de derechos más severos o gruesos aunque solo sean afectados un pequeño número de personas, sin perjuicio de atender aquellos menos graves que afectan a un gran número de personas"³⁶. Más adelante, agrega "Las políticas públicas son un instrumento transformador de las prácticas de desarrollo que permite que las agencias, gobiernos, sociedad civil y organizaciones sociales modifiquen sus miradas y sus acciones"³⁷.

Volvamos a la idea central, el control jurisdiccional en sede constitucional a través del juicio de amparo, como garantía constitucional para la protección de los derechos humanos, resulta ser una herramienta útil en el proceso de formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas³⁸ para

³⁴ Aun cuando no existe una receta universal para tal enfoque, los organismos de la ONU lo han delimitado, acordando un conjunto de atributos fundamentales: cuando se formulen las políticas y programas de desarrollo, el objetivo principal deberá ser la realización de los derechos humanos; procurar las capacidades de las personas para demandar la vigencia de los derechos, para realizarlos o crear condiciones para su vigencia; y, los principios y las normas contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos deben orientar toda la labor de cooperación y programación del desarrollo en todos los sectores y en todas las fases del proceso de programación. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos. "Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos". 2006

³⁵ ¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2014.

³⁶ El enfoque basado en derechos. ¿Qué es y cómo se aplican las políticas públicas?, pág. 56.

³⁷ Ibidem. Pág. 57.

³⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde sus primeras sentencias contenciosas en los *casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz*, determinó que para cumplir con lo dispuesto por el artículo 25 no basta con la existencia formal de los

ajustarlas a los estándares de actuación a los que se encuentran compelidas todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, en virtud del mandamiento expreso del tercer párrafo del artículo 1ro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En efecto, los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional de los actos de todas las autoridades sobre una masa o catálogo de derechos humanos que se relacionan entre sí, en términos de armonización y de coordinación, a través de la interpretación conforme y del principio *pro homine*³⁹, y de entre ellos los que se encuentran en el proceso de diseño e implementación de una política pública, por lo que la inclusión de un enfoque de derechos humanos en el desarrollo de la programación administrativa, no solo es urgente, sino que además habría que tomar en cuenta que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes,⁴⁰ por disposición constitucional y convencional. Como destaca el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en el amparo en revisión 184/2012, "Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente"⁴¹.

Bien claro queda, por tanto, que si las políticas públicas son un instrumento metodológico que usa el discurso constitucional e internacional de los derechos humanos, el problema será determinar en qué medida el control jurisdiccional

recursos, sino que estos deben ser adecuados y efectivos para remediar la situación jurídica infringida. O sea, cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata, constituye una violación del derecho de acceso a la justicia, según lo dispone el artículo 25 de la Convención.

³⁹ El Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, por estar sustentado en el respeto a la dignidad de las personas (artículo 1º constitucional) y tener la obligación de proteger y garantizar los derechos humanos, tiene la obligación de preferir, cuando existan dos o más interpretaciones posibles de un enunciado normativo o de las normas, la que más favorezca la dignidad humana. Este es un criterio de interpretación que se fundamenta en las obligaciones contenidas en el referido numeral primero de la Constitución Federal.

⁴⁰ La Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 pone de relieve el carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, que se refuerzan mutuamente. Además, fue el preludio de otros adelantos. Los derechos de la mujer fueron finalmente reconocidos de manera indiscutible como derechos humanos. Se fortaleció el impulso para crear la Corte Penal Internacional.

⁴¹ Amparo en revisión 184/2012, de fecha 16 de agosto de 2012. Unidad de votos. Margarita Quezada Labra. Unanimidad de Votos.

constitucional a través del juicio de amparo puede asegurar el respeto a tales derechos sin que los efectos conlleven la subsunción de las facultades que son propias de la administración pública en el proceso de construcción de las políticas públicas.

Por consiguiente, es necesario detenernos a reflexionar sobre los estándares a adoptar para dar respuesta a los conflictos relacionados con las políticas públicas como medio para garantizar y hacer efectivo el ejercicio al derecho humano a la salud, cuando la falta de suministro de ciertos medicamentos (con CBD) pone en peligro el derecho humano a la vida, a vivir sin dolor y a la dignidad de las personas⁴².

ii. Juicios de amparo relacionados con el sector salud

Pensar la salud con el enfoque de un derecho refuerza la operatividad y exigibilidad del derecho mismo. La Observación general número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, dispone que el derecho a la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos; que tendrá que realizarse de manera progresiva. La realización progresiva significa que los estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la más plena realización. Además, destaca que "la efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud". Por lo demás, desarrolla la exigencia de la disponibilidad y accesibilidad, como facilitar medicamentos esenciales. Entender la salud bajo la dimensión de los derechos implica poder proyectar sobre ella las consecuencias de las obligaciones del Estado de proteger los derechos. En este sentido, hemos afirmado que el juicio de amparo es la única garantía constitucional de carácter jurisdiccional para garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

A nivel de exigibilidad judicial mediante la promoción del juicio de amparo encontramos los siguientes precedentes.

⁴² Tesis de rubro "DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES". Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Diciembre de 2009. Tesis LXV/2009. Pág. 8.

ii.i. El caso de la comunidad Mininuma

El punto inicial de referencia lo constituye el caso de la Comunidad de "Mininuma"⁴³, municipio de Metlatónoc, Guerrero, comunidad indígena de Na Savi (Mixteca), donde predomina la pobreza extrema, la discriminación sistemática y el acceso a los derechos humanos es un privilegio⁴⁴.

Las circunstancias de hecho que envuelven el caso

Desde el año 2004 las autoridades de la Comunidad solicitaron al Jefe de la Jurisdicción Sanitaria de la Montaña del Estado de Guerrero, su intervención para que la Comunidad pudiera contar con un Técnico de Atención Primaria a la Salud capaz de diagnosticar y atender algunas enfermedades padecidas por la población. Al año siguiente, la Secretaría de Salud del Estado de Guerrero contestó que le resultaba imposible enviar un médico debido a que en esa zona no existía un centro hospitalario. Ante tal circunstancia, la Comunidad construyó una casa que permitiera alojar al médico; sin embargo, las autoridades se concretaron en señalar que no había ni recursos ni personal. Finalmente, en el año 2007 el Secretario de Salud del Estado dio respuesta a una última petición de la Comunidad, expresando que le resultaba imposible atender esa petición porque las normas no permitían la construcción de un centro hospitalario en aquella localidad. De acuerdo con las normas aplicables, para poder construir el centro hospitalario, la Comunidad debía tener más de dos mil quinientos habitantes y no debía contar con algún centro de atención médica en quince kilómetros a la redonda; circunstancias que no se presentaban en Mininuma.

Inconformes con la decisión, la Comunidad presentó en agosto de 2007 el recurso de inconformidad ante la Secretaría de Salud, mismo que fue desechado porque la respuesta no constituía una resolución administrativa, por lo que no era recurrible.

Fue el 9 de noviembre del año 2007 cuando la Comunidad decidió interponer la demanda de amparo indirecto contra actos de distintas autoridades del sector salud del Estado de Guerrero, por vulnerar el derecho a la salud y a no sufrir

⁴³ Amparo número 1157/2007-II, sentencia del 11 de julio de 2008, Juez Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero.

⁴⁴ La Comunidad nunca había contado con una clínica cercana, ni personal médico y profesional capacitado, ni había sido posible tener acceso a una provisión básica de medicamentos que les permitiera atender enfermedades curables.

discriminación⁴⁵. La demanda⁴⁶ se turnó al Juzgado Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero y se radicó bajo el número 1157/2007-II.

Una vez celebrada la audiencia constitucional, el Juez de Distrito resolvió por sentencia del 12 de noviembre de 2008 otorgar el amparo a la quejosa y, al propio tiempo, determinó que el Estado se encuentra obligado a instrumentar acciones tendientes a lograr el bienestar físico y mental de los mexicanos, prolongar y mejorar la calidad de vida en todos los sectores; a propiciar y expandir en la medida de lo posible, la preservación y conservación de la salud. Como consecuencia, las autoridades debían: a) proporcionar los elementos necesarios al espacio físico construido por la Comunidad para su buen funcionamiento como Casa de Salud (acondicionamiento, mobiliario, medicamentos, etc.); b) que los vagones ubicados en Metlatónoc sean sustituidos por un verdadero centro de salud que cuente con las condiciones mínimas establecidas en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS), lo que implica un inmueble adecuado con los elementos y servicios necesarios para su buen funcionamiento como es infraestructura, personal y medicamentos, sin que las autoridades sanitarias puedan alegar falta de presupuesto pues se trata de un motivo injustificable para cumplir con un imperativo constitucional.

En este sentido, resulta claro que el Estado se encuentra obligado no solo a promulgar Leyes pertinentes, sino también a realizar actos concretos tendentes a impulsar políticas públicas para combatir la discriminación, a propiciar, expandir la preservación y conservación de la salud.

Sobre el particular, conviene tomar en cuenta el criterio sentado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 2ª. CVIII/2014, bajo el rubro que dice: "SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO"⁴⁷.

Desde nuestro punto de vista, el aporte de la tesis consiste en que, del lado del derecho a la salud, declara que "Teniendo como referente el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental contenido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

⁴⁵ El derecho a la salud comprende dos mandatos: 1) un mandato de igualdad de trato y; 2) un mandato de igualdad de oportunidades. Rey Martínez, Fernando. Análisis comparado del derecho antidiscriminatorio en europa.

⁴⁶ En la demanda de amparo se manifiesta que en la jurisdicción de la montaña solo existe un ginecólogo para atender a 17,654 mujeres en edad fértil.

⁴⁷ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Libro 12, noviembre de 2014, Tomo I, Pág. 1192. Amparo en revisión 378/2014. Adrián Hernández Alanís y otros. 15 de octubre de 2014

Culturales, se impone al Estado Mexicano, por una parte, la obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho a la salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el máximo de los recursos de que disponga. De ahí que se configurará una violación directa a las obligaciones del Pacto cuando, entre otras cuestiones, el Estado Mexicano no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado”.

Resulta claro, pues, que la Suprema Corte de Justicia se pronunció por un enfoque de los derechos humanos, de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el máximo de recursos de que disponga. En otras palabras, la referencias a tales expresiones nos conducen a la elaboración de políticas públicas, como expresión de una garantía primaria, para dar plena efectividad a los derechos humanos a la salud. Como es de esperarse, todo esto se vuelve problemático cuando aceptamos que es el Juez constitucional quien exige la elaboración de las políticas públicas a través de su sentencia estimatoria, cuando considera que se vulneraron los derechos a prestaciones en sentido amplio. Es importante destacar que el cumplimiento y ejecución de las sentencias de amparo debe ser total e importa una cuestión de orden público y de forzoso cumplimiento.

En este punto es posible advertir que la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación permite señalar que “La protección de la salud es un objetivo que legítimamente puede perseguir el Estado”,⁴⁸ toda vez que se trata de un derecho fundamental reconocido en el artículo 4º constitucional, en el cual se establece expresamente que toda persona tiene derecho a la *protección de la salud*⁴⁹. En esta línea, “no hay que perder de vista que este derecho tiene una proyección tanto individual o personal como una pública o social”⁵⁰.

⁴⁸ Amparo en revisión número AR 237/2014. 1ª Sala de la Suprema Corte de Justicia. Pág. 47. Amparo promovido por la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante y otros.

⁴⁹ Artículo 4. [...].

[...]

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.

[...]

⁵⁰ Tesis: 1ª. CCLXVII/2016. (10ª) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II. Pág. 895.

En cuanto a la salud de las personas en lo individual, vale la pena hacer notar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que “el derecho a la salud se traduce en la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva otro derecho fundamental, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica”⁵¹. De ahí que –sostiene la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia–, “el Estado tiene un interés constitucional en procurarles un adecuado estado de salud y bienestar”⁵².

Como puede apreciarse, la faceta *social o pública* del derecho a la salud consiste en el deber del Estado de atender los problemas de salud que afectan a la sociedad en general, así como en establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud⁵³.

Pero, justamente por este motivo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que el derecho a la protección de la salud comprende la recepción de medicamentos básicos para el tratamiento de las enfermedades y sus suministros⁵⁴. Años más tarde, dijo que “aunque en un Estado constitucional democrático el legislador ordinario y las autoridades gubernamentales y administrativas tienen un margen muy amplio para plasmar su visión de la Constitución y, en particular, para desplegar en una dirección u otra las políticas públicas y regulaciones que deben dar cuerpo a la garantía efectiva de los derechos, el Juez Constitucional puede contrastar su labor con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte de la normativa y vinculan a todas las autoridades estatales”⁵⁵.

⁵¹ P. LXVIII/2009, sustentada por el Tribunal Pleno, consultable en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, Diciembre de dos mil nueve, página seis, de rubro: “**DERECHO A LA SALUD. NO SE LIMITA AL ASPECTO FÍSICO, SINO QUE SE TRADUCE EN LA OBTENCIÓN DE UN DETERMINADO BIENESTAR GENERAL**”.

⁵² Amparo en revisión número 237/2014. Pág. 49

⁵³ P./J. 136/2008, sustentada en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVIII, octubre de dos mil ocho, página sesenta y uno, de rubro: “**SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 4o., TERCER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL**”.

⁵⁴ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XI, Marzo de 2000, pág. 12.

⁵⁵ Tesis “**DERECHO A LA SALUD. SU NATURALEZA NORMATIVA**” Semanario Judicial de la Federación Tomo XXXIV, de agosto de 2011, página 31, Novena Época.

En el camino de la interpretación al derecho a la salud, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo en revisión 476/2014⁵⁶, reconoció que la protección del derecho a la salud supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación. Agrega que algunas de las reparaciones que se pudieran dar es el establecimiento de un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud.

ii.ii. Otros amparos

Un baremo triádico inteligible que no da lugar a dificultades sobre la construcción de estándares y lineamientos de solución, puede situarse en los casos siguientes: dos resueltos por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en ejercicio de su facultad de atracción⁵⁷ y uno más que se radicó en el Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Primer Circuito bajo el número 1482/2015-II, cuya sentencia estimatoria se impugnó por las autoridades responsables mediante el recurso de revisión previsto en la Ley de Amparo, al que correspondió el número 299/2016 del índice del Decimonoveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, que lo resolvió en la sesión del seis de abril de 2017, y que en sus puntos dispositivos confirma y concede el amparo a los quejosos.

