



Universidad Autónoma de Querétaro  
Facultad de Derecho

El derecho a la salud como derecho social justiciable, análisis de la  
sentencia 707/2016

Tesis

Que como parte de los requisitos para obtener el Grado de  
Maestría en Derecho

Presenta

BRENDA ISELA LEÓN MANCERA

Dirigido por:

ITZA LIVIER GARCÍA SEDANO

Querétaro, Qro. a 30 de octubre de 2020



Universidad Autónoma de Querétaro  
Facultad de Derecho  
Maestría en Derecho

El derecho a la salud como derecho social justiciable, análisis de la  
sentencia 707/2016

Tesis

Que como parte de los requisitos para obtener el Grado de

Maestra en Derecho

Presenta:

BRENDA ISELA LEÓN MANCERA

Dirigido por:

ITZA LIVIER GARCÍA SEDANO

M. en D. Itza Livier García Sedano  
Presidente

Dra. Alina del Carmen Nettel Barrera  
Secretario

Dra. Gabriela Aguado Romero  
Vocal

Mtro. Josué Castro Puga  
Suplente

M. en D. Federico José Rodríguez Peñaguirre  
Suplente

Centro Universitario, Querétaro, Qro.  
Octubre 2020  
México

## Resumen

La sentencia de amparo 707/2016, versa sobre el derecho humano a la salud de una menor de edad y la omisión de las autoridades responsables de proporcionar el tratamiento médico que requiere la niña, al no tenerlo contemplado en el catálogo universal del Seguro Popular. En el presente trabajo se establecen los compromisos internacionales del Estado Mexicano en materia de salud, su obligación de garantizar un núcleo esencial hasta el máximo de sus recursos posibles, con énfasis especial a los grupos históricamente desventajados. En los Estados Democráticos es posible la limitación/distinción de los derechos, pero la misma tiene que estar justificada. Para dilucidar dicho punto, el operador jurídico debe aplicar herramientas argumentativas correlacionadas con los conceptos de igualdad, discriminación, grupos vulnerables e interseccionalidad.

**Palabra clave:** Derecho a la salud, derechos sociales, grupos vulnerables, interés superior de la infancia, interseccionalidad, obligaciones internacionales, protección reforzada, suplencia total de la queja.

## Summary

The judgment 707/2016, concerns the human right to the health of a minor and the omission of the responsible authorities for providing the medical treatment required by the girl, because her treatment does not have contemplated in the universal catalog of Popular Insurance. This work is about the international commitments of the Mexican State on health, its obligation to ensure an essential core to the maximum extent of its resources, with special emphasis on with special emphasis on historically disadvantaged groups. In the Democratic States it is possible to limit/distinguish rights, but it must be justified. In order to clarify that point, the legal operator must apply argumentative tools correlated with the concepts of equality, discrimination, vulnerable groups and intersectionality.

**Key words:** enhanced protection, higher interests of children, international obligations, intersectionality of vulnerability, right to health, social rights, vulnerable groups.

Dirección General de Bibliotecas

Dirección General de Bibliotecas UAQ

**Dedicatoria**

Este trabajo lo dedico con todo mi cariño a mi madre Rebeca y a mi Padre Leandro, por quienes tengo todo.

### **Agradecimientos**

Quiero agradecer a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, mi casa académica, a todo el personal docente de quienes tanto aprendí y me inspiraron a seguir mi capacitación. Especialmente al Programa Titúlate de Posgrado por brindarme las herramientas necesarias para la investigación y cristalizar una de mis metas.

Resumen.....	iii
Summary.....	iv
Dedicatoria.....	v
Agradecimientos.....	vi
Índice.....	vii
Introducción.....	8

**CAPÍTULO PRIMERO  
ANTECEDENTES DEL AMPARO INDIRECTO 707/2016, UNA MIRADA  
A LOS DERECHOS SOCIALES**

1.1. La evolución histórica de los derechos sociales.	11
1.2. El derecho a la salud.	16
1.3. Contexto de la sentencia en análisis.	20
...	

**CAPÍTULO SEGUNDO  
PROBLEMÁTICAS QUE INCIDEN EN LA JUSTICIABILIDAD DE LOS  
DERECHOS SOCIALES**

2.1. Vulnerabilidad, discriminación e interseccionalidad.	27
2.1.1. Personas, comunidades y grupos vulnerables.	27
2.1.2. Discriminación.	28
2.1.3. Discriminación interseccional.	29
2.2. Conducta procesal de las autoridades responsables.	33
2.3. Objeción democrática.	41
...	

**CAPÍTULO TERCERO  
LOS DESAFÍOS PARA EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN LA  
MATERIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES**

3.1 Herramientas metodológicas.	44
3.1.1. Test de igualdad y no discriminación.	46
3.2 Desafíos prácticos y teóricos para la efectividad y justiciabilidad de los derechos sociales.	51
3.3 Las sentencias estructurales.	56
...	
Conclusiones.....	62
Bibliografía .....	65
Anexo: Sentencia de amparo indirecto 707/2016.....	69

## Introducción

Históricamente se han tenido que fraguar batallas sociales para el reconocimiento de los Derechos Económicos Sociales y Culturales<sup>1</sup>. El desarrollo tecnológico, de infraestructura y productivo no ha cerrado la brecha de desigualdad de personas, colectivos y comunidades históricamente desventajadas. El descontento social propicia que cada día sea más generalizado ver el reclamo de los DESC en sede judicial. Ante el nuevo bloque de constitucionalidad, que estándares debe considerar el operador jurídico al emitir el fallo de resolución correspondiente? ¿quién es el guardián de la Constitución?, ¿el poder judicial ha contribuido al cambio social por medios de la justiciabilidad de los DESC?

La sentencia materia del presente trabajo, es concerniente al derecho humano a la salud de una niña, y la omisión de proporcionarle el tratamiento médico que requiere “*torax de quilla*”, al no estar incluido dentro del catálogo universal del Seguro Popular.

En el capítulo primero, se aborda la evolución histórica de los derechos sociales, las nociones sobre soluciones estructurales propuestas por Daniel Vázquez, la reciente tendencia de su justiciabilización; así como algunos de los casos abordados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Posteriormente se trae a colación el marco normativo del derecho a la salud; las obligaciones de garantía del Estado; las distinciones entre reglas y principios referidas por Liliana Ronconi, Laura Clérico, Robert Alexy y Carlos Bernal Pulido. Y se explica el contexto de la sentencia analizada, con énfasis en el test del núcleo esencial de derechos.

---

<sup>1</sup> En adelante DESC.

En el capítulo segundo, se hace un estudio sobre los conceptos de vulnerabilidad, acorde a lo expuesto por Omar Darío Cardona, Gustavo Busso, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la corte Mexicana. También se traen a colación los conceptos de discriminación, interseccionalidad y grupos vulnerables, la normativa nacional de internacional; y la postura que sostuvo el Pleno de la Corte en el amparo directo en revisión 8/2014.

Luego se analiza la conducta procesal de las autoridades responsables. Y se destaca la utilización del Juez de Distrito del test del núcleo esencial del derecho, acorde a los lineamientos desarrollados en el libro *“Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles”*.

Se aborda la estrecha relación del núcleo esencial del derecho con los principios de progresividad y no regresión. Se establece la reversión de la carga de la prueba a las autoridades responsables al ubicarse la niña en interseccionalidad múltiple. Y por qué no podía ser aducida la falta de recursos de las autoridades responsables, para justificar su actuar, al involucrarse una persona que encaja en varios grupos vulnerables. Se visibiliza las acciones positivas realizadas por el juzgador para no revictimizar a la niña, y la labor de estudio en suplencia de la queja deficiente de la quejosa.

Asimismo, se analiza “la objeción democrática” referente a que los jueces no pueden interferir en materia de presupuesto o políticas públicas, argumento que el propio Roberto Gargarella califica de débil; y se determina la superación de dicha objeción con base a la facultad que otorga el nuevo parámetro de regularidad, para que el órgano jurisdiccional realice control de constitucionalidad y convencionalidad. Robustecida con la invitación de Roberto Saba desprendida en su obra, *“Más allá de la igualdad formal ante la ley, ¿Qué les debe el Estado a*

*los grupos desventajados*”, sobre el replanteamiento del rol de los operadores jurídicos al aplicar la constitución y los Tratados Internacionales.

En el capítulo tercero, se hace alusión a las diversas herramientas metodológicas, con énfasis en el test de igualdad y no discriminación; y por qué el juez pudo robustecer su determinación con dicha herramienta. Se aluden algunos de los desafíos prácticos para la efectividad y justiciabilidad de los derechos sociales en nuestro país.

Posteriormente se aborda el concepto de las sentencias estructurales expuesto por Néstor Osuna en su obra *Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia*, y su relevancia para la modificación de las violaciones estructurales y la efectividad de los derechos sociales; la experiencia en este rubro en las cortes de Sudáfrica, Colombia, Argentina y la India. La postura asumida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia 5/2016. Finalmente, se concluye que la sentencia de amparo analizada, sí logra dar efectividad al derecho humano a la salud de la niña \*, con efectos concretos para la quejosa.

Finalmente se menciona que la investigación que se presenta se aborda desde el método empírico- inductivo centrado en la sentencia 707/2016, y se aborda desde un enfoque cualitativo; en relación con las técnicas de investigación utilizadas son fuentes de primera mano: bibliográfica y archivística.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **ANTECEDENTES DEL AMPARO INDIRECTO 707/2016, UNA MIRADA A LOS DERECHOS SOCIALES**

Previo al análisis de la sentencia emitida en el amparo indirecto 707/2016, en que se reclama la violación al derecho a la salud de una menor de edad, resulta conveniente abordar el tema de los derechos sociales no solo desde una perspectiva histórica sino también desde los casos abordados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para posteriormente posicionarnos en el derecho a la salud desde una perspectiva histórica, la cual nos permitirá observar la *objeción democrática* enunciada por Roberto Gargarella, relativa a “la falta de legitimidad de la justicia para resolver cuestiones relacionadas con el diseño de políticas públicas, en general.”<sup>2</sup>. Sin embargo, dicha objeción se verá superada en virtud de que son los jueces quienes tienen la posibilidad de hacer efectivos los derechos sociales, esto es, de responder ante la omisión del Estado subsanando el derecho humano.