Bastará observar, para los fines del presente estudio, que en los dos primeros amparos se reclamó de distintas autoridades del Instituto Mexicano del Seguro Social así como de la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico de Insumos del Sector Salud, la no inclusión oportuna en el cuadro básico del medicamento *Eculizumab-Soliris*⁵⁸ y, la negativa de suministrar dicho fármaco que se estima requieren para su estabilización como última alternativa de tratamiento que disminuye su daño *hemólisis* al ser portador del síndrome de

⁵⁶ Sentencia del 22 de abril de 2015.

⁵⁷ (i) Facultad de atracción 198/2014, del amparo en revisión en que se reclama de distintas autoridades del Instituto Mexicano del Seguro Social la omisión del otorgamiento de atención médica integral oportuna mediante un tratamiento con un medicamento específico. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Fecha de resolución 23/04/2014. (ii) En relación con la solicitud del ejercicio de la facultad de atracción 381/2013, derivada del amparo en revisión en que se reclama de la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud y de las autoridades del Instituto Mexicano del Seguro Social, la negativa de suministrar un medicamento específico a la quejosa. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Fecha de resolución 30/04/2014.

⁵⁸ Fármaco para el tratamiento de los trastornos de la sangre.

Hemoglobinuria Paroxística nocturna⁵⁹. En tanto que en el tercer caso se reclamó del Consejo de Salubridad General la negativa para obtener la autorización para importar medicamentos a base de Cannabidiol (CBD).

En los dos primeros casos, no está del todo claro el lugar que ocupan las medicinas huérfanas en el derecho a la salud. Las “medicinas huérfanas”⁶⁰ se identifican como un medicamento en proceso de evaluación, diseñada para atender enfermedades con poco porcentaje de recurrencia entre la sociedad, por lo que los costos del producto al momento de la distribución suelen ser demasiado elevados. Así, un aspecto relevante a resolver es si el derecho a la salud incluye aquellos medicamentos en procesos de investigación y desarrollo económico.

Bajo este escenario destacamos que la expansión del derecho constitucional a la salud va más allá y por encima de los derechos liberales. De esta forma, el derecho a la salud tradicional se ha visto complementado por derechos de prestación. Robert Alexy sostiene que “con el objeto de no conculcar los derechos, no basta con que el estado se abstenga de interferir en los ámbitos que protege”⁶¹. El estado debe hacer algo. El tema se hace más interesante en el caso de los costos financieros que el estado tiene que erogar por las medicinas huérfanas, tomando en cuenta que la asignación de recursos por paciente es de siete millones de pesos, por lo que para tratar setenta y siete pacientes (casos registrados en México) de personas con la enfermedad denominada *hemoglobinuria paroxística* nocturna se requiere un presupuesto de seiscientos millones de pesos aproximadamente, es decir, cuando se plantea si el estado ha infringido o no el derecho a la protección de la salud.

De ahí la necesidad para determinar si el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado deben suministrar medicamentos conocidos como huérfanos aun cuando su eficacia y seguridad no está plenamente comprobada, y que por tanto, no están comprendidos en el cuadro básico y catálogo de insumos; y de manera más general, si las instituciones de salud están obligadas conforme al derecho humano a la salud a suministrar medicamentos huérfanos con un alto costo de

⁵⁹ Es una enfermedad rara y crónica causada por un defecto en la membrana de las células sanguíneas, debido a una mutación espontánea del sistema complemento, que lleva a la destrucción de los glóbulos rojos.

⁶⁰ Artículo 224 Bis de la Ley General de Salud. Medicamentos huérfanos: Los medicamentos que estén destinados a la prevención, diagnóstico o tratamiento de enfermedades raras, las cuales tienen una prevalencia de no más de 5 personas por cada 10,000 habitantes.

⁶¹ *Derechos sociales y ponderación*. Editorial Fontamara. Pág. 50.

adquisición. Precisamente, algunos pensadores consideran que el argumento presupuestal no es trivial cuando se trata de judicialización de los derechos.

El punto importante a tener en cuenta es que el derecho a la salud se tutela a través del juicio de amparo, como un medio de control constitucional de los actos de todo tipo de autoridades⁶².

El tercer caso⁶³, como se dijo, se refiere al amparo número 1482/2015 del índice del Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, donde el acto impugnado es la negativa de las autoridades sanitarias para permitir a la quejosa (menor de edad) el tratamiento de la enfermedad conocida como "*Síndrome de Lennox-Gastaut*", una forma de epilepsia infantil, tratada a base de la marihuana y el THC. La negativa de las autoridades tiene como sustento la aplicación de los artículos 103, 235, 237, 245, 247 y 248 de la Ley General de Salud.

Si bien la Resolución administrativa impugnada no invoca expresamente todos los artículos que en la demanda son tildados de inconstitucionales; sin embargo, su aplicación implícita se desprende de la política prohibicionista del Estado contenido en la Ley General de Salud para todos los actos relacionados con la Marihuana y el THC.

Materia de la Controversia en el amparo 1482/2015

La aplicación de los artículos 234, 235, 237, 245, 247, 248, 368 y 479 de la Ley General de Salud (conjuntamente "Política Prohibicionista") que prohíben la "*siembra, cultivo, cosecha, elaboración, preparación, acondicionamiento, adquisición, posesión, comercio, transporte en cualquier forma, prescripción médica, suministro, empleo, uso, consumo y, en general, todo acto relacionado*" con el Cannabis o cualquier producto que los contenga, incluyendo según la interpretación implícita del Consejo de Salubridad General, el *Cannabidiol*.

Con la Política Prohibicionista establecida en los artículos señalados se quiere disuadir a la población del consumo de Cannabis, proteger la salud personal y prevenir las adicciones.

⁶² **"DERECHO A LA SALUD. SU TUTELA A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO"**. Tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, página 32.

⁶³ Amparo promovido bajo la iniciativa, patrocinio, hechura y dirección del abogado *Andrés Aguinaco Gómez Mont*.

En efecto, la Política del Estado prohíbe categóricamente cualquier acto relacionado con el Cannabis, incluyendo cualquier tratamiento medicinal, ya sea de la planta de Marihuana directamente o de sus compuestos y reactivos.

Padecimiento de la quejosa menor de edad

La quejosa, menor de edad, padece el “*Síndrome de Lennox-Gastaut*”, una forma de epilepsia infantil. En el caso de la menor de edad, se trata de una epilepsia muy severa con aproximadamente 400 episodios diarios; 30 cada hora; sin considerar los que presenta cuando está dormida, porque el sueño no inhibe la actividad epiléptica del cerebro.

Los padres de la menor de edad no encontraron tratamiento alguno que lograra controlar las crisis epilépticas de su hija. Todos los tratamientos farmacológicos resultaron inútiles. Recurrieron inútilmente a la cirugía en el cerebro.

Con el procedimiento quirúrgico, fueron agotados todos los tratamientos farmacológicos y quirúrgicos legalmente viables y disponibles para Graciela en México.

Alternativas al tratamiento médico

Existe un alto número de registros sobre tratamientos exitosos alternativos para tratar el Síndrome de *Lennox-Gastaut* y otras formas de epilepsia infantil. En los últimos años, la comunidad médica en Estados Unidos de América y en Europa han revelado evidencia científica sobre la utilidad de medicamentos a base de *Cannabidiol* (en adelante, “CBD”) para tratar la epilepsia. En muchos casos, incluso, se ha logrado eliminar o mitigar las crisis de muchos niños que se han sometido a ese tipo de tratamientos.

Resolución del Juez de Distrito

El Juez de Distrito sostuvo en su sentencia de fecha nueve de mayo de dos mil dieciséis que:

“toda persona tiene derecho a la protección a la **salud**; y en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del **interés superior de la niñez**, garantizando de manera plena sus derechos, teniendo los niños y las niñas, el derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, **salud**, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral (artículo 4º, párrafos cuarto y octavo).

Dentro de los convenios internacionales suscritos por el Estado Mexicano sobre el tema del derecho a la salud, se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "*Protocolo de San Salvador*", que en sus artículos 25, 12 y 10 respectivamente, consagran esencialmente, la obligación a los Estados parte, de proteger, **respetar y cumplir progresivamente el derecho a la salud y no admitir medidas regresivas en su perjuicio** absteniéndose de denegar su acceso, garantizándolo en igualdad de condiciones y **sin limitante alguno**, también les impone obligaciones de efecto inmediato, como por ejemplo la de garantizar que el derecho a la salud sea ejercido sin discriminación alguna y de **adoptar medidas para su plena realización**, les exige el deber concreto y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia su plena obtención, de ahí que, el derecho a la salud deba entenderse como un derecho humano al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios **para alcanzar el más alto nivel posible de salud**.

Bajo este escenario, la Observación General Número 14 del Comité de los Derechos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, organismo encargado de monitorear el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados firmantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, substancialmente, consagra la obligación de proteger, respetar y cumplir progresivamente **el derecho a la salud** y no admitir medidas regresivas en su perjuicio, absteniéndose de denegar su acceso, garantizándolo en igualdad de condiciones y **sin condicionamiento alguno**, debiendo reconocer en sus ordenamientos jurídicos, políticas y planes medidas que faciliten el acceso de la población a los servicios de salud, es decir, este ordenamiento incluye no solamente la obligación estatal de respetar, sino también la de proteger y cumplir o favorecer este derecho. Ese cumplimiento requiere que los Estados reconozcan cuando menos en un mínimo vital que permita la eficacia y garantía de otros derechos, y emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población, entre las que figuran, fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro de resultados positivos en materia de salud; al igual que apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud".

A la luz de la sentencia que otorga el amparo a los quejosos –la menor de edad y sus padres–, el tema del uso de la marihuana ha vuelto a situarse en el debate nacional y provocado la implementación de disposiciones normativas permisivas. Para entender la importancia del debate en torno a la marihuana me parece necesario traer a cuento la sentencia que en el juicio de amparo en revisión pronunció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo el número RA 237/2014, que promovió un grupo de personas físicas para combatir la resolución de las autoridades sanitarias que negaron la solicitud para el autoconsumo de marihuana y que profundiza la argumentación elaborada en el juicio de amparo de la menor de edad y sus padres.

Pues bien, en la demanda de amparo⁶⁴ para el uso creativo de la marihuana los quejosos arguyen que “Con la Política Prohibicionista establecida en los artículos –234, 235, 237, 245, 247, 248, 368 y 479 de la Ley General de Salud–, se pretende disuadir a la población del consumo de Cannabis, proteger la salud personal y prevenir las adicciones. Para ello, se elige un régimen de prohibición categórica, que resulta contrario a los principios de libertad y dignidad humana sobre los cuales se funda toda sociedad democrática liberal”.

Agregan, además, que “La Política Prohibicionista viola en nuestro perjuicio los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad personal, el derecho a la autodeterminación, a la libertad individual y corporal, a la dignidad humana y el derecho a la libre disposición de la salud propia, entre otros, al impedirnos sembrar, preparar, acondicionar, poseer, transportar y autoconsumir Marihuana”.

En relación con el derecho a la salud, arguye Andrés Aguinaco que:

“... el legislador adopta una postura paternalista y opta por no permitir a los ciudadanos gozar de uno de los elementos fundamentales de su derecho a la salud, pues considera que en tratándose del consumo de Cannabis los ciudadanos no cuentan con el derecho de elegir ejercer su derecho o no.

En consecuencia, la Política Prohibicionista que prohíbe la siembra, preparación, posesión y otras conductas relacionadas con el Cannabis vulnera el derecho a disponer sobre la salud propia, pues supone que la salud personal es una obligación y no un derecho subjetivo, el cual los particulares pueden elegir disfrutar o no.

El Estado justifica la política de prohibición al consumo de las sustancias referidas, en la protección a la salud de los ciudadanos. De esta manera, actúa de una manera paternalista injustificada e incurre en un desconocimiento absoluto de la racionalidad, madurez intelectual, derechos y dignidad de sus gobernados.

El uso de Marihuana ha sido repudiado legal y moralmente. Esto es, se ha generado un estereotipo en torno al consumo de estas sustancias, que parte de suposiciones que son altamente cuestionables. Lo cierto es que la política prohibicionista no está sustentada en un estudio científico del daño que genera el consumo de Cannabis a los particulares, sino en juicios morales con una aparente neutralidad ética, para que la sociedad crea que no hay alternativas para decidir sobre el uso de la Marihuana, como si fuera una decisión entre el bien y el mal, decisión de rechazo que un ser moral no puede dejar de tomar.

⁶⁴ Amparo promovido bajo la iniciativa, patrocinio, hechura y dirección del abogado *Andrés Aguinaco Gómez Mont*.

En otras palabras, el Estado adopta una actitud panglosiana –según la cual, el rechazo es el mejor de los mundos posible- y procede a engrasar los engranajes del mecanismo social que fija la selección de repudio. En última instancia, ser moral no es adoptar la decisión del Estado, sino que consiste en saber libremente que las cosas pueden ser buenas o malas. Pero no significa saber, y mucho menos saber con certeza, qué cosas son buenas y qué cosas son malas.

En primer lugar, la política prohibicionista no tiene una finalidad legítima, pues coaccionar a una persona a gozar de buena salud contra su voluntad bajo ninguna óptica puede ser permitido. La salud, a menos que haya derechos de terceros en conflicto, como en el caso de una epidemia, es un área restringida exclusivamente al individuo. La imposición de un estándar único de una vida saludable no es admisible para un estado liberal, que basa su existencia en el reconocimiento de la singularidad e independencia humana. La salud del individuo es algo que no atañe a nadie salvo a él y no puede ser impuesta contra su propia voluntad.

En segundo lugar, la política prohibicionista no es instrumental para prevenir posibles riesgos a la salud ni para combatir las adicciones⁶⁵, ya que el número de consumidores de Cannabis ha aumentado en los últimos años y hay pruebas objetivas que muestran que el despenalizar el consumo no generaría un aumento en el consumo de la misma⁶⁶. Adicionalmente, la política no es instrumental, pues no hay evidencia que todo el consumo de Cannabis genere adicción o que necesariamente genere un daño a la salud. Finalmente, la Política Prohibicionista no es proporcional, toda vez que suprime más allá de lo estrictamente necesario del derecho a la salud; existen alternativas menos restrictivas de los derechos humanos para proteger la salud de los consumidores, y porque los perjuicios que genera la política pública son mayores a los beneficios que genera”.

La demanda se radicó en el Juzgado Décimo Primero de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito bajo el número 844/2013, quien calificó como infundados los argumentos de los quejosos y, por consecuencia, sobreseyó en el juicio de amparo. Inconformes con la resolución, interpusieron el recurso de revisión previsto en la Ley de Amparo que se resolvió en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En el amparo en revisión número 237/2014, de donde deriva el amparo 844/2013, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sesión del cuatro de noviembre de dos mil quince, se dice:

“Así, esta Primera Sala entiende que las normas impugnadas comportan un “sistema de prohibiciones administrativas” que forma parte del marco

⁶⁵ Amanda Feilding Convenor, *op.cit.*, pág. 10.

⁶⁶ Encuesta Nacional de Adicciones 2011, pág. 43

regulatorio previsto en la Ley General de Salud sobre el control de estupefacientes y psicotrópicos, el cual constituye un obstáculo jurídico para poder realizar lícitamente todas las acciones necesarias para poder estar en posibilidad de llevar a cabo el autoconsumo de marihuana (siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, etc.).

De acuerdo con lo anterior, puede concluirse que la finalidad del marco regulatorio para el control de estupefacientes y sustancias psicotrópicas previsto en la Ley General de Salud es la protección de la "salud" y el "orden público", puesto que de una interpretación sistemática del ordenamiento, así como de los distintos procesos de reforma a la ley, puede desprenderse que el legislador tuvo la intención de procurar la salud de los *consumidores* de drogas y proteger a la *sociedad* de las consecuencias perniciosas derivadas del consumo de las drogas, dado que se ha considerado que esta actividad tiene efectos nocivos tanto para el consumidor como para la sociedad en general.

Al respecto, esta Primera Sala entiende que *ambas finalidades* son constitucionalmente válidas. Por un lado, es evidente que la protección de la salud es un objetivo que legítimamente puede perseguir del Estado, toda vez que se trata de un derecho fundamental reconocido en el artículo 4º constitucional, en el cual se establece expresamente que toda persona tiene derecho a la *protección de la salud*.⁶⁷ En esta línea, no hay que perder de vista que este derecho tiene una proyección tanto individual o personal como una pública o social.

Respecto a la protección a la salud de las personas en lo *individual*, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en múltiples precedentes que el derecho a la salud se traduce en la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva otro derecho fundamental, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica.⁶⁸ De ahí que resulta evidente que el Estado tiene un interés constitucional en procurarles a las personas en lo individual un adecuado estado de salud y bienestar.

Por otro lado, la faceta *social o pública* del derecho a la salud consiste en el deber del Estado de atender los problemas de salud que afectan a la sociedad

⁶⁷ **Artículo 4. [...].**

[...]

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.

[...]

⁶⁸ P. LXVIII/2009, sustentada por el Tribunal Pleno, consultable en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, Diciembre de dos mil nueve, página seis, de rubro: "**DERECHO A LA SALUD. NO SE LIMITA AL ASPECTO FÍSICO, SINO QUE SE TRADUCE EN LA OBTENCIÓN DE UN BIENESTAR GENERAL**".

en general, así como en establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud⁶⁹. En el **amparo directo en revisión 4321/2014**⁷⁰, esta Primera Sala reconoció que en aras de tutelar y proteger el derecho humano a la salud, el Estado debe emprender las acciones necesarias para alcanzar ese fin, tales como el desarrollo de políticas públicas, controles de calidad de los servicios de salud, identificación de los principales problemas que afecten la salud pública del conglomerado social, etc. En este sentido, puede decirse que la propia Ley General de Salud identifica como un problema de salud pública el consumo de marihuana.

[...] vale la pena señalar que a lo largo del presente escrutinio de constitucionalidad se mostró que existen medidas alternativas que intervienen en un menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consistentes en regímenes de permisiones sujetos a las condiciones que el legislador considere pertinentes. En este orden de ideas, estas regulaciones pueden ser acompañadas por políticas públicas educativas y de protección a la salud. Por lo demás, si bien estas alternativas representan costos económicos para el Estado y la sociedad en general, éstos son comparables a los que se originan a través del sistema de prohibición al consumo personal”.

No sobra señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso *Lluy vs. Ecuador*, destacó que el Estado debe crear un marco normativo adecuado para proteger la salud de las personas, a partir del cual resulta imperativo la adopción de medidas positivas para protegerla, en función de las particulares necesidades de protección de los sujetos de derecho⁷¹.

De acuerdo con los deberes de regulación y fiscalización, el citado Tribunal Interamericano sostuvo:

“[L]os Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado

⁶⁹ P./J. 136/2008, sustentada en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVIII, octubre de dos mil ocho, página sesenta y uno, de rubro: **“SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 4o., TERCER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL”**.

⁷⁰ Sentencia de 10 de junio de 2015, resuelta por mayoría de cuatro votos de los Señores Ministros: José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo (Ponente), Olga Sánchez Cordero de García Villegas, y Presidente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en contra del emitido por el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien manifestó que se reserva el derecho de formular voto particular.

⁷¹ Sentencia del primero de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 168

La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud⁷².

De lo anterior debemos concluir que dada la obligación del Estado de proteger con especial interés la vida e integridad personal, a partir de la cual nacen los deberes de regular y fiscalizar, éstos se extienden a todas aquellas situaciones que representen algún riesgo para la salud de todas las personas.

Política pública del Estado en torno a las drogas

Es oportuno señalar que la política de drogas en México se ha sustentado en la prohibición administrativa y en el uso del derecho penal para sancionar y castigar la siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte y cualquier otra conducta relacionada con las drogas –entre ellas la marihuana–. Los resultados de la prohibición, en términos de reducir el consumo y el tráfico, han sido mínimos –por no decir nulos– y, por el contrario, sus costos han sido muy altos, sobre todo en términos de la pérdida de vidas humanas y de violencia.

Precisión metodológica

El régimen de distribución de competencias constitucionales confiere al Juez constitucional la obligación de proteger y garantizar el pleno goce de los derechos humanos; el artículo primero en relación con el 103 de la Constitución Federal así se lo imponen y lo legitiman para actuar en cumplimiento de ese fin. Cuando el juez constitucional o quien realice sus funciones así actúa, en ejercicio de sus competencias constitucionales, solo cumple su misión y contribuye al desarrollo y garantía de los derechos humanos.

En otras palabras, sostiene *Gregorio Peces-Barba*, “el juez constitucional no actúa en el marco de la voluntad política, sino que la razón de su intervención

⁷² Corte IDH, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 89 y 90.

afecta a la racionalidad jurídica y se enmarca en el ámbito de la interpretación constitucional”⁷³.

Desde esta perspectiva, un elemento clave para la comprensión del problema está en relación con el otorgamiento del amparo a los quejosos en el juicio 1482/2015-II. No se trata de una concesión para el efecto de que la autoridad responsable proporcione los medicamentos, sino que tiene la finalidad de compeler a la autoridad a seguir una metodología para la formulación e implementación de políticas públicas con un enfoque de derechos humanos.

Así pues, el principio que guía este análisis, en la que participan los derechos humanos clasificados como (DESC), con especial referencia al derecho a la salud y el uso de medicamentos, en el caso concreto, con CBD, parte de considerar que el derecho a la salud: 1) no implica que el Estado deba otorgar todas las medicinas que le sean solicitadas; pero no puede negar la asistencia médica a través del otorgamiento de permisos para importarlas, portarlas y consumirlas; 2) el derecho a decidir y a disponer de la salud propia. Resultados que llevan a plantearse la necesidad de proponer la metodología que incida en las políticas públicas que el Estado adopte, de conformidad con el marco constitucional e internacional de los derechos humanos⁷⁴.

⁷³ Reflexiones sobre los derechos sociales. Contribuciones al seminario “La teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy”. Obra colectiva Derechos sociales y ponderación. Editorial Fontamara. Madrid-México, 2010, página 98.

⁷⁴ Tesis: DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. LXV/2008. Primera Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVIII, Julio de 2008. Pág. 457.

III. MARCO GENERAL DE LOS ESTÁNDARES EN DERECHO COMPARADO

1. República de Sudáfrica

La Constitución de la República de Sudáfrica⁷⁵ contiene una declaración de derechos humanos, entre los que se incluyen derechos socioeconómicos, como el de salud, el alimento, el agua y la seguridad social. La justiciabilidad de estos derechos y de los otros incluidos en el catálogo constitucional se ha logrado mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quien ha reconocido a esos derechos una fuerza jurídica "transformadora", en el contexto de una historia de racismo y una extendida exclusión social. En la sección 27 (1) del texto fundamental se dispone el derecho a "tener acceso a servicios de salud, incluidos los servicios de salud reproductiva; alimentación y agua suficiente; y seguridad social, incluida, si no son capaces de mantenerse a sí mismos y a sus dependientes, una asistencia social apropiada". Lo interesante de la configuración constitucional es la siguiente subsección del artículo que dice: "El Estado debe tomar medidas legislativas razonables y de otro tipo, en la medida de los recursos disponibles, para conseguir la realización progresiva de estos derechos"⁷⁶.

Como afirma *Sandra Liebenberg*⁷⁷, este país "es un ejemplo de cómo los tribunales sudafricanos están desarrollando un modelo para el examen judicial de los derechos socioeconómicos basado en principios, pero también es un modelo pragmático, que apoya los fines transformadores de la Constitución"⁷⁸.

⁷⁵ La Constitución de la República de Sudáfrica fue adoptada por la Asamblea Constituyente el 11 de octubre de 1996, certificada por el Tribunal Constitucional el 4 de diciembre, y firmada por el presidente Nelson Mandela el 10 de diciembre. www.gob.za

⁷⁶ www.gov.za

⁷⁷ La descripción de los casos y las citas teóricas son tomadas del capítulo dedicado a Sudáfrica, escrito por Sandra Liebenberg, identificado como Capítulo 4 "Sudáfrica: El reconocimiento judicial de los derechos sociales en el contexto de una constitución transformadora" en Malcolm Langford (editor) *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes*, pp. 145 a 179.

⁷⁸ *Idem*.

Los casos relevantes en la jurisprudencia del derecho a la salud vienen a ser *Soobramoney v. Minister of Health*⁷⁹ y *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Other (TAC)*⁸⁰.

El primer caso consiste en el reclamo del señor *Thiagraj Soobramoney*, de 42 años, desempleado y con severas carencias económicas, que sufre de un daño renal crónico e irreversible, entre otros problemas de salud. El señor *Soobramoney* solicitó al Hospital estatal *Addington* en Durban, su admisión al programa de diálisis; sin embargo, el hospital rechazó su solicitud porque sus condiciones generales de salud no lo hacían un candidato viable bajo los criterios establecidos por el hospital.

Inconforme con la decisión, acudió a la Corte en Durban argumentando que tenía el derecho a recibir el tratamiento, de conformidad con sus derechos constitucionales. Su reclamo fue rechazado. De ahí que apeló la decisión ante la Corte Constitucional de Sudáfrica alegando que tal rechazo violaba sus derechos constitucionales.

El Tribunal Constitucional abordó el reclamo desde la perspectiva del derecho al acceso cualificado a los servicios de salud y determinó que el caso debía evaluarse desde el contexto de las necesidades del sistema de salud, pues de acceder a esa petición sin más, "el presupuesto de salud tendría que aumentarse enormemente en perjuicio de otras necesidades que tiene que cumplir el Estado".

El Tribunal resolvió declarar infundado el recurso del actor, al concluir que la política del Estado no era irracional y que un "tribunal será precavido a la hora de interferir en decisiones racionales tomadas de buena fe por órganos políticos y autoridades médicas cuya responsabilidad es ocuparse de esos asuntos". Así, el Tribunal Constitucional analizó la política de la autoridad sanitaria, su programación presupuestaria y las prioridades de atención médica, todo lo cual lo llevó a la conclusión de que la negativa a ese tratamiento en favor del paciente actor era producto de una política pública aceptable desde la perspectiva del derecho a la salud y el respeto al principio de división de poderes, en otras palabras, una programación razonable de recursos ilimitados que desgraciadamente excluye al actor de un beneficio, que al no ser arbitraria, no deviene en una violación a su derecho de salud.

⁷⁹ www.gov.za Corte Constitucional de Sudáfrica. Caso CCT 32/97 del 27 de noviembre de 1997.

⁸⁰ www.gov.za Corte Constitucional de Sudáfrica. Caso CCT 8/02 del cinco de julio de 2002

En el segundo caso, bajo la denominación *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Other (TAC)*, el Tribunal Constitucional declaró fundado el reclamo de los demandantes, un número de asociaciones y miembros de la sociedad civil relacionados con el tratamiento a los enfermos de HIV/AIDS y la prevención de nuevas infecciones, por sus siglas TAC, que impugnaron el programa de gobierno que limita la transmisión del VIH de madres a hijas, al prohibir la administración general del antirretroviral, la *Nerivapina*, salvo una pequeña dosis, en hospitales y clínicas públicas, en adición a la falta de un programa general para abordar el problema. El Tribunal rechazó los argumentos del Gobierno que apuntaban a la falta de recursos y a la preferencia de métodos consultivos y de asesoría para los pacientes, pues se determinó que la prestación del medicamento era indispensable para tratar el problema de salud pública, por lo que dio órdenes perentorias para otorgar ese medicamento cuando fuera médicamente recomendado y, además, prescribió al Gobierno la obligación de adaptar su política y, en su caso, a considerar "si aparecían métodos igual de apropiados o mejores que se pudieran usar para prevenir la transmisión del sida de madres a hijos".

Arguye *Sandra Liebenbergs*, que "[l]os principales factores para explicar la valentía del Tribunal en este caso fueron la falta de otras alternativas para conseguir una reducción sustancial de la TVMH, las graves consecuencias para las madres y los niños pobres en caso de no suministrarse el tratamiento antirretroviral y la naturaleza de las pruebas proporcionadas por los expertos y por la organización *Treatment Action Campaign*⁸¹. Estas pruebas le permitieron analizar las consecuencias que tendría la intervención judicial en la capacidad general y financiera del Estado, y se ocupó de ellas"⁸².