#### **1.1. La evolución histórica de los derechos sociales**

Para Gerardo Pisarello, los derechos sociales se presentan como expectativas ligadas a la satisfacción de necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la vivienda, la salud, la alimentación o la educación. Tanto los poderes públicos y para los particulares, el reconocimiento de estas expectativas en constituciones e instrumentos internacionales, configuran

---

<sup>2</sup> GARGARELLA, Roberto. “Justicia dialógica y derechos sociales”, en ESPINOZA de los Monteros, Javier y ORDOÑEZ, Jorge (coord.). *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 111.

obligaciones positivas y negativas, de hacer y no hacer, ligadas a la satisfacción de las mismas<sup>3</sup>.

A decir del doctrinario, en la medida que los bienes que protegen tienen que ver con la supervivencia y el disfrute de las condiciones materiales que tornan factible el ejercicio real o de la autonomía, es que la reivindicación de los derechos sociales interesa potencialmente a todas las personas. Pero incumbe especialmente a los más desventajados de la sociedad, cuyo acceso de recursos en juego suele ser residual y, no pocas veces, inexistentes<sup>4</sup>.

Para Gerardo Pisarello, la percepción de que los derechos sociales constituyen una *generación* posterior a los derechos civiles y políticos, constituye una representación inexacta. Porque la historia moderna de derechos sociales se inscribe en un 'largo siglo' que comienza con las grandes revoluciones sociales de mediados del siglo XIX y se extiende al primer tercio del siglo XX.

Incluso, señala una 'prehistoria' de políticas institucionales dirigidas a resolver situaciones de pobreza y exclusión social como de luchas por la subsistencia seguridad material, que se da, antes del surgimiento del Estado moderno<sup>5</sup>.

Así, relata que en el medievo existieron mecanismos institucionales no necesariamente del Estado, con un sentido democratizador e igualitario, como las ayudas que garantizaban a la *polis* Ateniense, el acceso a los baños públicos, a la cultura o al ejercicio<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una construcción*. Madrid España, editorial Trotta S.A., 2001, p. 11.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Idem* p. 20.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

En el medievo tardío, con ‘las leyes de los pobres’ se intentó cambiar los conceptos de ‘caridad’ y ‘beneficiencia’ por el de ‘reeducación para el trabajo’, es decir, por una actuación del estado de asistencia y represión<sup>7</sup>.

En las postrimerías del Estado moderno, la ayuda a los pobres motivada en la ‘caridad’ y en la ‘discrecionalidad’ de la autoridad pública, se transformaron en beneficios concretos correspondientes a los derechos de los ciudadanos. H. Dean, caracteriza este proceso como la judicialización del bienestar<sup>8</sup>.

En este periodo, los reclamos por la participación se ve en Inglaterra con los cavadores. En tanto que en las colonias Norteamericanas la asistencia de las clases desfavorecidas, se refleja en diferentes cartas constitucionales.

En Francia con el proceso revolucionario, la Constitución de 1791, aún monárquica, en su Título I, incluyó referencias a la instrucción y a la asistencia de los pobres, pero sin abandonar el tono de caridad pública de la época<sup>9</sup>.

“La expresión ‘derechos sociales’ apareció en un proyecto presentando a la Convención en 1793 por el agronomista Gilbert Romme, entre otras cuestiones, diseñador del célebre calendario republicano. En la sesión del 24 de abril de 1793, por su parte, M. Robespierre propuso a la Convención, en nombre de la ‘fraternidad’ la necesidad de moderar las grandes fortunas mediante un impuesto progresivo y de ‘hacer honorable la pobreza’ garantizando a todos el derecho a la libertad y a la existencia. Los artículos 7 y 8 de su proyecto de declaración de derechos, alternativo al presentado por los girondinos establecían que el derecho de propiedad estaba limitado por la obligación de respetar los derechos de los demás, comenzando por su seguridad, su libertad y su existencia.”<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> “Tanto en los países de tradición católica como en los protestantes se introdujo la distinción también jurídica, entre pobres meritorios, dispuestos a ofrecerse como mano de obra a cambio de las ayudas recibidas, y pobres no meritorios, dedicados al ‘vicio’ y al ‘ocio’ y, por lo tanto, peligrosos para la comunidad”. Vid. R Castel, *Les métamorphoses de la question sociales*”, **citado por** PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una construcción*. Madrid España, editorial Trotta S.A., 2001, p. 20.

<sup>8</sup> H. Dean. *The Judification of Welfare: Strategies of Discipline and Resistance*, **citado por** PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una construcción*. Madrid España, editorial Trotta S.A., 2001, p. 21.

<sup>9</sup> PISARELLO, Gerardo. *Op. cit.* pág. 22.

<sup>10</sup> *Idem*, pág. 20.

Desde un punto de vista formal, los derechos sociales adquirieron presencia generalizada en el constitucionalismo de la posguerra.

En el caso de la revolución mexicana, vio reflejados algunos de estos objetivos en la constitución de 1917.

En los años ochenta, países que salían de dictaduras militares o de experiencias autoritarias aprobaron constituciones que para el autor, asumen el ideal normativo del Estado Social y democrático del derecho y consagran avanzadas técnicas de defensa de los Derechos sociales. Citando como ejemplos representativos, la constitución Brasileña de 1988, la colombiana de 1991, la sudafricana de 1996<sup>11</sup>.

Según Pisarello, "(...) al cancelar o al restringir de manera drástica las posibilidades de acceso a recursos y servicios básicos (...) se ha convertido en la causa principal de la migración de millones de personas hacia diferentes países y regiones."<sup>12</sup>

En este sentido, si bien se puede advertir diversas historias de luchas para la conquista de los derechos sociales, las mismas han sido precarias, sin que logren de una vez y a la fecha, la plena garantía de los mismos en sus diferentes facetas.

La tendencia doctrinal actual, es la apreciar la existencia de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos civiles, políticos y sociales.

---

<sup>11</sup> *Idem* p. 33.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

Para Daniel Vázquez “la generación de remedios estructurales a problemas sociales por medio de las cortes, no es ni nuevo ni nació en Colombia (...) uno de los primeros antecedentes en ese sentido es, sin duda, el conocido caso *Brown vs. Board Education* sobre la integración racial en las escuelas emitida por la corte estadounidense en 1954 (...).”<sup>13</sup>

La justiciabilidad de los derechos sociales por medio de Tribunales independientes, se logra el cumplimiento de la obligación de garantía del Estado, en relación a la satisfacción y protección del derecho social, con la consecuente exigibilidad, control y reparación.

En este tenor, es pertinente señalar que para Oscar Parra Vera:

“(...) La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) aun suscita debates tanto a nivel internacional como nacional (...). Mientras que en algunos ámbitos nacionales (como Colombia y Argentina) no se discute sobre la posibilidad de impulsar la protección judicial directa de los DESC, en el ámbito interamericano solo hasta 2015 y 2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emitió sus primeras decisiones sobre justiciabilidad directa del Protocolo de San Salvador y del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente. Luego de 38 años de funcionamiento, el Tribunal Interamericano da este importante paso en 2017 para impulsar el uso de la Convención Americana contra la exclusión y la pobreza (...) apenas en el 2015 el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales emite su primera decisión en un caso contencioso sobre seguridad social a la luz del Protocolo Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).”<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> VÁZQUEZ, Daniel. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Ciudad de México, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, primera edición, 2016, p. 124.

<sup>14</sup> PARRA, Óscar. “Reflexiones generales en torno al impacto y retos para la implementación de decisiones judiciales en derechos sociales”, en MORALES, Mariela y CLÉRICO, Laura (coordinadoras). *La interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*. Querétaro-México, ed. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, pp 179 a 180.

Para Liliana Ronconi, el enfoque de la jurisprudencia de la Corte IDH la protección de los DESC se ha dado de manera indirecta, es decir, por medio de la protección de un derecho civil o político<sup>15</sup>.

Como referentes la doctrinaria cita, el caso *Artvia Murillo vs Costa Rica*, en que se reclama la determinación de inconstitucionalidad de la sentencia que autoriza la fertilización *in vitro* para parejas conyugales, pero el argumento fuerte estriba en la no violación a la vida privada.

También hace referencia al caso *Gonzales LLuy vs Ecuador*, en el que una niña fue contagiada del virus de VIH en una transfusión de sangre proveniente de un banco de sangre de la Cruz Roja, en una clínica privada de salud. La Corte IDH observó la violación al derecho a la vida y a la integridad de la menor de edad, pero es poco lo que habla en relación a la trasgresión del derecho a la salud.

El hito más reciente en la Corte Interamericana, es el caso *Poblete Vilches vs. Chile*, en que se logró la justiciabilidad de manera directa al derecho a la salud, de las personas adultas mayores.

## **1.2. El derecho a la salud**

La reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 10 de junio del 2011, establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la constitución y en los tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

En el párrafo segundo indica, que la interpretación de los derechos humanos debe hacerse conforme a la constitución y a los tratados internacionales

---

<sup>15</sup> RONCONI, Liliana. “Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH, y llegaron, para quedarse?”, en MORALES, Mariela y CLÉRICO, Laura (coordinadoras). *La interamericanización del derechos a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*. Querétaro-México, ed. IECEQ, 2019, p 318.

de la materia, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a la persona: lo que se ha definido como interpretación conforme e interpretación *pro persona*.

En el párrafo tercero, establece que cualquier autoridad en el ámbito de su competencia, tiene la obligación proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. El Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

En el párrafo quinto, mandata la prohibición de discriminar basada en categorías sospechosas<sup>16</sup> o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas:

El pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo directo en revisión 6/2008, refirió que acorde a los artículos 1° y 4° de la Constitución Federal, “toda persona tiene derecho a la protección de la salud.”

Con base a los citados dispositivos de derecho doméstico y del *ius cogens*, el pleno en el citado amparo directo en revisión concluyó que, “el derecho a la salud implica la obtención de un determinado bienestar general que se integra necesariamente por el estado físico, mental y emocional (...). Derivándose... un derecho fundamental que es el derecho a la integridad físico psicológica.”

Derivado del nuevo parámetro de regularidad constitucional, constituyen obligaciones del Estado: garantizar el derecho a la salud, y el cumplimiento progresivo. Como se explica:

---

<sup>16</sup> “(...) Queda prohibida toda forma de discriminación basada en origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil (...).”

De los artículos 2.1, 2.2, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos: se desprenden dos tipos de obligaciones al Estado: la adopción de medidas generales de manera progresiva, y la adopción de medidas de carácter inmediato.

Como lo refiere Liliana Ronconi, en la primera, el Estado tiene la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la efectividad de los DESC. Lo cual no significa que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico. Tampoco entraña que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión. De igual forma, se le impone la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados<sup>17</sup>.