En los dos casos relatados, el estándar de escrutinio del Tribunal Constitucional se puede resumir en los siguientes puntos: El catálogo de derechos socioeconómicos establecido en la Constitución no establece una obligación directa e incondicionada al Estado de proporcionar bienes y servicios sociales a las personas que lo solicitan; por el contrario, son tres los factores que deben considerarse: adopción de medidas razonables, el cumplimiento progresivo y la disponibilidad de recursos, cuya consideración conjunta constituye el estándar denominado "revisión razonable", mediante el cual se responde a la pregunta ¿los medios escogidos son razonablemente capaces de facilitar el cumplimiento efectivo de los derechos socioeconómicos que se analizan?

⁸¹ Organización activista sudafricana contra el sida, fundada el 10 de diciembre de 1998 por Zackie Achmat.

⁸² Idem.

Sobre el mencionado estándar, el Tribunal Constitucional Sudafricano estableció que: "Cuando un tribunal considere la razonabilidad de una medida, no se preguntará si se podían haber adoptado otras medidas más deseables o favorables, o si el dinero público se podía haber gastado de una mejor forma. La pregunta será si las medidas que se han adoptado son razonables. Es necesario reconocer que el Estado, para cumplir con sus obligaciones, podría adoptar una amplia variedad de medidas positivas. Muchas de esas medidas cumplirían con el requisito de razonabilidad. Una vez que se muestra que las medidas son razonables, se cumple con este requisito."

Esta deferencia al legislador, mediante la aplicación de un estándar ordinario de razonabilidad, se deja a un lado cuando se impugna la falta de un servicio requerido para dar efecto al derecho y cuando las consecuencias de la negativa son muy graves para el grupo que lo solicita; sin embargo, en esos casos, en los que no existe "muchas alternativas", el Tribunal ha otorgado flexibilidad al gobierno para diseñar la política pública.

El escrutinio de razonabilidad exige del Gobierno el cumplimiento de los siguientes rasgos para que su política pública sea validada constitucionalmente: integralidad, coherencia y coordinación; estar disponibles los recursos financieros y humanos; ser equilibrados y flexibles, y dar espacio para las necesidades de corto, mediano y largo plazo; razonablemente concebidos y puestos en práctica; ser transparentes y comunicados al público.

La prueba de que este estándar de razonabilidad no es hueco, que legitime cualquier medida impugnada es el requisito jurisprudencial de considerar a aquéllos cuyas necesidades son más urgentes y cuya capacidad de disfrutar todos los derechos se encuentran en mayor peligro. Para el Tribunal Constitucional, "[s]i las medidas, aunque sean estadísticamente exitosas, no responden a las necesidades de las personas en situación más desesperada, tal vez no pasen el test".

Sobre este último punto, cabe decir que parte de la jurisprudencia sudafricana, como sostiene *Liebenberg*, se basa en el presupuesto de que la tutela del derecho socioeconómico se superpone con el de igualdad, pues muchas veces más que la razonabilidad de un programa o política pública, el escrutinio constitucional se centra en someter a evaluación la justificación dada por el Gobierno para excluir a un grupo determinado de los beneficios de un programa de gobierno, en cuyo caso la determinación del Tribunal puede culminar en ordenar integrar a ese grupo vulnerable a los beneficios del programa es cuestión. El estándar de esta sub-categoría de casos se encuentra formulado explícitamente en el caso de *Khosa v Minister of Social*

*Development*⁸³, en el que se determinó inconstitucional la exclusión de los extranjeros, con residencia permanente, de los servicios de seguridad social.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica se estructura sobre el estándar de revisión razonable, del que cabe extraer algunas conclusiones: permite dar eficacia directa al derecho humano de naturaleza prestacional y, al mismo tiempo, espacio al Gobierno para formular las políticas públicas para garantizar el derecho (establecer los medios), quien podrá demostrar la legitimidad de sus programas conforme a sus recursos y a las necesidades colectivas, al mismo tiempo que debe cumplir con los requisitos de razonabilidad, inclusividad y un mínimo esencial para los más necesitados, ya que el Tribunal suele evaluar cada programa impugnado conforme a la valoración individualizada de la posición del grupo actor, la naturaleza del servicio que demandan y las consecuencias de la negativa del servicio y la repercusión en otros derechos humanos. Esta alternativa de revisión judicial tiene la ventaja de evitar "la dificultad preponderante del proceso de decisión judicial a la hora de garantizar que el remedio que se le concede a un grupo específico de demandantes no es inequitativo, comparado con el tratamiento que reciben otros grupos sociales, ni produce distorsiones imprevistas en la planificación social y económica"⁸⁴.

Puede decirse que el reconocimiento del estándar anterior tiene como presupuesto una amplia facultad para determinar con discrecionalidad los efectos de las sentencias; al respecto, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica ha reconocido que el fin es lograr el respeto a los derechos socioeconómicos. Así, en *Fose v. Minister of Safety and Security*⁸⁵, estableció que "[l]os tribunales tienen una responsabilidad específica a este aspecto y están obligados a forjar nuevas herramientas y darles forma a remedios en caso de necesitarse, como conseguir este fin".

De ahí que, cuando se ordena al Estado que cumpla con obligaciones positivas para dar cumplimiento a un derecho socioeconómico, asume una jurisdicción de seguimiento al cumplimiento de la sentencia, en el que ordena al Estado a que diseñe y presente un plan de acción para remediar la violación, para lo cual habrá de enviar informes periódicos. La idea es que con esas medidas se puedan resolver problemas estructurales de violación a un derecho y que sean los poderes legislativo y ejecutivo quienes decidan la mejor política

⁸³ Corte Constitucional de Sudáfrica. Caso CCT 12/03, 4 de marzo de 2004. www.gov.za

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Corte Constitucional de Sudáfrica. Caso CCT 14/96, 5 de junio de 1997. www.gov.za

que estimen conveniente para tal fin, al mismo tiempo que permite al tribunal cumplir con su función de garantizar el cumplimiento de la Constitución. Se trata de una fórmula de control constitucional que permite la reconciliación de dos principios: la juridicidad de los derechos humanos y el respeto al principio de división de poderes en el contexto del Estado constitucional de derecho.

Tal y como lo afirma *Liebenberg*, el test de revisión de razonabilidad, exige una interpretación sustantiva y no una deferencia hueca, "por lo que requiere un análisis cuidadoso de las consecuencias que tienen las privaciones socioeconómicas en la capacidad de los grupos desfavorecidos para participar como iguales en todas las esferas de la sociedad sudafricana. Requiere también que la carga de la prueba del Estado sea muy estricta a la hora de justificar no haber planeado, adoptado e implementado programas que permitan a los grupos desfavorecidos tener acceso a servicios y recursos sociales básicos. Eso incluirá asignar al Estado la carga de probar la razonabilidad de su inacción e incorporar un test de proporcionalidad. A su vez, el test de proporcionalidad requerirá que el Estado mostrará que ha agotado todas las alternativas razonables para garantizar que los grupos desfavorecidos no se vean totalmente negada la satisfacción de sus necesidades básicas, y entre esas alternativas estaría adoptar medidas paliativas"⁸⁶.

Por último, viene a cuento mencionar el caso número CCT 11/2000, *República de Sudáfrica Vs. Irene Grootboom* y otros, sentencia del 4 de octubre de 2000.

El caso se refiere a un grupo de peticionarios que se quedaron sin vivienda como resultado de su desalojo de tierras que ocupaban ilegalmente, destinadas a un plan de vivienda de bajo costo. Las condiciones en las que vivían los peticionarios eran lamentables.

La Corte resolvió que "los derechos económicos y sociales están incluidos expresamente en el *Bill of Rights*, no puede decirse que son palabras". Agrega que, "El artículo 7.2 de la Constitución establece que el Estado debe "respetar, proteger y promover los derechos que se encuentran establecidos en el *Bill of Rights*, y los jueces están obligados a asegurar que estén garantizados. En consecuencia, la cuestión no es entonces si los derechos económicos y sociales son materia justiciable a la luz de nuestra Constitución, sino como garantizar su protección en un caso concreto". Parr. 20.

⁸⁶ Idem.

Más adelante, la Corte expresa que: "Las medidas deben establecer un programa habitacional coherente dirigido a la realización progresiva del derecho al acceso a una vivienda digna, dentro de los recursos disponibles del Estado. El programa debe facilitar el pleno ejercicio del derecho. El diseño y contenidos de las medidas a adoptar son principalmente facultades discrecionales del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Sin embargo, deben asegurar que las medidas adoptadas sean razonables. Cuando un juez considere la razonabilidad de las medidas, no valorará si otras medidas pudieron ser tomadas, si hubiesen sido más favorables, o si se hubiese podido utilizar el presupuesto de otra manera. La cuestión a decidir será, en cambio, si las medidas efectivamente adoptadas fueron razonables. Es necesario reconocer que existe un amplio espectro de medidas que pueden ser adoptadas por el Estado para cumplir con sus obligaciones constitucionales, y muchas de ellas pueden considerarse razonables. Cuando se demuestra que lo son, puede decirse que la obligación se encuentra cumplida". Parr. 41.

Agrega que: "El Estado está obligado a tomar medidas legislativas y *otras medidas* razonables. Las medidas legislativas por sí solas no son suficientes para cumplir con el mandato constitucional. El Estado se encuentra obligado a actuar en función de lograr los resultados esperados, y para ello las medidas legislativas deben estar respaldadas por políticas apropiadas y programas bien implementados por el Poder Ejecutivo. Estas políticas estatales y programas deben ser razonables en su concepción y durante su implementación. La formulación de un programa es sólo el principio en el camino para lograr el cumplimiento de las obligaciones. El programa debe también ser razonablemente implementado. Un programa razonable que no sea razonablemente implementado no cumple con la obligación constitucional. Párr. 42.

Termina diciendo la resolución en su párrafo 96, que: "A la luz de las conclusiones a las que llego, es necesario y apropiado que esta Corte disponga una orden declarativa. Esta orden requiere acciones del Estado dirigidas a cumplir con las obligaciones impuestas por el artículo 26.2 de la Constitución. Esto incluye la obligación de diseñar, financiar, implementar y monitorear medidas que tiendan a mejorar la situación de quienes se encuentran en estado de extrema necesidad".

2. República de Colombia

En Colombia, los derechos sociales y culturales han tenido un desarrollo normativo muy amplio e interesante debido a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que a través de la acción de tutela⁸⁷ —juicio equivalente al amparo en México—, ha dotado de contenido normativo a esos derechos incorporados en un capítulo especial de la Constitución de 1991⁸⁸.

La Corte Constitucional en la acción de tutela T-016/07, que promovió Ana Belén Angulo Zapata y resuelta el 22 de enero de 2007, asigna el carácter de derechos fundamentales a los DESC por cuanto que tiene vinculación necesaria con la dignidad y el ejercicio de todas las libertades y el libre desarrollo de las capacidades del individuo⁸⁹.

El reconocimiento de contenido normativo a los derechos sociales (entre ellos la salud) tiene un mínimo obligatorio: que la autoridad diseñe y adopte un plan de acción para ejecutar ese derecho. En sus términos, “la ausencia de esa

⁸⁷ Constitución Política de Colombia. Artículo 86. “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

⁸⁸ La descripción teórica de los estándares aquí descrito es retomada del capítulo dedicado al análisis de la jurisprudencia de Colombia escrita por Magdalena Sepúlveda y Cesar Rodríguez Garavito, identificado como Capítulo 7 “Colombia: La Corte Constitucional y su contribución a la justicia social”, en Malcolm Langford (editor) Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, pp. 235 a 261.

⁸⁹ De la tesis se desprende el criterio siguiente: **DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS-** *La fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin. En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad.*

planificación sería contraria a la Constitución” (T-595/02⁹⁰, T-025/04⁹¹ y T-760/08⁹²).

En el último de los casos apuntado, esto es, el número T-760/08, la Corte Constitucional de Colombia identificó las deficiencias estructurales del sistema de salud que daban lugar a problemas generales, graves y recurrentes relacionados con la protección de las obligaciones que se derivan del derecho a la salud –concretamente, el acceso a servicios de salud que se requieren–. Se estaba frente a un patrón sistemático de violaciones al derecho a la salud causado por problemas estructurales de la política pública, frente a la cual las órdenes para el caso concreto resultan insuficientes.

La Corte dijo que:

“3.3.6. Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento *inmediato*, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico), o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–). Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento *progresivo*, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Tanto la decisión democrática acerca del grado de protección que se brindará a un derecho fundamental en sus facetas prestacionales, como la adopción e implementación de las formas específicas de garantizar su efectivo respeto, protección y cumplimiento, suponen que el cumplimiento de este tipo de obligaciones se logre progresivamente. En tal sentido, el cumplimiento de este tipo de obligaciones no se satisface con la simple actuación estatal, ésta debe ser ajustada a la Constitución, por lo que debe estar encaminada a garantizar el goce efectivo de los derechos”.

3.3.7. Ahora bien, la Corte no sólo reconoce que la defensa de muchas de las facetas prestacionales de un derecho constitucional requiere acciones variadas y complejas por parte del Estado. También reconoce que les compete

⁹⁰ Acción de tutela instaurada por Daniel Arturo Bermúdez Urrego. Caso resuelto el primero de agosto de 2002. Especial atención a personas con discapacidad.

⁹¹ Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaña, Agripina María Núñez. Caso resuelto el 22 de enero de 2004. Protección a la población desplazada.

⁹² Acciones de tutela instaurada por Luz Mary Osorio Palacio y expedientes acumulados. Casos resueltos el 31 de julio de 2008. Derecho a la salud.

a las autoridades constitucionalmente establecidas para tal labor, decidir cuáles son las acciones y medidas necesarias para que se garantice el derecho del accionante. Garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean estos de libertad o sociales, es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de sus funciones principales en un Estado Social de Derecho.

3.3.10. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha precisado tres condiciones básicas, a la luz de la Constitución Política, que debe observar toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional.

3.3.11. La primera condición es que la política efectivamente exista. No se puede tratar de unas ideas o conjeturas respecto a qué hacer, sino un programa de acción estructurado que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar. Por eso, como se dijo, se viola una obligación constitucional de carácter prestacional y programática, derivada de un derecho fundamental, *cuando ni siquiera se cuenta con un plan* para progresivamente cumplirla. Así pues, en la sentencia T-595 de 2002, por ejemplo, - en lo que respecta a las dimensiones positivas de la libertad de locomoción de los discapacitados - al constatar que la entidad acusada violaba el derecho fundamental exigido, por no contar con un plan, la Corte resolvió, entre otras cosas, tutelar los derechos a la libertad de locomoción y a la igualdad del accionante, en razón a su discapacidad especialmente protegida.