Tocante a las obligaciones de carácter inmediato, la citada autora refirió que implican en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas en cada derecho, para lo cual se propuso la interpretación del derecho a la salud como regla y como principio. Para ella, existen ciertos tratamientos o atención a la salud que nadie dudaría de que resultan graves o urgentes y necesarios y que no pueden ser negados a ninguna persona. Se trata de aquellos en los que está en juego la vida de la persona.

Para Liliana Ronconi en estos casos, el derecho a la salud actúa como regla. Acorde a Robert Alexy, una regla “es una restricción de un derecho fundamental cuando con su vigencia (...) aparece una no libertad definitiva o un no-derecho definitivo de igual contenido<sup>18</sup>.”

---

<sup>17</sup> RONCONI, Liliana. *Op cit.* pág. 328.

<sup>18</sup> CLÉRICO, Laura. *Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural*, citado por RONCONI, Liliana. “Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH, y llegaron, para quedarse?”, en MORALES, Mariela y CLÉRICO, Laura (coordinadoras). *La interamericanización del derechos a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*. Querétaro-México, ed. IECEQ, 2019, pp. 328 y 329.

En palabras de Laura Clérico:

“(…) las reglas presentan un carácter definitivo, pueden ser cumplidas o no; si se da el supuesto de hecho de la norma, se siguen la solución (...). En esos casos aplica el modelo de subsunción y no corresponde a una ponderación de derechos: ‘Las normas sobre contenidos mínimos de los derechos sociales se aplican como reglas –modelo de subsunción. El contenido mínimo del derecho no puede ser ponderado o graduado frente a otros principios.’”<sup>19</sup>

En la adopción de la teoría del contenido esencial de los derechos, entraña que existen ciertas obligaciones básicas que son inderogables y que caen dentro del contenido esencial del derecho a la salud, que es indisponible.

Laura Clérico sostiene que en materia de salud, al estado le concierne las obligaciones de no intervención arbitraria, de no-regresión arbitraria de desarrollo normativo, de proteger, de organización y de funcionamiento<sup>20</sup>.

Asimismo refiere, que las violaciones al derecho a la salud por parte del Estado pueden darse por acción, por omisión o por acción insuficiente o injustificada. El primer caso la autora indica como ejemplo, las esterilizaciones forzadas a mujeres u hombres indígenas. En el segundo supuesto, refiere la falta de construcción de un hospital público a pesar de haber sido aprobada su construcción en ley. Y en el tercer supuesto, la doctrinaria refiere como ejemplos: si un seguro de salud pública debe cubrir una terapia alternativa; si el sistema de salud debe cubrir los tratamientos de fecundación asistida en el ámbito nacional.

Para determinar cómo evaluar la violación, Laura Clérico reitera que el derecho a la salud tiene un contenido que se aplica como regla y otro contenido

---

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> CLÉRICO, Laura. *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión (sic) miradas locales, interamericanas y comparadas*. Santiago de Querétaro-México, ed. IECEQ, 2019, p. 27.

como principio.<sup>21</sup> Si la violación cae en el contenido del derecho a la salud como regla, se aplica la regla argumentativa de la subsunción (o el encastre) o el de la comparación de casos. Empero, si se trata de evaluar una violación que cae en el contenido del derecho como principio, entonces se aplica el examen de proporcionalidad.<sup>22</sup>

En la observación general 14 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estableció que corresponde a los Estados garantizar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad respecto del derecho a la salud.

### 1.3. Contexto de la sentencia en análisis

En comparecencia del 7 de julio del 2016, ante el Juzgado Séptimo de Distrito en Morelia Michoacán, se solicitó el amparo y protección de la niña \*<sup>23</sup> ,

---

<sup>21</sup> Para Robert Alexy, “los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas...Por tanto no contienen mandatos definitivos -como reglas-, sino solo *prima facie*”. Sostiene Alexy que “los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y posibilidades fácticas”, *citado por* RONCONI, Liliana. “Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH, y llegaron, para quedarse?”, en MORALES, Mariela y CLÉRICO, Laura (coordinadoras). *La interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*. Querétaro-México, ed. IECEQ, 2019, pp. 330 y 331.

<sup>22</sup> Para Carlos Bernal Pulido, “los casos de conflictos de esta ‘parte’ del derecho con otros derechos fundamentales deberán resolverse mediante la ponderación, teniendo en cuenta el peso de los principios en pugna. Eso implica que un principio puede dejarse de lado cuando se enfrenta a otro principio de mayor peso, porque ‘a diferencia del contenido esencial, la periferia [ámbito donde el derecho a la salud actúa como principio] puede ser restringida, según las necesidades que se deriven de otros derechos, bienes o intereses que aparezcan tipificados en la Constitución o que sean relevantes en la vida social” en BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 411.

<sup>23</sup> En tutela al derecho a la privacidad y datos personales de la menor de edad, se aclara que en lo sucesivo se le referirá con el símbolo gráfico de \*, siendo el mismo que utilizó el Juez de Distrito en la resolución analizada. Con fundamento en los artículos 4 párrafo noveno de la Constitución Federal; 3.1 y 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 8.1 de las “Reglas de Beijing”, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, el 28 de noviembre 1985; 5° primer párrafo, 7, 13 fracción XVII, 76 párrafos primero y segundo, 79 y 86 fracción IV de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

contra actos del Secretario de Salud del Estado de Michoacán, con residencia en esa ciudad; Directora General del Organismo Público Descentralizado Régimen Estatal de Protección Social en Salud del Estado de Michoacán, con residencia en la misma ciudad; Director General del Hospital Infantil dependiente de la Secretaría de Salud del Estado de Michoacán, con residencia en esa ciudad; Director General del Hospital “Doctor Miguel Silva” dependiente de la Secretaría de Salud del Estado de Michoacán, con residencia en la misma ciudad; y, Comisión Nacional de Protección Social en Salud dependiente de la Secretaría de Salud, con residencia en la Ciudad de México.

La parte quejosa reclama de las autoridades responsables la omisión de proporcionar el acceso al derecho y protección de la salud, al no otorgarle el tratamiento para su padecimiento denominado *pectus carinatum*, el cual se encuentra excluido o no previsto en el catálogo universal de servicios de salud del seguro popular, lo cual trae como consecuencia poner en riesgo la integridad física y salud de la quejosa, así como su vida.

El Juez de Distrito, precisó que el análisis de la constitucionalidad del acto reclamado, lo verificaría en **suplencia** de la **queja deficiente**, al margen de los conceptos de violación formulados por la quejosa.

Lo que robusteció, al constatar que la peticionaria de amparo \* tiene nueve años de edad, sufre de diversidad funcional permanente, derivada de la trisomía veintiuno —síndrome de down— y trastorno del espectro autista, que le genera una discapacidad cognitiva/conductual permanente: lo que le impone al juzgador un deber de protección en tres vertientes<sup>24</sup>.

Del marco nacional y convencional, el juez de amparo indicó entre otras cuestiones, que el análisis que se realice en materia de discapacidad debe

---

<sup>24</sup> Para niñas, niños y adolescentes; para personas con alguna discapacidad, y para personas con la condición neurológica denominada trastorno del espectro autista (autismo). En el transcurso del juicio de garantías también se acreditó, que la niña quejosa tiene una discapacidad permanente, por cursar un *pectus carinatum*.

hacerse a la luz de los principios de igualdad y de no discriminación, debiendo considerarse el principio y valor de las medidas positivas. Refirió que el interés superior de la infancia, implica el deber de proteger el desarrollo y ejercicio pleno de los derechos de la niña, debiendo garantizarse en todo tiempo la protección más amplia a ésta. Así como el deber de asegurar el respeto y ejercicio de los derechos que les asisten a las personas con la condición del espectro autista.

En el juicio de garantías quedó acreditado que la niña se encuentra inscrita en el seguro popular, con vigencia del periodo comprendido del 3 de abril de 2015 al 2 de abril de 2018. Y que la póliza ampara **los servicios medicamentos del catálogo universal de servicios de salud** y del fondo de protección contra gastos catastróficos.

Igualmente quedó probado, que la quejosa acudió al Hospital infantil el 12 de julio de 2016 para valoración de deformidad torácica, que clínicamente se observó protrusión del tórax anterior de predominio, que se le diagnosticó la enfermedad que la aqueja —tórax de quilla —; y que ya obra un diagnóstico preliminar de su dolencia.

Asimismo se plantearon como opciones de tratamiento el uso de un compresor dinámico “FMF”, el cual solo se construye en Buenos Aires, Argentina, requiriéndose su importación. Se indicó que el tiempo el tratamiento dependería de la elasticidad del tórax y del tiempo de uso diario, pero que la media es de aproximadamente seis meses. El costo del tratamiento es de USD \$4,640.00 cuatro mil seiscientos cuarenta dólares americanos.

Que se solicitó este tratamiento en el hospital infantil a lo cual se manifestó no poder proporcionarlo, en virtud de que ese padecimiento no se encuentra dentro del catálogo universal de servicios de salud del seguro popular.

El juez de amparo reiteró que la naturaleza del acto reclamado es de carácter de omisiva.

Con base en los artículos 4° de la Constitución Federal, 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos 8 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 9 y 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, quien juzgó tuvo presente el referente que toda persona tiene el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, lo que impone al Estado Mexicano, la obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho a la salud y, así como la obligación de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el uso máximo de los recursos de que disponga.

Para determinar si la no previsión del tratamiento que requiere la quejosa dentro del catálogo del seguro popular constituye o no una violación, el Juzgador Federal señaló que utilizaría como herramienta metodológica, **el test de identificación de núcleo de derechos**, el cual acorde al autor Daniel Vázquez, busca dilucidar si una determinada obligación del Estado es parte del núcleo del derecho en cuestión y cuál, sería el impacto de ordenar al Estado a cumplir con la obligación que es demandada como violación a un derecho por alguna persona<sup>25</sup>.

“La identificación del contenido esencial de un derecho supone el establecimiento de elementos mínimos que el Estado debe proveer a cualquier persona de forma inmediata y sin que medien contra-argumentaciones fácticas de imposibilidad provenientes de escasez de recursos o elementos semejantes.”<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> VÁZQUEZ, Daniel. Op cit. pág. 127.

<sup>26</sup> Serrano y Vázquez, *citado por* Vázquez, Daniel. Op. Cit. pág. 128.