3.3.12. La segunda condición es que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho. En tal sentido, por ejemplo, no puede tratarse de una política pública tan sólo simbólica, que no esté acompañada de acciones reales y concretas. Así pues, también se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) *“sólo está escrito y no haya sido iniciada su ejecución”* o (ii) *“que así se esté implementando, sea evidentemente inane, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable”*.

3.3.13. La tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática. En tal sentido, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) *‘que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan’*, o (ii) *‘que sí brinde espacios, pero éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente.’* Cuál es el grado mínimo de participación que se debe garantizar a las personas, depende del caso específico que se trate, en atención al tipo de decisiones a tomar. Por ejemplo, en la sentencia T-595 de 2002, a propósito de la protección de la libertad de locomoción en el contexto del transporte público, la Corte indicó, con base en el pronunciamiento expreso del legislador, que el alcance mínimo que se debía dar a la participación ciudadana en esta área, debía contemplar *“por lo menos, a la ejecución y al sistema de evaluación del plan que se haya elegido.”* La Corte

resolvió proteger el derecho a la participación del accionante, en su condición de miembro de organizaciones para la defensa de las personas con discapacidad.

3.3.14. En conclusión, la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos, (1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados.

Conviene subrayar que el concepto central de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha sido el producto de un ejercicio de interpretación de “el mínimo vital”, que se refiere a las “condiciones mínimas para llevar una vida digna”, y del cual se desprenden implícitamente los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la seguridad social. Relacionado con lo anterior, la Corte Constitucional ha desarrollado otro concepto construido interpretativamente: el “estado de cosas inconstitucional⁹³” –por causa del desplazamiento forzado–, consistente en una situación generalizada y masiva de transgresiones a los derechos fundamentales, cuya causa involucra a diversas autoridades; cuando se constata lo anterior la Corte ordena a dichas autoridades el diseño de políticas públicas, esfuerzos coordinados, que habrán de ejecutarse en un determinado tiempo. Un caso típico de estado de cosas inconstitucional justamente se ha encontrado en el ámbito de salud, en casos que han involucrado a miles de pacientes que interponen juicios constitucionales para demandar atención médica en ciertos rubros.

La posibilidad de impulsar la realización de una política pública⁹⁴ –quehacer del Estado–, para solucionar la afectación al derecho a la salud tiene asidero en la premisa de la Corte de que el derecho a la salud es un derecho progresivo, a menos que se encuentre en riesgo objetivo el mínimo vital del afectado, en cuyo caso se requiere de acción inmediata, como es cuando se pone en peligro inmediato los derechos a la vida y a la integridad personal. En este último caso, la Corte ha determinado que el remedio judicial es el otorgamiento directo de los medicamentos o del tratamiento médico requerido medicamente; en oposición, cuando no se encuentre en riesgo objetivo el mínimo vital, el remedio judicial es la realización de una política pública.

⁹³ Sobre el concepto de estado de cosas inconstitucional ver las sentencias SU-559 de 1997, T-069 de 1998, T-153 de 1998 y T-025 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁹⁴ *Juan Carlos Henao Pérez*. El Juez constitucional: Un actor de las políticas públicas. Las políticas públicas, otro monopolio exclusivo del Legislativo y el Ejecutivo, tienden a ser impulsadas por la rama jurisdiccional, específicamente por las altas Cortes. *Revista de Economía Institucional*, Vol. 15, No. 29, segundo semestre/2013, pp.67-102

En efecto, cuando no exista una afectación directa al mínimo vital, la determinación de requerir el diseño de una política pública permite evitar que los juicios constitucionales se conviertan, como lo afirman Magdalena Sepúlveda y Cesar Rodríguez Garavito, en una indeseable “válvula de escape” del sistema de salud, con efectos negativos sobre la equidad, la sostenibilidad financiera y la eficiencia del sistema⁹⁵.

Los criterios de la Corte Constitucional de Colombia, como mencionan los autores citados, muestran “que no ha desconocido la importancia del principio de separación de poderes⁹⁶ y la necesidad de respetar las prioridades del gasto adoptadas mediante el proceso presupuestario nacional. Sin embargo, ha considerado que, en circunstancias excepcionales, cuando una persona está en una situación de extrema necesidad, la única manera que tiene de cumplir con su mandato constitucional de garantizar la vida, la integridad personal y la dignidad humana es ordenando a las autoridades relevantes efectuar los gastos requeridos”.

A fin de determinar cuándo es apropiado ordenar una política pública y cuando ordenar directamente el pago del tratamiento médico, la Corte Constitucional de Colombia ha determinado que procede lo segundo cuando se satisfacen los siguientes requisitos: a) por la falta de medicamento o tratamiento amenaza la vida o la integridad del paciente; b) el medicamento o el tratamiento no se pueden reemplazar por uno de los tratamientos incluidos en el plan de salud, o cuando, existiendo el reemplazo, no tiene el mismo efecto; c) el paciente no se puede permitir el costo del medicamento o el tratamiento; y d) el medicamento o tratamiento ha sido prescrito por un médico que pertenece a la institución requerida. En caso contrario, el derecho a la salud se considera progresivo y, por tanto, sólo requerir la formulación de una política pública.

Viene al caso traer a cuenta la resolución que pronunció la Corte Constitucional de Colombia en el caso T-180/13, del dos de abril de dos mil trece, en la acción de tutela promovida por Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich, contra la Nueva EPS, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad humana, que considera vulnerados al negarle un servicio médico de calidad. La resolución revoca los fallos de instancias inferiores y concede el amparo. La interpretación radica en

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ *Vladimiro Naranjo Mesa*, ex magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, sostuvo que “las sentencias de un tribunal constitucional tienen, por su propia naturaleza, una enorme e insoslayable incidencia política” (2002, 489-497). Citado por Juan Carlos Hernao Pérez. Un juez constitucional: un actor de las políticas públicas. *Revista de Economía Institucional*. Vol. 15, No. 29, segundo semestre/2013, pág. 74

que toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Teniendo en cuenta lo anterior, dice la Corte, “las Entidades Promotoras de Salud están obligadas a suministrar los procedimientos, medicamentos, intervenciones o elementos que se requieran, siempre y cuando éstos sean vitales para preservar la salud y la vida en condiciones dignas de las personas”.

Por último, es importante señalar que en la sentencia número SU-913 de 2009⁹⁷, la Corte Constitucional de Colombia indicó que el fallo judicial busca superar un *statu quo* injusto y garantizar la vigencia de los principios constitucionales. Además, dijo que se trata de una tendencia de defensa objetiva de los derechos fundamentales, que no escapa al ámbito de políticas públicas, donde el juez constitucional no es neutral o pasivo ante la situación.

Finalmente, cabe señalar que la Corte Constitucional de Colombia, que en sus sentencias T- 153/98, T-025/04, y T-760/08, incluyó diversas medidas, no sólo para declarar la inconstitucionalidad del estado de cosas en relación con el establecimiento carcelario, la situación de la población interna desplazada y el acceso a los servicios de salud, sino para establecer los lineamientos que permitieran reformar de manera sistémica dichas problemáticas en el Estado colombiano. El proceso judicial implicó la determinación de políticas públicas. Ejercicios semejantes se han realizado por otros tribunales constitucionales: Argentina, Costa Rica, India y Sudáfrica, entre otros.

⁹⁷ Acción de tutela instaurada por ELIZABETH VARGAS BERMÚDEZ contra el Tribunal Administrativo del Tolima y otros expedientes acumulados. Resolución del 11 de diciembre de 2009.

IV. EL JUEZ DE CONTROL CONSTITUCIONAL: UN ACTOR EN LA PROCURACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EL CAMBIO SOCIAL

Las reformas constitucionales de la primavera del 2011 sobre derechos humanos y los reclamos de justicia de la sociedad en general, han llevado a que el Juez federal de control constitucional mediante el juicio de amparo se constituya en un procurador y garante de las políticas públicas, en tanto expresión constitucional de la democracia.

Sostiene Juan Carlos Henao Pérez que "la gobernanza, la posesión de condiciones financieras y administrativas para transformar en realidad las decisiones que toma el Estado, ha entrado en crisis. No por falta de recursos, sino por la delimitación de prioridades. En muchas ocasiones a esto se suma la falta de voluntad de algunos actores para modificar condiciones sociales específicas. En otras palabras y en concordancia con lo dicho antes, la crisis se debe a que existe un déficit de implementación de las acciones del estado"⁹⁸.

¿Qué inferimos?

Que no basta la gobernanza para transformar una situación problemática o socialmente trascendente. El Estado no ha resultado lo suficientemente efectivo para asegurar los derechos humanos de las personas, e incumple con las obligaciones que el artículo primero, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impone a todas las autoridades, a saber: promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Por tal motivo, el control constitucional de los jueces de amparo hay que expandirlo a fin de que ningún derecho humano reconocido en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, suscritos por la República, quede sin aplicación, sin cumplimiento, sin efecto útil. No cabe duda que el Juez de amparo, por la naturaleza de su función y de los asuntos que conoce, tiene la obligación de velar por materialización de los derechos humanos y, por lo mismo, una enorme incidencia en la política pública y que, en razón del déficit mencionado, las personas acuden a su jurisdicción para superarlo o, al menos, para hacerlo más tolerable.

⁹⁸ El Juez constitucional: un actor en las políticas públicas. Revista de Economía Institucional, Vol. 15, Número 29, Segundo Semestre/ 2013, pp. 67 - 102

Bajo el anterior orden de ideas, “ante el incumplimiento –por el déficit de implementación que afecta a la concreción de los derechos– el juez debe ordenar su restablecimiento allí donde encuentre que son restringidos”⁹⁹ o violados.

Es importante destacar que las sentencias de un tribunal de control constitucional por lo general tienen efectos expansivos, ya porque deben ser seguidas por otros tribunales de menor grado, ya por declarar inconstitucional una ley.

No pasa desapercibido que para muchos pensadores premodernos la concepción tradicional de la figura del Juez de amparo debe ajustarse a lo estrictamente jurídico, al marco de sus competencias jurisdiccionales, esto es, son renuentes a reconocer al juzgador el papel de agente del cambio social. Uno es el papel jurídico y otro el político. A los jueces les tocaría determinar el cerco constitucional que condiciona a los otros poderes. Es un simple aplicador mecánico de la Ley (Montesquieu en su obra “El Espíritu de las leyes”).

Si se acepta esta posición, entonces, llegaremos a la conclusión que la programación e instrumentación de los cambios en las políticas sociales corresponden a un legislador, en tanto que al juzgador federal le correspondería un papel de fiscalización en el ejercicio de las facultades de los otros poderes, pero no generar tales cambios.

Desde mi posición, es importante tomar en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que los “Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal”¹⁰⁰.

Más aún, la Corte Interamericana ha resuelto¹⁰¹ que: “en aplicación del artículo 1.1 de la Convención, los Estados poseen la obligación *erga omnes* de respetar y garantizar las normas de protección, así como de asegurar la efectividad de los derechos humanos”¹⁰². Por consiguiente, los Estados se

⁹⁹ Idem. Página 75.

¹⁰⁰ Cfr. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 99, y *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 121.

¹⁰¹ *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

¹⁰² *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 111, y *Caso Ximenes Lopes*, supra, párrs. 85 y 86. En ese mismo sentido, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 140.

comprometen no solo a respetar los derechos y libertades en ella reconocidos (obligación negativa), sino también a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva)¹⁰³. En este sentido, la Corte ha establecido que “no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”¹⁰⁴.

Lo que será relevante para el análisis que presento es que en el referido caso “Suárez Peralta Vs Ecuador”, la Corte Interamericana concluye diciendo:

131. Por otra parte, la Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello¹⁶⁸. Al respecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su Artículo XI que toda persona tiene el derecho “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a [...] la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. Por su parte, el Artículo 45 de la Carta de la OEA requiere que los Estados Miembros “dedi[quen] sus máximos esfuerzos [...] para el [d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social”¹⁶⁹. En este sentido, el artículo 10¹⁷⁰ del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Ecuador el 25 de marzo de 1993, establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público¹⁷¹. Adicionalmente, en julio de 2012, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos enfatizó la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud, lo cual requiere la presencia de personal médico capacitado, así como de condiciones sanitarias adecuadas.¹⁷²

En fecha más reciente, en el año 2015, en el caso “Gonzalez Lluy Vs. Ecuador”, la Corte afirma la posibilidad de justiciabilidad del derecho a la salud como derecho humano mediante la aplicación directa del artículo 26 de la Convención Americana de derechos Humanos.

¹⁰³ Caso Velásquez Rodríguez, Fondo, supra, párrs. 165 y 166, y Caso Masacre de Santo Domingo, supra, párr. 188.

¹⁰⁴ Caso Gonzalez y otras (Campo Algodonero) Vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, parr. 243.

Me parece de singular importancia señalar que un tema tan amplio y acuciante como la posibilidad de que los tribunales federales de control constitucional de amparo actúen como agentes procuradores de políticas públicas y cambios sociales no puede agotarse en este trabajo. Tan solo aporto algunas notas que ilustran el camino.

V. PROPUESTA DE ESTÁNDAR PARA LA ATENCIÓN DE UN LITIGIO EN SEDE CONSTITUCIONAL Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Estándar

Desde la perspectiva de los casos expuestos, un estándar posible que propongo como adecuado para adoptarse por los órganos jurisdiccionales federales competentes en materia de amparo y responder a los desafíos de nuestro momento, se integra de la siguiente forma:

Ante todo debe considerarse que el derecho a la salud es un derecho justiciable y no una mera norma programática sujeta a la discrecionalidad absoluta de la autoridad política, ya que es dable exigir su cumplimiento ante los tribunales. Lo anterior en virtud de que el artículo 1º constitucional establece que todos los derechos humanos son exigibles jurídicamente ante cualquier autoridad, quienes están obligadas a respetar, promover y garantizar su cumplimiento.