En relación a la identificación de las obligaciones que conforman el núcleo, el juzgador federal concluyó que la protección del derecho a la salud incluye, entre otras, las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar porque la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia.

El juzgador señaló que el derecho a la salud, entre varios elementos, comprende el disfrute de servicios de salud de calidad en todas sus formas y niveles, entendiendo calidad como que sean apropiados médica y científicamente, esto es, que exista personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, y condiciones sanitarias adecuadas.

También puntualizó que el derecho a la salud garantiza pretensiones en términos 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.

Indicó que algunas de estas obligaciones son de cumplimiento inmediato y otras de progresivo, lo cual otorga relevancia normativa a los avances y retrocesos en el nivel de goce del derecho.

Por ejemplo las de garantizar que el derecho a la salud sea ejercido sin discriminación alguna y de adoptar medidas para su plena realización, que deben ser deliberadas y concretas.

La autoridad federal señaló que de acuerdo al Catálogo Universal de Servicios de Salud (CAUSES), en el que se enlistan los servicios médicos quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios a los que tienen derecho y que podrán solicitar en los centros de salud y hospitales cubiertos, mismo que se encuentra incluido en el documento denominado CARTA DE DERECHOS Y OBLIGACIONES 2016, SEGURO POPULAR, DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL EN SALUD, en el que se incluyen un total de 1621 mil seiscientos veintiuna enfermedades, agrupadas en 6 bloques. Sin embargo, el padecimiento que aqueja a la peticionaria de amparo, denominado *pectus carinatum*, no se encuentra incluido.

Señaló que a raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, el hecho de que determinados medicamentos no estén incluidos en el cuadro básico de insumos de la autoridad responsable, no significa que la obligación de ministrarlos desaparezca, siempre que exista una prescripción médica que lo avale respecto de un beneficiario de tales servicios.

Ello, porque la salud constituye un derecho humano amplio e integral, uno de los aspectos que debe satisfacer es la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales, así como la inclusión de los tratamientos a todas las enfermedades, de tal manera que, si el tratamiento que requiere la quejosa denominado *pectus carinatum* no se encuentra contemplado en el catálogo universal contemplado en el programa denominado "Seguro Popular"; es obligación del Estado procurar el otorgamiento del tratamiento que garantice que el derecho a la salud de la niña sea ejercido sin discriminación alguna y adoptar las medidas para su plena realización, que deben ser deliberadas y concretas, es decir, avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia su plena realización.

Tocante a los dos estudios médicos exhibidos, que establecen *que el padecimiento torácico de la quejosa, es principalmente estético, porque hasta ese momento, no representa repercusiones físicas en su estado de salud, de índole pulmonar o cardiológico*; el juez no les otorgó valor probatorio, al desnaturalizar la prueba pericial que les solicitó, al basarse meramente en literatura médica, sin realizar pruebas en la niña \*.

Al respecto destacó, que aun en el supuesto *que se hubieren allegado elementos objetivos que indicaran que el padecimiento de la quejosa, de momento únicamente es estético y no representa repercusiones funcionales*, la resolución no variaría de sentido, porque el derecho de salud contempla tratamientos no sólo de naturaleza para la curación o el alivio (paliación) de las enfermedades o síntomas; sino también de aquellos de carácter profiláctico (...), utilizados para prevenir la aparición de una enfermedad o el surgimiento de una infección, los orientados a la prevención.

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 citado Pacto, 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.

Concluye, que al excluir la posibilidad de otorgar el tratamiento a la quejosa, porque el padecimiento que la aqueja denominado *pectus carinatum* no está contemplado en el catálogo universal para los beneficiarios del Seguro Popular; se configurará **una violación directa** a las obligaciones del Pacto cuando, por no adoptar el Estado Mexicano medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado.

Razones de hecho y de derecho, por las que concedió el amparo y protección de la Justicia Federal solicitada, para el efecto de que las autoridades responsables<sup>27</sup> tienen la obligación de ministrar inmediato tratamiento para el padecimiento -denominado pectus carinatum, consistente en la colocación del compresor dinámico, que funciona como un sistema ortésico para remodelar el tórax de manera paulatina y basado en una medición de la elasticidad del tórax.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **PROBLEMÁTICAS QUE INCIDEN EN LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES**

En este apartado se analizarán los conceptos de vulnerabilidad, discriminación e interseccionalidad; posteriormente se abordará la conducta procesal de las autoridades responsables y finalmente se observará la *objeción democrática* enunciada por Roberto Gargarella.

---

<sup>27</sup> El juez de Distrito concluyó la inexistencia del acto reclamado atribuido a la Comisión Nacional de Protección Social en Salud dependiente de la Secretaría de Salud, con residencia en la Ciudad de México, en virtud que la Secretaría de Salud de la federación descentralizó las facultades que constitucionalmente le corresponden a favor del Gobierno del Estado de Michoacán, por conducto de la Secretaría de Salud local. Por lo cual sobreseyó el amparo por lo que toca a dicha autoridad.

## 2.1 Vulnerabilidad, discriminación e interseccionalidad-

### 2.1.1 Personas, comunidades y grupos vulnerables.

Omar Darío Cardona refiere que el término *vulnerabilidad* ha sido usado para evocar el riesgo y condiciones de desventaja en las ciencias sociales. También refleja una carencia o déficit de desarrollo porque el riesgo se genera y se construye socialmente, indica como fuentes de la vulnerabilidad los procesos económicos, demográficos y políticos que afectan la asignación y distribución de recursos entre diferentes grupos de personas, y reflejan la distribución de poder.<sup>28</sup>

Sobre el tema Gustavo Busso nos advierte que:

“...la vulnerabilidad social de sujetos y colectivos de población se expresa como fragilidad e indefensión ante cambios originados en el entorno, como desamparo institucional desde el Estado; como debilidad interna para afrontar los cambios y oportunidades del individuo u hogares y como inseguridad permanente que paraliza, incapacita y desmotiva la posibilidad de pensar estrategias y actuar a futuro para lograr mejores niveles de bienestar.”<sup>29</sup>

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos define la vulnerabilidad como una condición de ciertas personas o grupos, quienes por su sexo, estado civil y origen étnico, entre otras, se encuentran en riesgo de sufrir violaciones a sus derechos humanos y que les impide incorporarse al desarrollo y acceder a mejores niveles de bienestar, colocando a quien la padece en una situación de desventaja<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> CARDONA, Omar Darío. La necesidad de repensar la holística los conceptos de vulnerabilidad y riesgo. Una crítica y una revisión necesaria para la gestión, **citado por** MORENO Pérez, Salvador. *La opinión pública en torno a la violencia y a la discriminación hacia diferentes grupos vulnerables en México*. (Documento web).

[file:///C:/Users/usuario/Downloads/Violencia-discriminacion-grupos-vulnerables-docto188%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/Violencia-discriminacion-grupos-vulnerables-docto188%20(1).pdf)

1 de noviembre de 2019

<sup>29</sup> BUSSO, Gustavo. Vulnerabilidad social: nociones e implicancias de políticas para Latinoamérica a inicios del siglo XXI, **citado por** MORENO Pérez, Salvador, *ibidem*.

<sup>30</sup> *Idem* pág. 4.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo en revisión 597/2014, señaló que “existen ciertas características o atributos en las personas que han sido históricamente tomadas en cuenta para categorizar, excluir, marginalizar y/o discriminar a quienes las tienen o a quienes han sido asociados con estos atributos o características.”<sup>31</sup>

La corte mexicana en diversos antecedentes ha determinado, que la vulnerabilidad implica un proceso multidimensional que ocurre en personas y colectivos de población expuestos a riesgos sociales y naturales que pueden afectar el bienestar material y no material en sus condiciones presentes como en el futuro. Lo que guarda armonía con lo estatuido en el artículo 5 de la Ley General de Desarrollo social.

### **2.1.2 Discriminación.**

Para Eduardo Góngora Mena, tanto en el ámbito nacional e internacional de los derechos humanos, la discriminación se ha definido, como todo trato diferenciado –restricciones, exclusiones, preferencias injustificadas- que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones e igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.<sup>32</sup>

Para el autor, la discriminación en la salud implica que al titular del derecho se le realiza un diferencia de trato injustificado, ya sea para el acceso a un servicio de salud durante un tratamiento médico, por alguno de los motivos prohibidos del derecho internacional de los derechos humanos, atinentes a la edad, raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones, origen nacional o social, enfermedad, predisposición genética, etcétera.

---

<sup>31</sup> Tesis 1ª. CCCXV/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, octubre de 2015, p. 1645.

<sup>32</sup> GÓNGORA Mera, Manuel Eduardo. “Derecho a la Salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas”, en MORALES, Mariela y CLERICÓ, Laura (coordinadoras). *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*. Querétaro-México, ed. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, pp. 145 y 146.

El derecho a la no discriminación es un derecho autónomo reconocido en el artículo 26 Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que impone a los Estados obligaciones correlativas de realización del derecho. Garantizar que el derecho a la salud sea ejercido sin discriminación alguna, es una obligación inmediata de los estados, que no está sometida a la disponibilidad de los recursos.<sup>33</sup>

La obligación del Estado de asegurar el acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, principalmente a los grupos vulnerables o marginados, ha sido considerada como parte del nivel mínimo de satisfacción del derecho a la salud a cargo de los Estados. Garantía reforzada.<sup>34</sup>

### **2.1.3 Discriminación interseccional.**

Los motivos prohibidos de discriminación en un principio fueron concebidos como causas separadas, exclusivas o alternativas discriminación, por el uso de las conjunciones o/u.

Refiere Góngora Mera, que la Declaración de Durban incorporó el concepto de discriminación múltiple en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para referirse a la convergencia de dos o más de los motivos prohibidos de la discriminación. En tanto que en un muy amplio sector doctrinario se ha preferido el concepto de interseccionalidad.

Indica el autor, que el concepto de *intersectionality* tuvo su origen en las limitaciones procesales estadounidenses para responder a casos en que existía

---

<sup>33</sup> *Idem* p. 146.

<sup>34</sup> *Idem* p.147

una discriminación conjunta por motivos raciales y de género.<sup>35</sup> Al respecto señala:

“El tít. VII de la Civil Rights Act de 1964 (base de la legislación antidiscriminatoria en Estados Unidos) solo permitía plantear demandas de discriminación racial o de género, pero no por ambas simultáneamente. Kimberly Crenshaw desarrolló el concepto de *intersectionality* para descartar que la legislación estadounidense no estaba diseñada para atender la particular experiencia de discriminación que sufren las mujeres negras, ya que las categorías de género y “raza” estaban diseñadas de manera excluyente; su metodología crítica consistía en examinar decisiones judiciales que rechazaron demandas presentadas con una perspectiva concurrente de ‘raza’ y género.”