Es desde este horizonte de comprensión y con motivo de la resolución en la contradicción de tesis 395/2011 y 21/2011 por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por la República pertenecen a nuestro sistema jurídico, por lo que para determinar el alcance de un derecho humano debe primeramente realizarse un ejercicio de integración de normas de distintas fuentes, a la luz del principio *pro persona*, a menos que exista una restricción expresa establecida en la Constitución¹⁰⁵. En lo que concierne, debe tomarse en cuenta la interpretación que de esos instrumentos internacionales han realizado los tribunales internacionales cuando resulten más favorables para la persona; una vez integrados todos estos elementos, es dable apreciar la normatividad del derecho humano en cuestión¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Ver la jurisprudencia 20/2014 del Pleno de la Corte de rubro "DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL" Así, como la jurisprudencia 22/2004 de rubro "CUESTIÓN CONSTITUCIONAL. PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO, SE SURTE CUANDO SU MATERIA VERSA SOBRE LA COLISIÓN ENTRE UNA LEY SECUNDARIA Y UN TRATADO INTERNACIONAL, O LA INTERPRETACIÓN DE UNA NORMA DE FUENTE CONVENCIONAL, Y SE ADVIERTE PRIMA FACIE QUE EXISTE UN DERECHO HUMANO EN JUEGO".

¹⁰⁶ Jurisprudencia 21/2014 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro "JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS

Sobre el particular resulta aplicable la tesis 2ª LVI/2015 (10ª) de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del rubro siguiente: "PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. PRESUPUESTOS PARA SU APLICACIÓN"¹⁰⁷.

Así, el derecho humano a la salud tiene fuerza constitucional al reconocerse de forma conjunta en el artículo 4º de la Constitución Federal y en diversos tratados internacionales¹⁰⁸, entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos, su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, y en relación a este instrumento, se incorporan los estándares contenidos en la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, todo lo cual ha llevado al Pleno de la Corte a determinar que este derecho humano tutela "el más alto nivel de ciertas pretensiones relacionadas con el disfrute de este derecho", como son "de disponibilidad, accesibilidad, no discriminación, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud y refiere que los poderes públicos tienen obligaciones de respeto, protección y cumplimiento en relación con él"¹⁰⁹.

El razonamiento que llevó a la Suprema Corte de Justicia a transitar de una concepción programática del derecho a la salud a una plenamente normativa se hizo consistir en lo siguiente:

"Nuestro país atraviesa una etapa de intensa transformación en la manera de identificar la sustancia normativa de la Constitución Política de los Estados

HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA".

¹⁰⁷ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 20, Julio de 2015. Tomo 1, pág. 822

¹⁰⁸ Cuando los Estados suscriben un tratado en materia de derechos humanos se comprometen no sólo frente a la comunidad internacional, sino frente a los individuos bajo su jurisdicción.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que "los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos... Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 2, párr 29.

¹⁰⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, agosto de 2011, página 29, tesis aislada XVI/2011 de rubro "DERECHO A LA SALUD. IMPONE AL ESTADO LAS OBLIGACIONES DE GARANTIZAR QUE SEA DE EJERCICIO SIN DISCRIMINACIÓN ALGUNA Y DE ADOPTAR MEDIDAS PARA SU PLENA REALIZACIÓN".

Unidos Mexicanos y sus consecuencias para la mecánica del funcionamiento del juicio de amparo. Una de las manifestaciones específicas de este fenómeno es la alteración de la comprensión, hasta ahora tradicional, de derechos como el relativo a la salud o a la educación. Esto es, a pesar de su consagración textual en la Carta Magna, estos derechos han sido tradicionalmente entendidos como meras declaraciones de intenciones, sin mucho poder vinculante real sobre la acción de ciudadanos y poderes públicos. Se ha entendido que su efectiva consecución estaba subordinada a actuaciones legislativas y administraciones específicas, en cuya ausencia los Jueces Constitucionales no podían hacer mucho. Ahora, en cambio, se parte de la premisa de que, aunque en un Estado constitucional democrático el legislador ordinario y las autoridades gubernamentales y administrativas tienen un margen muy amplio para plasmar su visión de la Constitución y, en particular, para desplegar en una dirección u otra las políticas públicas y regulaciones que deben dar cuerpo a la garantía efectiva de los derechos, el Juez Constitucional puede contrastar su labor con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte de la normativa y vinculan a todas las autoridades estatales¹¹⁰.

Tal es la importancia del derecho a la salud, a la libre autodeterminación, a la elección de ideales de excelencia humana, a la dignidad e igualdad, inherentes a un régimen de democracia liberal. Ante un nuevo régimen constitucional de derechos humanos analizado desde distintos ángulos y puntos de vista teóricos, ¿Debería considerarse como un derecho humano a la salud que el Instituto Mexicano del Seguro Social proporcione el medicamento *Eculizumab (soliris)*, necesario para el tratamiento de la enfermedad Hemoglobinuria Paroxística Nocturna? ¿Encarna una violación al derecho humano a la salud que el IMSS omite proporcionar el medicamento a los peticionarios?

La respuesta a estas interrogantes requiere considerar los siguientes elementos:

- 1) Los quejosos son causahabientes del IMSS, por lo que tienen derecho al tratamiento médico que requieran para el restablecimiento de su salud y el tratamiento de su padecimiento.

¹¹⁰ Tesis aislada XV/2011 del Pleno de rubro "DERECHO A LA SALUD. SU NATURALEZA NORMATIVA."

- 2) La enfermedad que padecen es una enfermedad crónica y rara, que afecta a una porción menor de la población, "Hemoglobinuria Paroxística Nocturna".
- 3) El tratamiento médico que solicitan, *Eculizumab (soliris)*, es una de las medicinas huérfanas, que son aquellos fármacos de alto costo por su poca rentabilidad para los laboratorios, que además son de eficacia experimental, es decir, no está comprobado que curen la enfermedad; por el contrario, según evidencia científica, esa medicina sólo permite tratar las condiciones de deterioro generados por la enfermedad, más no su curación definitiva. El tratamiento está calculado en alrededor de 400,000 dólares al año.

Está claro, pues, que lo que está a discusión en este trabajo no es la consideración teórica del derecho a la salud, sino el derecho de las personas a la salud. El bien genérico es, sin duda, la vida misma y la dignidad humana. De manera específica, el estándar que se propone para la resolución de estos casos se compone de dos partes.

- 1) Determinar si la omisión o deficiencia alegada se ubica en el área tutelada del derecho humano que requiere de un remedio inmediato y directo: de afectación al mínimo vital, o bien, de discriminación a un grupo vulnerable.
- 2) Determinar si la afectación detectada se ubica fuera del radio de afectación del mínimo vital, en cuyo caso el derecho humano a la salud exige una protección desde la perspectiva de progresividad.

En los dos escenarios se aplica el test de relevancia objetiva para el tema que nos ocupa: las políticas públicas dirigidas a la protección de los derechos humanos, a partir del caso.

En este punto, cabe precisar que la desemejanza de los dos escenarios propuestos consiste en diferenciar entre dos tipos de afectación en función de la gravedad de la acción reclamada, que se vincula con el impacto negativo de la omisión de la autoridad y su relación con otros derechos como el de la vida e integridad personal, esto es, entre afectación que trasciende al mínimo vital y aquellas que no. La referencia al mínimo vital no es ajena a nuestra

jurisprudencia, ya que la Suprema Corte la ha utilizado en otras ocasiones, por lo que puede traerse a cuenta en este ámbito del derecho a la salud¹¹¹.

Aún más, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, resolvió en el amparo directo número 667/2012, del 31 de octubre de 2012, que: "el derecho al mínimo vital, el cual coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria o de necesidades insatisfechas que limiten sus libertades, de tal manera que este derecho abarca todas las medidas positivas o negativas necesarias para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna"¹¹². No creo necesario multiplicar las indicaciones y los ejemplos de cómo se ha difundido en gran parte la idea del mínimo vital, por no ser el tema central del estudio.

En fin, a partir de los derechos humanos y de la concepción del derecho a la salud, el juez de amparo debe atender a la naturaleza del reclamo planteado por el promovente del amparo y aplicar el test de relevancia. Así, se insiste, debe determinar la gravedad del acto reclamado en relación con el grado de afectación al derecho de salud del quejoso y su afectación, interdependiente a otros derechos como el de la vida, la integridad personal, etcétera. Si estima que el acto reclamado resulta de una trascendencia indiscutible para la protección de la persona en su integridad, entonces, como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Colombia, debe clasificar a estos casos como atinentes al mínimo vital, por lo que su test de escrutinio debe ser estricto, esto es, el juez de amparo no debe limitarse a evaluar la razonabilidad de la política pública del Estado, sino a determinar la justiciabilidad, idoneidad y necesidad, así como la proporcionalidad en sentido estricto de la acción estatal (es decir, no cabe ámbito de discreción de la autoridad para escoger entre los medios, sino que debe optar por el mejor de ellos).

El estándar es casuístico en relación a la situación particular de cada quejoso, más que depender de la naturaleza de la acción reclamada del Estado, ya que

¹¹¹ Por ejemplo, véase la tesis P. VII/2013 del Tribunal Pleno, de rubro "DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SU CONTENIDO TRASCIENDE A TODOS LOS ÁMBITOS QUE PREVEAN MEDIDAS ESTATALES QUE PERMITAN RESPETAR LA DIGNIDAD HUMANA". Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo 1, pág. 136.

¹¹² Tesis: DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONCEPTO. ALCANCES E INTERPRETACIÓN POR EL JUZGADOR. Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVII, febrero de 2013, pág. 1345.

mientras que para unos el diseño de un determinado programa sanitario podrá resultar de una trascendencia indispensable para su vida, para otros no será así.

En esta primera categoría de casos se propone adoptar el estándar de la Corte Constitucional de Colombia. El juez constitucional debe ordenar a la autoridad otorgar el medicamento o tratamiento requerido en el juicio si: a) la falta de medicamento o tratamiento amenaza la vida o la integridad del paciente; b) el medicamento o el tratamiento no se pueden reemplazar por uno de los tratamientos incluidos en el plan de salud, o cuando, existiendo el reemplazo, no tiene el mismo efecto; c) el paciente no se puede permitir el costo del medicamento o el tratamiento; y d) el medicamento o tratamiento ha sido prescrito por un médico que pertenece a la institución requerida.

En cambio, cuando el juez de amparo analice la naturaleza del reclamo del quejoso y determine que la acción no trasciende al ámbito del mínimo vital, entonces deberá proceder a realizar un escrutinio de razonabilidad intermedia y no estricto, con base en el cual valore si la política pública de la autoridad es razonable: no debe establecer si se trata de la mejor medida posible, sino si es aceptable constitucionalmente y que el medio, no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado. Por ejemplo, el estándar utilizado por la Corte para evaluar el régimen legislativo de los espacios públicos libres de humo, que la llevó a declarar la validez constitucional de la ley relativa en el Distrito Federal¹¹³. En este marco, pues, diríamos que se aplica el estándar del Tribunal Constitucional de Sudáfrica en el caso *Soobramoney*. Tenemos también el caso *Lorillard Tobacco Co. V. Reilly*, 533 UY.S.525 (2001), resuelto el 28 de junio de 2001, que aplica el mismo estándar.

En cuanto a los efectos

Si el juez constitucional se ubica en el supuesto del inciso a), es decir, que la acción u omisión trasciende al mínimo vital y que por lo mismo requiere de un remedio inmediato y directo, los efectos del amparo consistirán en la orden a las autoridades sanitarias para que proporcionen la medicina a los quejosos, así como todo el tratamiento necesario que se requiera para atender la enfermedad que padecen; en esta categoría de casos, si bien se puede ordenar a la autoridad el diseño de una política pública, ello no puede ser el único efecto de la protección constitucional. La situación de vulneración del derecho a la salud de los quejosos requiere de acciones precisas, consistentes en el otorgamiento

¹¹³ Tesis de jurisprudencia 29/2011 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el rubro "PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES. LAS NORMAS QUE RESTRINGEN LA POSIBILIDAD DE FUMAR EN ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES ABIERTOS AL PÚBLICO DEBEN SER ANALIZADAS BAJO ESCRUTINIO NO Estricto".

de los medicamentos y el tratamiento requerido; de ahí que un efecto más reducido deberá estimarse contrario a la concepción del derecho a la salud como un derecho humano jurídicamente exigible.

Por el contrario, si nos ubicamos en el inciso b), entonces, el juez de amparo, al estimar que la omisión o acción de la autoridad sanitaria viola el derecho a la salud, no debe decretar el otorgamiento de medicinas concretas ni la aplicación de un tratamiento específico, sino que debe ordenar a la autoridad responsable, y a todas aquellas que tengan o deban tener intervención en el cumplimiento, la realización de una política pública que atienda el problema de salud detectado.

Como apunta José Ramón Cossío en su voto particular al recurso de revisión 237/2014¹¹⁴, en relación con los efectos positivos de la sentencia estimatoria del amparo, que “esto es técnicamente posible ya que la Nueva Ley de Amparo así lo prevé y la Constitución así nos lo mandata. En efecto, los artículos 74, fracción V; 77 y 78, último párrafo, imponen a los juzgadores federales la obligación de establecer, no sólo los efectos en que se traduce la concesión de amparo, sino también las medidas adicionales a la inaplicación de las normas declaradas inconstitucionales para restablecer al quejoso en el pleno goce del derecho violado. Esto, en consonancia con el artículo 1º de la Constitución, que obliga a todas las autoridades a reparar las violaciones a los derechos humanos. El importante cambio llevado a cabo en la Nueva Ley de Amparo, nos ha despojado del carácter de meros legisladores negativos, y nos ha impuesto atribuciones propias de un auténtico Tribunal Constitucional, encargado de la más amplia protección de la Constitución y los derechos humanos”.

En torno al tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática al señalar que es un principio del derecho internacional que toda violación a una obligación internacional que resulte en daños y perjuicios, crea un deber de reparar adecuadamente y hacer cesar las consecuencias de la violación¹¹⁵.

En una línea similar de argumentos, Manuel E. Ventura Robles sostiene que “En general, las medidas de reparación tienen como objeto fundamental

¹¹⁴ Amparo en revisión número 237/2014, resuelto por la 1ª Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el cuatro de noviembre de 2015.

¹¹⁵ En los casos de *González y otras (“Campo Algodonero”), Rosendo Radilla Pacheco, Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú* la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que el Estado mexicano es responsable por la comisión de graves violaciones a derechos humanos, y le condenó a la reparación del daño por medio del pago de indemnizaciones líquidas a las víctimas y/o a sus familias, así como a la realización de otras medidas de carácter y de efecto reparatorio, descritas en el cuerpo de las resoluciones.

proporcionar a la víctima y sus familiares la *restitutio in integrum* de los daños causados”¹¹⁶.