Para el autor, la noción de la interseccionalidad describe la discriminación basada en diferentes motivos; las categorías y divisiones sociales que enmarcan desigualdades entre individuos o grupos –género, sexualidad, etnicidad, raza, clase social, religión, nacimiento etc-, se intersectan de diversos modos en diferentes contextos, reforzándose mutuamente o contrarrestando efectos discriminatorios. Esa combinación es altamente contextual: depende de condiciones históricas, culturales, políticas y sociales específicas.

La corte interamericana ha reconocido la existencia de un vínculo “directo y significativo” entre discapacidad, pobreza y exclusión social.<sup>36</sup>

La Observación General número 21 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica que puede existir discriminación *múltiple y sistémica*. El Comité señala que algunos individuos o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos. Esa discriminación acumulativa afecta a las personas de manera especial y concreta, por lo que merece particular consideración y medidas específicas para combatirla. A este tipo de discriminación se le llama múltiple.

---

<sup>35</sup> *Idem* pág. 149.

<sup>36</sup> *Idem* pág.169.

El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales conceptualiza la discriminación *sistémica* como aquella que es omnipresente, fuertemente arraigada en el comportamiento y organización de la sociedad. A menudo implica actos de discriminación indirecta y no cuestionada. Este tipo de discriminación genera desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros. Produce relaciones asimétricas de poder.

El enfoque interseccional o contextual de la discriminación postula que las personas no experimentan la discriminación en un vacío, sino dentro de un contexto social, económico y cultural determinado, donde se construyen y reproducen los privilegios y las desventajas.<sup>37</sup>

Para Alejandra Pietro de la Rosa<sup>38</sup> la interseccionalidad constituye una herramienta teórica que sirve para analizar cómo diferentes categorías de discriminación, construidas social y culturalmente, interactúan en múltiples y, con frecuencia simultáneos niveles, lo que favorece una desigualdad social sistemática. Indica la doctrinaria que los objetivos de la citada herramienta, son revelar las variadas identidades y exponer las diferentes formas de discriminación y desventajas que resultan de la conjunción de diversos tipos de identidad, así como reconocer experiencias individuales únicas.<sup>39</sup>

Refiere la citada doctrinaria, que las mujeres que están expuestas a discriminación múltiple, combinada con otras formas de exclusión (etnia, clase social, orientación sexual, edad avanzada u otras) que tienen efecto acumulativo

---

<sup>37</sup> “El principio de Igualdad de Género en la Jurisprudencia Comparada. Una muestra analítica de criterios internacionales y nacionales. Women’s L Worldwide y Programa de Equidad de Género, **citado por** la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en el Protocolo para juzgar con perspectiva de Género, México, 2015, pág. 41.

<sup>38</sup> Maestra en Políticas Públicas Comparadas, Flacso-México. Estudiante del Doctorado en Ciencias Políticas de y Sociales de la UNAM.

<sup>39</sup> PIETRO de la Rosa, Alejandra. “Discriminación múltiple: mujeres con discapacidad en México”. (Documento web).

<http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/249671/discriminacionmultiplemujerescon.pdf>

1 de noviembre de 2019

de atributos estigmatizantes, colocan a estas mujeres en una situación más precaria: ser mujer más tener discapacidad; ser mujer más tener discapacidad más ser pobre.<sup>40</sup>

Para ella, en México las barreras sociales para el ejercicio de los derechos y responsabilidades de las personas con discapacidad, las limitan para que sean aceptadas, incluidas y tengan plena participación social, lo que las coloca en situación de mayor vulnerabilidad, marginación y exclusión. Con el análisis interseccional, es factible señalar que la suma de la discriminación por género, más la propiciada por motivos de discapacidad, más la generada por las distintas barreras sociales, colocan a estas mujeres en una situación de mayor vulnerabilidad respecto a los hombres con discapacidad y a las personas sin ella.

Lo que se complementa con el Informe Mundial sobre la Discapacidad 2011, que señala que en todo el mundo las personas con esta condición tienen peores resultados académicos y de salud, menor participación económica y mayor tasa de pobreza que las personas sin ella.<sup>41</sup>

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la acción de inconstitucionalidad 8/2014, puntualizó que para determinar si una norma o política pública genera un efecto discriminatorio, por contener una distinción, restricción o exclusión explícita, deben atenderse diversos factores:

“...la discriminación estructural existe cuando el conjunto de prácticas, reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social, provocan que las personas enfrenten distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos, y diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida, debido a su pertenencia a grupos en situación de exclusión sistemática, históricamente determinada. El contexto social adverso que enfrentan las personas pertenecientes a estos grupos puede ser producto de condiciones fácticas de desigualdad

---

<sup>40</sup> PIETRO de la Rosa, Alejandra. “Discriminación múltiple: mujeres con discapacidad en México”. (Documento web).

<http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/249671/discriminacionmultiplemujerescon.pdf>  
1 de noviembre de 2019

<sup>41</sup> *Idem* p. 23.

-como la carencia de recursos- o de condiciones simbólicas de desigualdad producidas por la ausencia en el discurso social dominante de las concepciones, necesidades o aspiraciones de un grupo en situación de opresión o históricamente desaventajado.”

Así, el contexto social adverso compuesto por desigualdades fácticas y simbólicas, sujeta a personas y grupos al acceso a las oportunidades.

Roberto Saba indica que se encuentran en situación de desventaja estructural, los grupos de personas que comparte alguna condición o cualidad, como las mujeres, los indígenas, las personas con discapacidad, los migrantes o los pobres estructurales.<sup>42</sup>

Por su parte, el Comité sobre los Derechos del Niño, en su Observación General número 9, párrafo 10, establece que entre la población desventajada, las niñas con discapacidad con frecuencia son más vulnerables.

**2.2 Conducta procesal de las autoridades responsables.** En el juicio de amparo indirecto 707/2016, el acto reclamado es de naturaleza omisiva.

El juez de distrito concluyó que la *omisión de proporcionar el derecho y protección a la salud a la menor quejosa para el padecimiento que le aqueja de “torax de quilla”*; no es atribuible a la Comisión Nacional de Protección Social en Salud dependiente de la Secretaría de Salud, con residencia en la Ciudad de México, porque la Secretaría de Salud de la federación descentralizó<sup>43</sup> las

---

<sup>42</sup> SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley, ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados*, citado por VÁZQUEZ, Rodolfo. *Teorías Contemporáneas de la Justicia. Introducción y Notas críticas*, 1ra edición, México, IECQ, 2019.

<sup>43</sup> Con base en la cláusula séptima, Capítulo II, del ACUERDO DE COORDINACIÓN QUE CELEBRAN LA SECRETARÍA DE SALUD, LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, LA SECRETARÍA DE LA CONTRALORÍA Y DESARROLLO ADMINISTRATIVO Y EL ESTADO DE MICHOACÁN, PARA LA DESENTRALIZACIÓN INTEGRAL DE LOS SERVICIOS DE SALUD EN LA ENTIDAD.

facultades que constitucionalmente le corresponden a favor del Gobierno del Estado de Michoacán, por conducto de la Secretaría de Salud local.

Tocante al Secretario de Salud del Estado de Michoacán, Director General del Hospital Infantil dependiente de la Secretaría de Salud del Estado de Michoacán, Director General del Hospital "Doctor Miguel Silva" dependiente de la Secretaría de Salud del Estado de Michoacán.<sup>44</sup> La autoridad federal determinó que son ciertos los actos reclamados, a pesar de que al rendir el informe justificado negaron las omisiones imputadas. En virtud que la regla de acreditar la existencia de los actos a la fecha de la presentación de la demanda, solo opera para actos de naturaleza positiva, no así de aquellos que revisten del carácter de omisivos, los cuales su acreditamiento queda sujeto a que no obre en autos algún medio probatorio del que se advierta el hecho positivo que desvirtúe la omisión. Lo que no había acontecido en la causa.

También concluyó acreditada la existencia del acto atribuible a la Directora General del Organismo Público Descentralizado Régimen Estatal de Protección Social en Salud del Estado de Michoacán; pues aunque en el informe justificado dicha autoridad negó el acto reclamado, indicando *que no provee servicios médicos ya que únicamente garantiza la prestación de servicios de salud a través de su financiamiento*. El juez de distrito determinó que para la certeza o falsedad de los actos de naturaleza omisiva que se imputan a determinadas autoridades, debe acudirse no a las actividades que realizan sino a las normas legales que prevén su competencia para verificar si en realidad están obligadas a realizar esa conducta. Y acorde a las actividades a las que encamina su actuar, consistente en el financiamiento de los servicios médicos, legalmente sí está obligada a cumplir omisión, por lo que en caso de que se conceda la protección constitucional a la quejosa, corresponderá a dicha autoridad implementar los

---

<sup>44</sup> Todas las autoridades con residencia en Morelia Michoacán.

mecanismos para asegurar el efectivo disfrute del derecho que la quejosa aduce violado.

No se soslaya que el juez de distrito no indicó expresamente el dispositivo legal en que basó su razonamiento. Sin embargo, dicha imprecisión no cambia el sentido de la determinación, toda vez que al ser función legal de la citada autoridad responsable la concerniente a la política pública en la asignación del presupuesto para la prestación del servicio médico; de concederse el amparo, dicha facultad precisamente le irroga el carácter de autoridad vinculada para cumplir el tratamiento médico que específicamente requiere ser suministrado a la niña \*. Y encuentra base en los artículos 158 y 197 de la Ley de Amparo.

Para el estudio de la constitucionalidad del acto reclamado –no inclusión del tratamiento médico para el padecimiento de *pectus carinatum*, en el catálogo universal de servicios de salud del Seguro Popular-, la **herramienta argumentativa** que utilizó el juez de Distrito, fue la del test del núcleo esencial del derecho, acorde a los parámetros referidos por el jurista Daniel Vázquez, en la obra doctrinaria que ya se citó.

En las páginas 51 y 61 de la sentencia de amparo, el juzgador determina *prima facie* la naturaleza del núcleo esencial del derecho a la salud; los deberes inmediatos y progresivos sobre dicho tópico a cargo del Estado y su innegable vinculación con las capacidades presupuestarias, técnicas, de política públicas y legislativas del Estado: sin invocar en dicho apartado norma, principio o jurisprudencia que funde su determinación, pues lo anterior lo realiza de manera disgregada de las páginas 62 a la 90 de la resolución, luego del análisis de las particularidades del caso en estudio.