Se trata, también, como afirma Mónica Pinto, que “en materia de DESC, los Estados deben adoptar medidas tanto de orden interno como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles, a fin de lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos reconocidos”¹¹⁷.

Con un planteamiento como el que aquí sugerimos, podemos sostener que la perspectiva de políticas públicas, con enfoque de derechos humanos, y a partir de la obligación de cumplimiento, es relevante en dos supuestos cuando se analiza la constitucionalidad de una acción del Estado que se alega violatoria del derecho a la salud: (i) cuando no trasciende al ámbito del mínimo vital y (ii) cuando se establecen los efectos de una concesión de protección constitucional que detecta una violación a dicho derecho bajo ese mismo estándar; en el primer caso, el juez debe evaluar si la política pública impugnada es razonable, en el segundo se ordena a la autoridad responsable a planificar y adoptar una política pública y la elección de carácter operativo que debe ser tomada en función de prioridades y recursos para atender la violación detectada. En ambos casos, los derechos humanos se ejecutan no a través de obligaciones individualizadas y concretas contenidas en sentencias judiciales, sino mediante políticas públicas enderezadas a la protección de esos derechos.

Contemplada desde esta perspectiva, todos los puntos expuestos nos llevan a considerar la complejidad del problema subyacente. Tenemos, pues, que el síndrome de *Lennox Gastaut* es una forma extraña y grave de epilepsia pediátrica, que se desarrolla con mayor frecuencia en niños mayores de cuatro años. El trastorno, también llamado encefalopatía epiléptica infantil, se caracteriza por múltiples tipos de convulsiones y deterioro en el desarrollo intelectual. La mayoría de los niños con SLG desarrollan problemas de aprendizaje y discapacidad intelectual. Las deficiencias cognitivas están directamente relacionadas con la frecuencia de las convulsiones. Se estima que el síndrome se presenta en 10 a 28 personas por cada 10,000,000. Y se cree que representa solo del 1% al 4% de todas las epilepsias infantiles. Es importante destacar que no hay cura ni tratamiento eficaz mediante los medicamentos adquiridos en el mercado, pues a menudo las convulsiones no

¹¹⁶ Impacto de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. 2012 Revista IIDH, Vol. 56, pág. 140

¹¹⁷ Revista IIDH 2012, Vol. 56, pág. 162

responden a los fármacos antiepilépticos tradicionales. Los médicos continúan explorando nuevas terapias. Probablemente es éste el pasaje que haya que tener presente para entender de qué hablamos cuando hablamos del por qué los quejosos solicitaron a las autoridades del sector salud la autorización para importar, bajo su propia responsabilidad, el uso de cannabis medicinal, en particular el uso de cannabidiol, que ha demostrado resultados incuestionablemente positivos. Conviene destacar que la American Epilepsy Association ha aceptado públicamente que el cannabidiol en casos de epilepsia refractaria puede reducir las convulsiones. Dejo de lado el problema, que se podría discutir profusamente, de si hay suficiente evidencia científica para curar el grave padecimiento de la menor quejosa a través del uso del cannabidiol. Nadie posee la patente o garantía de fabrica de las teorías, menos aún de una posibilidad como la que estamos refiriendo, que nace justamente para afirmar – como mínimo– la libre autodeterminación, el proyecto de vida de cada uno, y, desde luego, el derecho humano a la salud, que derivan del derecho a la dignidad. Confluyen en esta tesis no solo los logros del método científico, sino, antes que ellos, el ejercicio de los derechos humanos.

De cuanto venimos diciendo se desprende la necesidad de que los órganos jurisdiccionales federales analicen la situación particular de cada uno de los quejosos para responder a la pregunta ¿el quejoso presenta una condición que haga necesaria e indispensable la administración del *cannabidiol*? Si la respuesta es positiva, luego, debe estimarse que el asunto se ubica en el ámbito del mínimo vital y, por tanto, determinar que la autoridad proporcione la medicina. Sin embargo, ahí no debe quedar la concesión del amparo, recordemos que la medicina tradicional no es apta para curar la enfermedad, al tratarse de un padecimiento raro, por lo que se estima necesario que se vincule a la autoridad de salud a establecer una política pública para atender la situación de tan raras enfermedades, así como de las medicinas, a mediano y largo plazo.

En el supuesto que el Juzgador federal llegue a contestar negativamente la pregunta inicial, es decir, que determine que el quejoso no requiere necesariamente la administración del *cannabidiol*, no obstante, es posible precisar que el sector salud al no brindarle otra alternativa al quejoso, incurre en una violación a su derecho a la salud, por lo que el amparo debe otorgarse para el efecto de que la autoridad realice una política pública a corto, mediano y largo plazo.

En ambos casos, se estima que los efectos del amparo deben consistir en obligar a la autoridad a generar una política pública pero no debe llevar a los jueces a sustituirse en las facultades de apreciación de la autoridad sanitaria administrativa para determinar qué tipo de procedimiento requieren las

personas que padecen esa enfermedad; por tratarse de un campo que requiere de experimentación, investigación científica, inversión de los laboratorios, lo más adecuado es la formulación de una política pública por parte de la autoridad especializada y con legitimación para ello, siempre y cuando no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada.

Por tanto, el efecto del amparo consistirá en otorgar la protección a los quejosos para que la autoridad responsable, en un plazo razonable, presente ante el Juzgador federal un plan de acción en favor de los quejosos, que forme parte de una política pública que aborde el problema del padecimiento del síndrome *Lennox Gastaut*. Para ello, en la sentencia que otorgue el amparo se debe indicar a la autoridad sanitaria los efectos o medidas en que se traduce la concesión del amparo¹¹⁸, esto es, que formule una política pública que dé cuenta de los ocho pasos propuestos por *Eugene Bardaech*¹¹⁹: definición del problema, obtención de información, construcción de alternativas, selección de criterios, proyección de los resultados, confrontación de costos y la decisión.

Para evaluar el cumplimiento a la sentencia, como lo afirmó el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, se requiere extender la jurisdicción relativa a la ejecución de sentencias y desplegar un segundo ejercicio de escrutinio judicial, para determinar si la política pública cumple o no con el fin restitutorio del juicio de amparo; para lo que se propone adoptar el estándar que obliga a revisar si cumple con los siguientes requisitos: integralidad, coherencia y coordinación; estar disponibles los recursos financieros y humanos; ser equilibrados y flexibles, y dar espacio para las necesidades de corto, mediano y largo plazo; razonablemente concebidos y puestos en práctica; ser transparentes y comunicados al público.

Sin duda, la propuesta es novedosa: proponer que cuando se detecte una violación al derecho humano que no involucre la trascendencia al mínimo vital, el juez constitucional en lugar de ordenar a la autoridad a realizar cierto curso de acción por él determinado (sustituyéndose en la autoridad sanitaria) fije la obligación de realizar una política pública razonable, que será materia de evaluación en la etapa de ejecución de sentencias. Sin embargo, nos parece que esta propuesta que acerca al juicio de amparo y a las políticas públicas para el cumplimiento de los derechos humanos es una posibilidad dada por el nuevo paradigma constitucional adoptado por la Suprema Corte en la actual décima época, en la que se ha afirmado reiteradamente que los efectos del juicio de

¹¹⁸ Artículo 74, fracción V, de la Ley de Amparo en vigor.

¹¹⁹ Los ocho pasos para el análisis de políticas públicas, CIDE y Porrúa, México 1998.

amparo, cuando se otorga la protección a un quejoso, deben determinarse en función de la naturaleza de la violación del derecho humano¹²⁰.

Por tanto, la compatibilidad de los efectos del juicio de amparo con la planificación y adopción de políticas públicas es posible, como se desprende del impacto de las sentencias tanto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluyendo los más variados temas: desde reformas constitucionales, libertad de pensamiento, libertad de expresión, derechos de la mujer, jurisdicción militar, sancionar el uso de la tortura, entre otros.

¹²⁰ Al respecto véase la tesis XXXII/2014 de la Primera Sala de la Suprema Corte de rubro "SENTENCIAS DE AMPARO. LOS EFECTOS ESTÁN DETERMINADOS POR LA VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE CADA CASO CONCRETO".

VI. PROPUESTA DE LINEAMIENTOS

En el caso a estudio, las personas al solicitar el amparo contra actos de una determinada autoridad del sector salud porque el cuadro básico de medicamentos no incluyen, o bien, la Ley prohíbe los medicamentos con CBD, buscan que los tribunales federales declaren acerca del derecho constitucional violado, cuyo efecto será restituirlos en el goce y disfrute del derecho humano a la salud; sin embargo, el juez constitucional debe ir más allá, imponiendo al Estado medidas que garanticen el más alto nivel de las pretensiones relacionadas con el disfrute de ese derecho. Así, por ejemplo, vincular a la autoridad responsable a diseñar políticas públicas en términos de disponibilidad, accesibilidad, no discriminación, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud, para atender el problema de salud de todos aquellos cuyas necesidades son más urgentes y cuya capacidad de disfrutar todos los derechos se encuentran en mayor peligro.

Es oportuno resalta que el artículo 78 de la Ley de Amparo vigente contempla que cuando se declare la inconstitucionalidad de una norma, "el órgano jurisdiccional de amparo podrá especificar qué medidas adicionales a la inaplicación deberán adoptarse para restablecer al quejoso en el pleno goce del derecho violado".

Para que no haya dudas en cuanto a nuestra posición jurídica, subrayamos que aún antes de las reformas constitucionales del seis y diez de junio de dos mil once, y de la promulgación de la nueva ley de Amparo el dos de abril de dos mil trece, la autoridad responsable se encontraba rigurosamente vinculada al restablecimiento de las cosas al estado en el que se encontraban antes de la violación, solo que ahora se encuentra inficionada bajo el nuevo paradigma de los derechos humanos de fuerza jurídica transformadora.

En el marco renovado del Poder Judicial de la Federación, a la luz de las reformas constitucionales en 1994 y el 2011, vale decir que la tarea del juez constitucional consiste en "poner límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de esa voluntad"¹²¹, porque es la concepción de un nuevo Estado constitucional con una democracia sustantiva lo que está en juego. Con todas las matizaciones posibles, parece existir un acuerdo en que si la Constitución reconoce el derecho a la salud y los justiciables requieren su aplicación, denegada por una autoridad pública o por particulares, la actuación del Juez constitucional puede desenvolver el texto constitucional

¹²¹ Garzón Valdés, Ernesto. "El papel del Poder Judicial en la transición democrática", en Malem, Jorge et al., La función judicial. Ética y democracia, Barcelona, Gedisa, 2003, pág. 129.

mediante interpretaciones extensivas a través del juicio de amparo, como un agente del cambio llamado a concretar los derechos humanos.

Es posible pensar de este modo, pero entonces todavía nos resta considerar el principio del “efecto útil” en la sentencia de amparo, como instrumento promotor del cambio social, que encuentra sustento no solo en los derechos reconocidos por la Constitución, sino en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, pues ordena a las autoridades responsables del Estado que cumplan con obligaciones positivas para dar cumplimiento eficaz al derecho a la salud, y, al propio tiempo, exige al Estado el diseño de políticas públicas a efecto de asegurar el goce del derecho humano violentado.

Al respecto resulta aplicable el criterio que sostuvo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro siguiente: “DERECHO A LA SALUD. ALGUNAS FORMAS EN QUE LAS AUTORIDADES DEBEN REPARAR SU VIOLACIÓN”¹²².

Esta postura deriva tanto de la Convención de Viena sobre el derechos de los tratados (por regla general impide a los Estados esgrimir normas domésticas para eximir del cumplimiento de sus obligaciones internacionales) como del principio de convencionalidad establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas dos consecuencias principales son: a) los jueces nacionales deben dejar de aplicar las reglas internas opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Pacto; b) los mismos jueces locales deben interpretar y hacer funcionar el derecho nacional, incluyendo el constitucional, conforme a dicho Pacto y jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Por último, el juez constitucional, cuando emite una sentencia que exige cambios sociales a través del diseño y ejecución de políticas públicas, debe operar con una especial cautela, sensatez, sentido de bien común y realismo, y solo adoptar interpretaciones constitucionales provechosas, valiosas, adecuadas y posibles. A esto se le llama en la doctrina constitucional el requisito de *practicabilidad* del nuevo derecho.

Concluyo señalando que es un imperativo de orden internacional que obliga a todos los Estados a adoptar y desplegar recursos efectivos para hacer cumplir los derechos. El artículo 2^o del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) dispuso que “Cada uno de los Estados partes [...]

¹²² Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, Tesis: CCCXLIII/2015. Página 969.

se compromete a adoptar las medidas [...] especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos". Por ello, si un Estado incumple, el juez tiene la obligación de imponerle mandatos para subsanar la omisión.

Con todo, como sostiene Agustín Squella¹²³, la cuestión más relevante que hay que tener siempre presente es "la que concierne al reconocimiento, protección y realización efectiva de los derechos humanos. Que vivamos o no el tiempo de los derechos, empleando la conocida expresión de Bobbio, depende de dicho reconocimiento, protección y realización efectiva".

¹²³ ¿Qué puesto ocupan los derechos humanos en el derecho? Derechos Humanos: ¿invento o descubrimiento? Editorial Fontamara. Madrid-México. 2013. Pag. 47.

BIBLIOGRAFÍA CITADA Y RECOMENDADA.

1. ABRAMOVICH, Víctor y CHRISTIAN, Curtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Ed. Trotta. 2002.
2. ABRAMOVICH, y Otros. *Derechos Sociales*. Distribuciones Fontamara, S.A. 2006.
3. AGUINACO GÓMEZ MONT, Andrés. Abogado patrono y responsable de la hechura del amparo radicado bajo el número 1482/2015 del índice del Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal.
4. ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid. 2007.
5. ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Editorial San José. 2004.
6. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2007.
7. ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I. *Acerca del concepto Derechos Humanos*. Editorial McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V. 1998.
8. ANSOLABEHERE, Karina. *La política desde la justicia*. Distribuciones Fontamara, S.A. - Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. 2007.
9. ARENDT, Hannah. *La condición Humana*. Editorial Paidós. 2005.
10. ARENDT, Hannah. *Responsabilidad y juicio*. Editorial Paidós. 1995.
11. ASPE HINOJOSA, Roberto. *Los fines del derecho*. Editorial Porrúa. 2003.
12. ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Editorial Ariel, S.A. 2003.
13. ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*. Editorial Ariel. 2007.
14. BARRY, Brian. *Why social justice matters*. Polity Press. Cambridge, UK. 2005.
15. BERLIN, Isaiah. *El estudio adecuado de la humanidad*. Editorial Fondo de Cultura Económica. 2009.
16. BERLIN, Isaiah. *Two Concepts of Liberty*, en *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969.