Si bien la autoridad federal a lo largo de la sentencia refirió expresamente los artículos: 4° de la carta magna; 1° y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos,

Sociales y Culturales; 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"; lo establecido por la Comisión de Derechos Humanos y en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993; así como diversa tesis jurisprudenciales.<sup>45</sup>

La ponderación de las consideraciones de hecho y conclusiones a las que arribó, permiten deducir que las mismas se refieren implícitamente a las disposiciones de los artículos 1 de la Constitución Federal; 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 2.1 y 2.2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así como a las observaciones generales números 3 y 14 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Organización de las Naciones Unidas.

Ello, porque la observación general número 3 dispone que todos los Estados tienen la obligación de asegurar, como mínimo, la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto.

---

<sup>45</sup> “DERECHO A LA SALUD. SU TUTELA A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO”; “DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”; “DERECHO A LA SALUD. SU NATURALEZA NORMATIVA”; “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”; “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”; “SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4º. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS”; “DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. PARA GARANTIZARLO, EL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL DEBE SUMINISTRAR A SUS BENEFICIARIOS LOS MEDICAMENTOS QUE LES PRESCRIBAN, AUN Y CUANDO NO ESTÉN INCLUIDOS EN EL CUADRO BÁSICO Y CATÁLOGO DE INSUMOS DEL SECTOR SALUD”; “DERECHO A LA SALUD. NO SE LIMITA AL ASPECTO FÍSICO, SINO QUE SE TRADUCE EN LA OBTENCIÓN DE DETERMINADO BIENESTAR GENERAL”.

Dicha obligación es recuperada por los principios de Limburgo y las Directrices de Maastrich donde se establece que dado que la escases de los recursos no libera a los estados de sus obligaciones mínimas, en caso de no poder cumplirlas a cabalidad deben de demostrar que ha realizado todo esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de sus recursos que están a su disposición en pos de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.<sup>46</sup>

La referida observación general número 14 señala, que a pesar de la limitación de los recursos, el gobierno sigue obligado al menos a los siguientes aspectos que involucran al núcleo del derecho:

“a) garantizar el derecho a la no discriminación en sus decisiones, el cual es de cumplimiento inmediato, y b) existen unas obligaciones básicas en salud, que deben ser satisfechas en todo caso, sin importar los recursos de que dispone un estado, como son el acceso no discriminatorio a los servicios de salud, y unas prioridades, que deben ser respetadas, como la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas y la adopción de medidas para combatir las enfermedades epidémicas y endémicas.”

La determinación del núcleo básico de un derecho está directamente relacionado con los conceptos de progresividad y prohibición de regresión.

De la interpretación sistémica de la normativa de sede doméstica e internacional referida, necesariamente llevan a concluir, que en los asuntos en que se analiza el contenido esencial del derecho, corresponde a las autoridades públicas demostrar que ha actuado hasta el máximo de sus recursos disponibles

---

<sup>46</sup> ABRAMOVICH, Víctor y Christiam, COURTIS. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social, constitucional, citado por Daniel Vázquez Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Ciudad de México, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, primera edición, 2016, p. 129.

para poner en práctica el contenido esencial de los derechos, probar la progresividad y la no regresión en sus acciones.<sup>47</sup>

También se colige, que cuando el Estado aduzca una falta de recursos, le incumbe comprobar dicha situación y que ha realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que están a su disposición para lograr ese objetivo; habida cuenta que en el uso de su arbitrio para el desarrollo de las políticas públicas y en la distribución o re-distribución de recursos, debe tomar en cuenta a los **grupos vulnerables**, así como a las situaciones de riesgo, en el entendido que está proscrito que incurra en decisiones arbitrarias o discriminatorias.

Cargas procesales que no fueron cumplidas por las autoridades responsables, ya que estas no adujeron ni demostraron *que han realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que están a su disposición, para lograr la plena efectividad del derecho humano al nivel más alto posible de salud de la niña quejosa \**, pues se limitaron a negar el acto reclamado. Tampoco refirieron ni probaron insuficiencia presupuestaria para llevar a cabo las medidas tendientes a lograr ese objetivo, ni la existencia de casos más graves y urgentes que requirieran impostergablemente la prioridad de la aplicación de los recursos.

La legalidad de la determinación analizada se corrobora, con los artículos 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10 del Protocolo de San Salvador, que imponen al Estado mexicano la obligación de fijar una protección especial respecto de los sujetos que se encuentren en una situación de particular vulnerabilidad.

---

<sup>47</sup> VÁZQUEZ, Daniel. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Ciudad de México, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, primera edición, 2016, pág. 125.

Al respecto, en el amparo directo en revisión 378/2014<sup>48</sup>, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó, que la obligación estatal de *la creación de condiciones que aseguren a las personas asistencia médica y servicios médicos en casos de enfermedad*, implica el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, como el tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y **discapacidades**. Lo que fundó en el artículo 12, párrafo 2, apartado d), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El aludido antecedente también concluyó, que la obligación de "cumplir" requiere que los Estados *"adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud"*.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, estableció que en relación al artículo 2 de la Convención Americana, en materia de salud, los Estados tienen la obligación de crear un marco normativo adecuado para establecer los parámetros de tratamiento e internación a ser observados por las instituciones de atención de salud. Que el Estado también es responsable de regular y fiscalizar permanentemente la prestación de los servicios de salud públicos de calidad, que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Y que las personas en situación de vulnerabilidad merecen una protección especial; no basta que los Estados no violen derechos, es menester la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho.

---

<sup>48</sup> Un grupo de pacientes del INER, reclamaron la omisión de ejecutar el proyecto denominado "Construcción y equipamiento del Servicio Clínico para pacientes con VIH/SIDA y co-infección por enfermedades de Transmisión Aérea, también conocido como "Pabellón 13"; analizado por la Segunda Sala de la Corte.

En las fojas 44 y 51 de la sentencia, el juez de amparo tuvo presente algunas de las condiciones particulares de la quejosa \*. Pero al abordar el test del núcleo esencial, no concretizó que la suma de las condiciones referentes a: la minoría de edad, género, condición cognitiva, salud, discapacidad motriz permanente y trastorno del espectro autista, colocan a la niña en una interseccionalidad de vulnerabilidad, que en conjunción con las barreras sociales, económicas, culturales e históricas la colocan en desventaja para el reconocimiento de sus derechos humanos y para la restitución de los mismos.

A las que debió sumar la de falta de recursos económicos de la infante quejosa, pues en la comparecencia en que solicitaron el amparo en su representación, señalaron expresamente dicha situación, sin que exista probanza que desvirtúe la falta de recursos monetarios.

La interseccionalidad de vulnerabilidad de la niña quejosa, evita que las autoridades responsables invoquen su *imposibilidad debido a la falta de recursos materiales o presupuestarios*, o que la decisión que asuman sobre el destino de los mismos sea de manera arbitraria y caprichosa. Máxime ante el deber de la autoridad jurisdiccional de dictar las medidas de protección reforzadas que concretamente requiere en su condición de niña, como persona con discapacidad y con trastorno del espectro autista.

También se destaca, que el juez de amparo dictó diversas medidas positivas, pues recibió la comparecencia verbal en que solicitaron el amparo en nombre de la menor de edad \*.

Con la debida diligencia y sensibilización a efecto de no revictimizar a la niña \*, ordenó a la actuaria adscrita al juzgado trasladarse al domicilio de la quejosa y asentar las características que a simple vista observara de ésta. La citada funcionaria al encontrar a la infante \* dormida no la despertó, con la

autorización de la madre pudo percatarse a simple vista de una protuberancia en el pecho de la infante. Y en ese mismo acto, le pidió que manifestara si ratificaba o no la demanda de amparo presentada en nombre de la niña.

De igual forma, el juzgador federal como medida para mejor proveer ordenó la realización de una pericial médica, cuyo desahogo se retardó por la reticencia del primer médico nombrado, quien al revelar su postura parcial sobre el asunto, el juez dejó sin efecto su nombramiento y señaló a otro médico para la elaboración del dictamen de merito. Reiterando, el estudio de la demanda de amparo se hizo en total suplencia de la queja de la niña \*.

Para robustecer su determinación, hubiera sido conveniente que el juez de amparo citara los diversos **precedentes** de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los amparos directos en revisión 323/2014<sup>49</sup>, 378/2014<sup>50</sup>, 566/2015<sup>51</sup>, 750/2015<sup>52</sup> y 1219/2015<sup>53</sup>, en los que ya ha efectuado pronunciamiento sobre el *test del núcleo esencial* en materia de derechos económicos, sociales y culturales; concretamente en relación a las obligaciones del Estado, en virtud que la *ratio decidendi* externada en los mismos, funge como un razonamiento de autoridad en relación al contenido conferido a las diversas interpretaciones al derecho doméstico e internacional, en lo que guarda identidad jurídica sustancial con el caso en estudio.

Recapitulando, la no inclusión del tratamiento médico para el padecimiento de *pectus carinatum*, en el catálogo universal de servicios de salud

---

<sup>49</sup> Se reclamaron diversas violaciones en relación con la distribución y aplicación efectiva del gasto público, resultado por la Primera Sala.

<sup>50</sup> Un grupo de pacientes del INER, reclamaron la omisión de ejecutar el proyecto denominado “Construcción y equipamiento del Servicio Clínico para pacientes con VIH/SIDA y co-infección por enfermedades de Transmisión Aérea, también conocido como “Pabellón 13”; analizado por la Segunda Sala de la Corte.

<sup>51</sup> Se reclama finalizar el proyecto denominado “Ciudad de las Artes” en el Estado de Nayarit, analizado por la Primera Sala de la Corte.

<sup>52</sup> Se reclama al Gobierno de Michoacán la omisión de seguir transfiriendo recursos a la \*\*\* y, consecuentemente el cobro de cuotas de inscripción, de la Primera Sala.

<sup>53</sup> El recurrente argumentó que el Estado tiene la obligación de proveer a todos los estudiantes del Sistema Educativo Nacional de una alimentación nutritiva y suficiente.

del Seguro Popular, sí genera un impacto diferenciado en la niña\*, quien al pertenecer a varios grupos vulnerables, se hace nugatorio el acceso al derecho y protección de la salud: lo que implica una trasgresión directa a las obligaciones previstas en los artículos 4, párrafo tercero de la Constitución Federal; 2.1, 2.1 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

### **2.3 Objeción democrática.**

Roberto Gargarella refiere, que la objeción democrática no es más que un problema de legitimidad de origen de los jueces constitucionales, para resolver cuestiones sobre políticas públicas y presupuesto, en virtud que la definición de dichas cuestiones “deberían ser organizadas y definidas por la ciudadanía, directamente o por sus representantes [legislativo y ejecutivo], y no por personas que carezcan de esas credenciales democráticas.”<sup>54</sup>

El propio Gargarella califica a dicho argumento de débil, proponiendo una justicia dialógica. Asimismo, dicha objeción queda superada, toda vez que los órganos jurisdiccionales se encuentran facultados por la constitución para: revisar si la actuación de la autoridad responsable cumple con los derechos humanos; determinar si la violación a la plena realización de los derechos fundamentales de fuente constitucional o convencional, atiende a la falta de recursos estatales, o cuando la naturaleza del asunto lo permita, vigilar que dicha falta de asignación presupuestaria no derive de decisiones arbitrarias o discriminatorias por parte de la autoridad estatal.

La legitimidad del órgano judicial está en la razonabilidad de sus fallos, y se traduce en un contrapeso a las distinciones-exclusiones normativas

---

<sup>54</sup> GARGARELLA, Roberto. “Justicia dialógica y derechos sociales”, en ESPINOZA de los Monteros, Javier y ORDOÑEZ, Jorge (coord.). *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 111.

injustificadas y arbitrarias, así como a las omisiones prolongadas y sistémicas de los poderes legislativo y ejecutivo.

Sobre la supuesta tensión contramayoritaria de las cortes, Daniel Vázquez sostiene que "...los contenidos esenciales de los derechos se establecen como la última frontera en torno a lo que el ejecutivo y legislativo pueden intentar restringir, y como la principal directriz sobre las decisiones que esos poderes deben tomar."<sup>55</sup>

Para el autor en cita, el problema total es suponer que la elección del Ejecutivo y Legislativo implica en automático, se pueden considerar mayoritarios; pero que el poder judicial al no ser electo, es siempre minoritario. En razón que los primeros [Ejecutivo y Legislativo] pueden adoptar decisiones contrarias a las preferencias de la mayoría de las personas o cuando solo benefician a una elite político-económica excluyendo a las mayorías.

Máxime que el reconocimiento y garantía de los derechos humanos de las minorías, no pueden quedar a la votación de las mayorías.

---

<sup>55</sup> VÁZQUEZ, Daniel. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Ciudad de México, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, primera edición, 2016, p. 124.

**CAPÍTULO TERCERO**  
**LOS DESAFÍOS PARA EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN LA**  
**MATERIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES**

En este apartado se abordarán las herramientas metodológicas para el análisis a las intervenciones/restricciones a los derechos, concretamente del test de igualdad y no discriminación; los desafíos prácticos y teóricos para la efectividad y justiciabilidad de los derechos sociales; y el concepto de sentencia estructural de Jesús M. Casal.

**3.1. Herramientas metodológicas.**

Es ampliamente aceptado en la comunidad jurídica nacional e internacional que los derechos humanos no son absolutos, toda vez que pueden

ser regulados, restringidos y suspendidos bajo ciertas condiciones<sup>56</sup>. ¿Cuáles son los límites a esa regulación y restricción?

Para Gloria Patricia Lopera Mesa, “la vinculación del legislador a los derechos fundamentales y su garantía por parte de una jurisdicción constitucional se ha convertido en señal de identidad de los estados constitucionales democráticos”<sup>57</sup>.

Laura Clérico refiere que, “las limitaciones sobre los derechos son disputas sobre relaciones y espacios de acción de los sujetos...en muchos supuestos esas disputas se refieren a las (sin) razones que se alegan para limitar el derecho por acción u omisión esos derechos.”<sup>58</sup>

En voz de Daniel Vázquez, un *test* constituye una herramienta argumentativa que ayuda al operador jurídico a determinar mediante un método, si un accionar u omisión del Estado, es justificado o arbitrario<sup>59</sup>. Refiere que dicha herramienta, allega directrices y categorías para el estudio razonable del asunto.

Para el citado autor, “la razonabilidad sin método puede derivar en un abuso discrecional y tener como consecuencia una sentencia muy poco razonable, a lo que también se ha denominado el riesgo de la libre creación del derecho.”<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> Como así lo establece el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 27.2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>57</sup> LOPERA Mesa, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*. España, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2006, p. 269.

<sup>58</sup> CLERICÓ, Laura. *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión, miradas locales, interamericanas y comparadas*. Santiago de Querétaro-México, ed. IECEQ, 2019, p. 16.

<sup>59</sup> VÁZQUEZ, Daniel. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Ciudad de México, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, primera edición, 2016, p. 27.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

Son varias las herramientas argumentativas [test], y acorde a las tendencias de las Cortes Alemana y Americana se citan solo de manera enunciativa: test de razonabilidad y proporcionalidad de los derechos, test de restricción de derechos, test de igualdad y no discriminación, test de ponderación, test de identificación del núcleo esencial, test de progresividad, test de no regresión, test del máximo uso de los recursos disponibles<sup>61</sup>. En palabras de Daniel Vázquez todos los test “son un conjunto de categorías... para determinar qué es lo razonable en el caso concreto.”

Diversos autores coinciden que no hay un mismo test que sirva para analizar todos los casos, ya que no sería razonable analizar en la misma forma asuntos diversos. Incluso, en el derecho comparado se observó, que la Corte Colombiana ha usado varios test para la solución de un mismo caso.

Al respecto, tanto Laura Clérico y Carlos Bernal Pulido refieren, que las intervenciones al derecho fundamental a la salud, puede ser analizadas bajo el prisma del derecho a la igualdad y no discriminación.

### **3.1.1. Test de igualdad y no discriminación.**

Carlos Bernal Pulido indica que el principio de igualdad “...impone al Estado el deber de tratar a las personas, de manera que las cargas y ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos...”<sup>62</sup>. Deber que al decir del autor, se concreta en cuatro mandatos correlativos:

“...(1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento en

---

<sup>61</sup> *Idem.* págs. 27 a 43.

<sup>62</sup> BERNAL Pulido, Carlos. “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”. (Documento Web) <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> 15 de noviembre del 2019.

común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).<sup>63</sup>

El citado autor indica que en la Corte Colombiana la segunda línea jurisprudencial del principio a la igualdad, toma raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, y acoge los elementos más actuales de dicha jurisprudencia sobre la aplicación de la cláusula *equal protection*, prevista en la décimo cuarta enmienda, fundada en los diversos niveles de intensidad en los escrutinios o test de igualdad: débiles, intermedios y estrictos.<sup>64</sup>

Bernal Pulido refiere que el escrutinio estricto debe aplicarse cuando una diferenciación se fundamenta en criterios sospechosos como la raza, condición social, orientación sexual, la edad o la minusvalía. El autor refiere que para la Corte Colombiana son potencialmente discriminatorias:

“... (1) se funden en rasgos permanentes de las personas de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (2) aquellas que afecten a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias; y (3) aquellas que se funden en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.”<sup>65</sup>

La constitucionalidad de las medidas que someten a tratos diferentes en la graduación de intensidad de escrutinio estricto, impone como exigencia

---

<sup>63</sup> *Idem.* pág 51.

<sup>64</sup> *Idem.* pág. 62

<sup>65</sup> *Idem.* pág. 64

también: (1) que la medida persiga un objetivo constitucionalmente imperioso o un objetivo imperioso para la sociedad y el estado; (2) la medida sea necesaria o indispensable para alcanzarlo, potencialmente adecuada y necesaria para alcanzar el fin: la única y la más idónea.<sup>66</sup>

Para Carlos Bernal Pulido, las anteriores exigencias tornan que solo opere como excepción el escrutinio estricto, en los casos referidos, y en donde los poderes del Estado no disponen de amplios márgenes de apreciación. Asimismo, opera una reversión de la carga de la prueba y de la argumentación, pues en tanto la medida *sub examine* no reciba una justificación atendible, se mantiene la presunción de inequitativo.

Sobre el escrutinio estricto Laura Clérico y Martín Aldao agregan como requisitos: i) se exige una justificación agravada, quien tiene la carga de la prueba debe alegar y justificar razones más importantes, verbigracia, un fin estatal imperioso más que urgente. Supuesto en que la arbitrariedad será desvirtuada; ii) no exista medio alternativo que pueda evitar la clasificación; iii) quien no crea que esa persona, grupo o comunidad no conforman un grupo históricamente y sistemáticamente discriminado tiene la carga de argumentar y probar, por qué no lo son al ser excluidas de lo que se otorga a otros en igualdad de circunstancias relevantes.<sup>67</sup>

Los doctrinarios en comento puntualizan que existe una diferencia entre la igualdad formal [establecida en la ley] y la igualdad material [sustantiva]; y que el concepto de igualdad debe ser entendido como una no-intromisión y como un reconocimiento de derecho. Destacan que quienes viven en una desigualdad

---

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> CLÉRICO Laura y Martín ALDAO. “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”. (Documento Web). <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/1ye/revistas/89/clerico-laura-y-aldao-martin-nuevas-miradas-de-la-igualdad.pdf> 10 de noviembre del 2019.

sistémica y estructural, no pueden salir de los efectos de la discriminación de forma individual ni por sus propios medios, se necesitan medidas de acción positiva o afirmativas para lograr una igualdad real en el ejercicio de los derechos.

Para Clérico y Aldao, la desigualdad no solo deviene de una injusta distribución de los bienes económicos y sociales, sino también de su reconocimiento. Para ellos, la fórmula de la igualdad material implica tres sub-exámenes: idoneidad, medios alternativos menos lesivos y proporcionalidad en sentido estricto. Lo anterior ayuda a establecer si una distinción/discriminación es o no arbitraria. Los referidos sub-exámenes pueden ser aplicados con mayor o menor intensidad. Así, los tres escrutinios de igualdad jurídica material son: leve o de mera racionalidad, intermedio, y muy exigente.<sup>68</sup>

Para que los grupos vulnerables puedan hacer efectivos sus derechos en condiciones de igualdad, se deben dictar medidas estatales de acción positiva, que implica hacer positivo, con lo que la norma viola si el legislador: i) sigue omitiendo, ii) retrocede arbitrariamente sobre lo hecho, o si iii) lo hecho por acción es insuficiente defectuoso.