17. BEUCHOT, Mauricio. *Derechos Humanos historia y filosofía*. Editorial Fontamara. 2004.
18. BIDART CAMPOS, Germán J. *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*. Editorial Ediar. 1995.
19. BLOCH, Ernst. *El principio de la esperanza*. Editorial Trotta. 2004.
20. BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Editorial Fontamara. 1992.
21. BONORINO, Pablo Raúl. *Integridad, derecho y justicia*. Editorial Siglo del Hombre. 2003.
22. BOURGEOIS, Bernard. *Filosofía y derechos del hombre*. Editorial Siglo del hombre. 2003.
23. BUERGENTHAL, Thomas. *Derechos Humanos Internacionales*. Editorial Gernika. 2002.
24. BULYGIN, Eugenio y Otros. *El derecho en acción, ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*. Editorial Ara Editores. 2010.
25. CABAL Luisa y MOTTA Cristina. *Más Allá del Derecho*. Editorial Ediciones Uniandes. 2006.
26. CABALLERO, José Luis. *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*. Editorial Porrúa. 2009.
27. CALAMANDREI, Piero. *La constitución inactuada*, trad. De P. Andrés Ibañez, Tecnos, Madrid. 2013.
28. CALSAMIGLIA, Alberto. *Racionalidad y eficiencia del derecho*. Editorial Fontamara. 1993.
29. CANCADO, Antonio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Editorial Porrúa. Universidad Iberoamericana. 2007.
30. CAPPELLETTI, Mauro, y B. GARTH. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, trad. De M. Miranda, FCE, México. 1996.
31. CARBONELL, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*. Editorial Porrúa. 2005.

32. CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro. *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 2011.
33. CARRILLO, Marc. *La reforma del recurso de amparo*. Editorial Fontamara. 2013.
34. COMANDUCCI, Paolo. *Análisis y derecho*. Editorial Fontamara. 2004.
35. CORCUERA, Santiago. *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*. Editorial Oxford University Press. 2009.
36. CORTINA, Adela. *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria*. Editorial Sígueme. 1995.
37. CORTINA, Adela. *Ética aplicada y democracia radical*. Tecnos, 2ª edición, 1997.
38. COSSÍO, José Ramón. *Dogmática Constitucional y Régimen Autoritario*. Editorial Fontamara. 2005.
39. COSSÍO, José Ramón. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*. Coordinador. Tirant Lo Blanch. 2017.
40. COSSÍO, José Ramón. *El sistema de justicia. Trayectorias y descolocaciones*. Sección de Obras de Política y Derecho. Fondo de Cultura Económica. México. 2018.
41. COSSÍO, José Ramón. *Sistemas y modelos de control constitucional en México*. Universidad Nacional Autónoma de México, Segunda Edición, 2013.
42. CHERMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law. Principles and Policies*. Aspen Publishers. New York. USA. 2006.
43. CHOMSKY, Noam. *Optimismo contra el desaliento*. Penguin. Primera edición en México, junio de 2018.
44. CHOUDHRY, Sujit. Edited. *The migration of constitutional ideas*. Cambridge University Press. 2006.
45. CRUZ, LUIS M. *La constitución como orden de valores*. Editorial Comares, Granada. 2005.
46. CRUZ PARCERO, Juan Antonio. *El concepto de derecho subjetivo*. Editorial Fontamara. 1999.

47. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Instituto Vasco de Administración Pública. 1998.
48. DE ASIS ROIG, Rafael. *Las paradojas de los Derechos Fundamentales como límites al poder*. Editorial Debate. 1992.
49. DE ENTERRÍA, Eduardo, G., Linde E., Ortega L.I., Sánchez Morón M. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*. Editorial Civitas. S.A. 1993.
50. DE LA VEGA, Augusto Martín. *La sentencia constitucional en Italia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.
51. DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional*. Sistema de fuentes. Editorial Ariel. 1987.
52. DOUGLAS, Mary. *Cómo piensan las instituciones*, trad. de J.A. López de Letona y G. Gil Catalina. Alianza, Madrid, 1986.
53. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. 2002.
54. ENTELMAN, Remo F. *Teoría de los conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Gedisa, Barcelona, 2009.
55. FANON, Frantz. *Los condenados de la tierra*. Fondo de Cultura Económica. Tercera edición, 2001.
56. FELMAN, Shoshana. *The Juridical Unconscious*. Harvard University Press, Cambridge. 2002.
57. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. Editorial Dykinson, S.L. 2008.
58. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La Ley del Más Débil*. Editorial Trotta. 2006.
59. FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo*. Editorial Porrúa. 2006.
60. FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta. 2007.
61. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Interpretación Constitucional*. Tomo I, Tomo II. Ed. Porrúa. 2005.

62. FERRERES, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997.
63. FERREYRA, Raúl Gustavo. *La Constitución Vulnerable*. Editorial Hammurabi SRL. 2003.
64. FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Editorial Trotta. 2007.
65. FITZPATRICK, Peter. *La mitología del derecho moderno*, trad. de N. Parés. Siglo XXI, México. 1998.
66. FIX ZAMUDIO, Héctor. *Protección jurídica de los derechos humanos*. Editorial Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1999.
67. FLORESCANO, Enrique y COSSIO, José Ramón. *Hacia una nación de ciudadanos*. México. Fondo de Cultura Económica-Conaculta. 2014.
68. FONER, Eric. *Who Owns History? Rethinking the Past in a Changing World*. Hill and Wang, Nueva York. 2002.
69. FRASER, Nancy. *Scales of Justice*. Columbia University Press, New York. 2010.
70. FRONDIZI, Risieri. *¿Que son los valores?*. Fondo de Cultura Económica. México. Decimosexta reimpresión, 2000.
71. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Thomson-Civitas. Sexta edición. 2009.
72. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Editorial Civitas. 1981.
73. GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Paidós Estado y Sociedad. España. 1999.
74. GAVARA de CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1994.
75. GIL DOMINGUEZ, Andrés. *En busca de una interpretación constitucional*. Editorial Ediar, S.A. 1997.
76. GONZALEZ, Enrique. *El derecho a la salud*, en ABRAMOVICH, Víctor. *Derechos sociales*. Instrucciones de uso. México, Fontamara. 2003.

77. GRIFFIN, James. *On Human Rights*. Oxford University Press. 2008.
78. GUASTINI, Ricardo. *Interpretación, estado y constitución*. Editorial Ara Editores. 2010.
79. HAMPSHIRE, Stuart. *La justicia es conflicto*, trad. de A. Colodrón Gómez. Siglo XXI, Madrid. 2002.
80. HAVEL, Václav. *La responsabilidad como destino*. Fondo de Cultura Económica. México. 1991.
81. HELLER, Agnes. *Una revisión de la teoría de las necesidades*. Ediciones Paidós. 1ª edición, 1996.
82. HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *El Juez constitucional: Un actor de las políticas públicas*. Revista de Economía Institucional, Vol. 15, No. 29, segundo semestre/2013.
83. HORKHEIMER, Max. *Anhelos de Justicia*. Editorial Trotta. 2000.
84. HUNT, Lynn. *Inventing Human Rights. A History*. W.W. Norton & Company New York, 2007.
85. JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad*. Herder. España, 4ª impresión. 2015.
86. JUDT, Tony. *Algo va mal*. Madrid. Editorial Taurus. 2010.
87. KATZMANN, Robert A. *Judging statutes*. Oxford University Press. 2014.
88. KENNEDY, Duncan. *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Grupo editorial Siglo Veintiuno. 2010.
89. KIRCHHEIMER, Otto. *Justicia política. Empleo de procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Comares. Granada. 2001.
90. KOMMERS, Donald P., y MILLER, Russel A., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3ª editorial Durham, Duke University Press. 2012.
91. LAWRENCE G., Sager. *Juez y Democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Marcial Pons. 2007.
92. LILLA, Mark. *The Shipwrecked Mind on political reaction*. New York Review Books. New York. 2016.

93. LOPEZ PINA, Antonio. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Editorial Civitas, S.A. 1991.
94. MARGALIT, Avishai. *La sociedad decente*. Barcelona. Paidós. 2010.
95. MASSINI, Carlos Ignacio. *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*. Abeledo-Perrot. 1987.
96. MENDONCA, Daniel. *Los derechos en juego*. Madrid. Tecnos. 2003.
97. MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo. *La odisea constitucional: Constitución, teoría y método*. Madrid. Marcial Pons. 2004.
98. MENKE, Christoph y POLLMANN, Arnd. *Filosofía de los derechos humanos*. Editorial Herder. 2010.
99. MIRANDA, José Porfirio. *Racionalidad y Democracia*. Editorial Sígueme-Salamanca. 1996.
100. MONTAIGNE, Michel de. *Los ensayos*. Acantilado, España. 2007.
101. MORESO. José Juan. *La constitución: modelo para armar*. Marcial Pons. 2009.
102. MORESO. José Juan. *Los desacuerdos en el derecho*. Editorial Fontamara. Madrid-México. 2010.
103. MOUFFE, Chantal. *La paradoja democrática*. Editorial Gedisa. 2ª edición. 2012.
104. NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Astrea. 1989.
105. NORTH, Douglass C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económica. Cuarta reimpresión. 2012.
106. NUSSBAUM, Martha C. *Las fronteras de la justicia*. Editorial Paidós. 2006.
107. NUSSBAUM, Martha C. y SEN, Amartya. *La calidad de vida*. Editorial Fondo de Cultura Económica. 2004.
108. PEÑA FREIRE. Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Editorial Trotta, S.A. 1997.

109. PÉREZ CARRILLO, Agustín. *La derrotabilidad del derecho*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Distribuciones Fontamara. México. 2003.
110. PHELPS, Edmund. *Una prosperidad inaudita*, trad. Albino Santos Mosquera. RBA Libros. España. 2017
111. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos Sociales y sus garantías*. Editorial Trotta. 2007.
112. POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*. Marcial Pons. 2011.
113. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta. 2003.
114. RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. Editorial Fondo de Cultura Económica. 2006.
115. RAWLS, John. *La justicia como equidad*. Editorial paidós. 2001.
116. REDONDO, María Cristina, Sauca José María, Ibáñez Perfecto Andrés. *Estado de Derecho y decisiones judiciales*. Editorial Fontamara. 2012.
117. REDORTA, Josep. *Entender el conflicto*. Paidos, Barcelona. 2014.
118. RIFKIN, Jeremy. *La civilización empática*. Paidós. 2010.
119. ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires. Eudeba. 2010.
120. RUSSELL, Bertrand. *El conocimiento humano*. Taurus. Quinta edición, julio de 1977.
121. SAGER, Lawrence G. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Marcial Pons. 2007.
122. SAGÜES, Néstor Pedro. *Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales*. Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Año XVII, Montevideo. 2011. Pp. 527-541.
123. SALAZAR, Pedro U., CABALLERO OCHOA, José Luis y VÁZQUEZ, Luis Daniel. *La Reforma Constitucional Sobre Derechos Humanos, Una guía conceptual*. Senado de la República. 2014.
124. SANDEL, Michael J. *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?, traducción de Juan Pedro Campos Gómez*. Liberdúplex. 2011.

125. SANTIAGO NINO, Carlos. *Fundamentos del derecho constitucional*. Editorial Astrea. 1992.
126. SEN, Amartya Kumar. *La idea de la justicia*. Ed. Santillana Ediciones Generales, S.L. 2010.
127. SHKLAR, Judith. *Los rostros de la injusticia*. Editorial Herder. 2010.
128. SIERRA C., G. de J. *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas. El caso de la descentralización en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Textos de Jurisprudencia, Serie Maestría. 2009.
129. SQUELLA, Agustín, López Calera Nicolás. *Derechos Humanos: ¿invento o descubrimiento?*. Editorial Fontamara. Madrid-México. 2013.
130. TOURAINE, Alain. *La mirada social*, trad. María José Furió Sancho. Paidós Estado y Sociedad 171. 2009.
131. ZAMORA, José Antonio, coord. *Radicalizar la democracia*. Foro "Ignacio Ellacuría". Editorial Verbo Divino. Navarra, España. 2001.
132. VATTIMO, Gianni. *Más allá de la interpretación*. Ediciones Paidós. 1ª edición, 1995.
133. VÁZQUEZ, Rodolfo. *Corte, Jueces y Política*. Editorial Fontamara. Segunda edición. 2012.
134. VAZQUEZ, Rodolfo. *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, núm. 274. UNAM. México. 2015.
135. VILLORO TORANZO, Miguel. *La justicia como vivencia*. Editorial Porrúa. 2004.
136. WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. Heriberto Rubio. Fondo de Cultura Económica. Tercera reimpresión. 2015.
137. ZAGREVELSKY, Gustavo. *La exigencia de justicia*. Editorial Mínima Trotta. 2006.
138. ZYGMUNT BAUMAN, Leonidas Donskis. *Ceguera moral*. Paidós.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	2
II. VERTIENTES JURISDICCIONALES	7
i. El juicio de amparo y políticas públicas.....	8
ii. Juicios de amparo relacionados con el sector salud.....	12
ii.i. El caso de la comunidad Mininuma	13
ii.ii. Otros amparos.....	17
III. MARCO GENERAL DE LOS ESTÁNDARES EN DERECHO COMPARADO	28
1. República de Sudáfrica	28
2. República de Colombia.....	35
IV. EL JUEZ DE CONTROL CONSTITUCIONAL: UN ACTOR EN LA PROCURACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EL CAMBIO SOCIAL	41
V. PROPUESTA DE ESTÁNDAR PARA LA ATENCIÓN DE UN LITIGIO EN SEDE CONSTITUCIONAL Y POLÍTICAS PÚBLICAS...	45
VI. PROPUESTA DE LINEAMIENTOS	56
BIBLIOGRAFÍA CITADA Y RECOMENDADA.....	59