En este tenor, como ya desarrolló en el capítulo segundo, el juez de distrito argumentó eficientemente la resolución analizada, empero, para robustecer la determinación adoptada, también pudo desarrollar al test de igualdad y no discriminación, con la intensidad de un escrutinio estricto.

Ello, porque la niña quejosa demostró la suma de varias categorías sospechosas, que la colocan en una interseccionalidad de vulnerabilidad sistémica e histórica por su condición de niña, mujer, diversidad funcional permanente derivada de la trisomía veintiuno —síndrome de down—, con trastorno del espectro autista que le genera una discapacidad cognitiva/conductual permanente,

---

<sup>68</sup> *Idem*. Pág. 146.

con discapacidad motriz, con el padecimiento de Torax de Quilla, y falta de recursos económicos.

Sirve como criterio orientador, las razones que informa la jurisprudencia P./J. 9/2016 (10a.), emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. ALGUNOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL PARÁMETRO GENERAL.”<sup>69</sup>

Reiterando, al aplicarse el escrutinio estricto opera una reversión de carga de la prueba, en la que, la distinción se presume arbitraria y se exige una justificación reforzada y probada a las autoridades responsables.

Sin que las mencionadas autoridades cumplieran con su carga procesal, pues no alegaron ni probaron que la distinción persiga un objetivo constitucionalmente imperioso o más urgente, y con ello, no se puede pasar al estudio de las siguientes gradas que integran el análisis de la ponderación. Con lo anterior, el trato diferenciado es arbitrario.

Al acreditarse que la infante pertenece a múltiples grupos desventajados, eran necesarias las medidas de acción positiva a efecto de que la niña quejosa efectivamente tenga una igualdad real, y con la aplicación de las mismas pueda salir de la desigualdad sistémica y estructural que padece, lo que no podría hacer por sus propios medios.

Más, porque el juez de amparo de las páginas 31 a 37 de la sentencia, determinó que atendiendo a las condiciones de la niña \*, el análisis que se realice en materia de discapacidad debe hacerse a la luz de los principios de igualdad y de no discriminación. Debiendo considerarse el principio y valor de las medidas

---

<sup>69</sup> Jurisprudencia P./J. 9/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, septiembre de 2016, p.112 .

positivas, a las que definió como: “Elementos diferenciadores que buscan la nivelación contextual de las personas que poseen alguna diversidad funcional con el resto de la sociedad. Tales mecanismos se conocen como ajustes razonables”.

Asimismo indicó el resolutor, que los principios y directrices a la luz de los cuales se deben analizar los órdenes jurídicos en materia de discapacidad, se guiará entre otros lineamientos, por el de eficacia horizontal, que implica “que las cuestiones atinentes al respeto de las personas con discapacidad, se encuentran dirigidas tanto a las autoridades, así como a los particulares. Es decir, los principios tienen un enfoque integral en cuanto a los sujetos vinculados.”

Principio de igualdad y no discriminación que también ampara a niñas, niños y adolescentes, y a las personas con la condición neurológica del espectro autista, por así desprenderse de los artículos 1° de la Carta Magna y 2 de la Convención sobre los derechos del Niño; 1, 3 fracción VIII, 4, 6 fracciones I y V, de la Ley general para la atención y protección a personas con la condición del espectro autista.

La concesión del amparo para que suministre de inmediato el tratamiento que requiere la menor, constituye una medida que concretiza el interés superior de la niña \*, y dota de efecto útil los tratados vinculantes, y no queden en meras buenas intenciones. Con fundamento en los artículos 4, párrafo octavo, de la Constitución Federal; 3.3 y 4 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 1, 2 y 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 2 de Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Comité de los Derechos del Niño sus Observaciones Generales: 9 *Los Derechos de los niños con discapacidad*, párrafos 8, 9 inciso c, 10, 12, 13, 14 inciso a, 18, 20, 29, 30, 51; Observación General 14 *Sobre el derecho del niño que su interés superior sea una consideración primordial*, párrafos 6, 12 inciso b, 14, 15 inciso d, 17, 26, 36, 37, 41, 75; Observación General 15, *El derecho del*

*niño al disfrute al más alto nivel de salud*, en sus párrafos 2 y 7; numeral 6 fracción I, de la Ley General sobre los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes;

### **3.2. Desafíos prácticos y teóricos para la efectividad y justiciabilidad de los derechos sociales.**

Para Jesús M. Casal los obstáculos para la justiciabilidad de los derechos sociales “están relacionados a limitaciones socioeconómicas, desviaciones en la manera de procurar la realización de estos derechos y a las dificultades jurídicas de naturaleza procesal conceptual”. El autor alude que otra zona de tensión que acompaña la aplicación, es concerniente a la revisión de políticas públicas por las instancias competentes.<sup>70</sup>

Para Jesús M. Casal otro problema consiste en que “el ejecutivo decide discrecionalmente el destino de los recursos dirigidos a necesidades sociales vinculadas a derechos de igual signo...esto favorece los procesos de clientilismo político y de instrumentalización de la política social.”<sup>71</sup>

Otro de los desafíos para la efectividad de los derechos sociales, es el concerniente a la falta de capacitación y sensibilización de las autoridades responsables, que genera: desde la interrupción arbitraria de programas, trato inadecuado, revictimización secundaria e institucional. Retardos dentro del proceso judicial, pensemos en un caso de salud como el analizado, o la falta de abastecimiento de vacunas infantiles, o la no suministración del medicamento para el cáncer: no se puede tolerar la conducta procesal de las autoridades responsables para retardar el proceso, o no cumplir con los requerimientos efectuados, como dice la máxima, la justicia retardada es justicia denegada.

---

<sup>70</sup> CASAL, Jesús M. “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión”. en BAZÁN Víctor. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales, la protección de los derechos sociales, las sentencias estructurales*. Colombia, Editorial Unión Gráfica, 2015, p.22.

<sup>71</sup> *Idem*. pág 36.

No hay interés en una respetuosa coordinación interinstitucional, tampoco hay conocimiento por parte de los organismos responsables de las obligaciones del Estado Mexicano en materia de derechos humanos, ni la responsabilidad para los funcionarios, la institución y al Estado Mexicano.

Constituyendo un hecho notorio, la existencia de la red/institucional burocrática compleja e intrincada, a quien se le deja las funciones de regulación, inspección, control y vigilancia a cargo del Estado, ya sea a nivel federal o de las entidades federativas.<sup>72</sup>

En esta línea de ideas, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos destacó que existe una falta de inversión pública en materia de salud, y que quienes más recientes dicho actuar son las personas que viven en comunidades rurales, es decir, como siempre los más desventajados. La aludida comisión también destacó la presencia de personal no capacitado, mal distribuido y con largas jornadas laborales. Hizo énfasis en la necesidad del trabajo interinstitucional, y la necesidad de capacitar desde las aulas a los funcionarios en materia de salud. A lo que es imprescindible agregar, que la capacitación no solo debe ser al personal médico, sino a todo el funcionario que trabaje en dicha institución.

“...La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) advirtió sobre la precaria situación que enfrentan más de 9 millones de personas a nivel nacional que cuentan con muy bajo o nulo acceso a servicios de salud, y quienes radican en 120,531 localidades rurales, de acuerdo con cifras del Consejo Nacional para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), lo que es consecuencia de la falta de inversión pública en el sistema de salud y representa un gasto del bolsillo para esas personas, ya

---

<sup>72</sup> CASAL, Jesús M, op cit, página 105.

que del total del gasto de salud en México en 2016, el 41.4% correspondió a erogaciones directas de las familias.

Al presentar el Estudio sobre el impacto y cumplimiento de las recomendaciones generales, informes especiales y pronunciamientos de la CNDH en materia de derecho a la protección a la salud, el organismo nacional agregó que la **falta de personal capacitado y su inadecuada distribución** también puede derivar en la sobrecarga de capacidades; ya que los médicos residentes que trabajan periodos recurrentes de 24 horas consecutivas cometen 36% más errores y presentan el doble de fallas en el trabajo nocturno por problemas de atención que quienes trabajan 16 horas.

La CNDH detalló que de 2015 a 2018 el porcentaje del Producto Interno Bruto (PIB) destinado al gasto público en salud disminuyó progresivamente, pasando del 3% en 2015 a 2.81% en 2018, lo cual coloca a México como el país de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) que menos invierte en ese sector; en tanto que en Alemania, Suecia y Japón el porcentaje rebasa el 9% de su correspondiente PIB.

La Recomendación 15, sobre el Derecho a la Protección de la Salud aborda cinco temas prioritarios para una adecuada atención a la salud:

- Los problemas relativos a la falta de personal de salud, necesarios para cubrir la demanda de los servicios de salud.
- Falta de capacitación del personal de salud.
- Falta de infraestructura hospitalaria y de recursos materiales
- Trato contrario a la dignidad, poco respetuoso y conductas discriminatorias.
- Reiterado incumplimiento por parte de las personas servidoras públicos del marco jurídico nacional e internacional en materia de salud.

La Recomendación General 15, se emitió previamente a la reforma Constitucional de 2011, en la que se modificaron tanto la denominación del

Capítulo Primero del Título Primero; así como los artículos 1o.; 3o.; 11; 15; 18; 29; 33; 89; 97; 102, apartado B y 105 de la CPEUM. En dicha reforma, se incorporaron los derechos humanos previstos en los tratados internacionales dentro del marco jurídico nacional, integrando los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Como lo señaló la CNDH, se precisa la necesidad de que exista una coordinación entre autoridades encargadas de los servicios públicos de salud para promover los cambios o modificaciones a las disposiciones normativas, prácticas administrativas, que constituyan o propicien violaciones a los derechos humanos; influir en la política pública destinada a la protección de la salud; eliminar violaciones y subsanar las irregularidades de que se trate. Es por ello, que la primera autoridad facultada de realizar dicha obligación es la Secretaría de Salud, que a través de la historia legislativa fue conocida como Secretaría de Salubridad y Asistencia, producto de la fusión de la Secretaría de Asistencia y el Departamento de Salubridad. Dicha Secretaría tiene la encomienda de coordinarse con otras entidades públicas para garantizar el derecho a la salud, esta ha tenido tres momentos importantes de participación, el primero, la adición del artículo 4º. Constitucional del derecho a la salud de todos los mexicanos, el segundo, el proceso de descentralización de los servicios de salud hacia las Entidades y el tercero, la creación del Sistema de Protección Social en Salud.

Es indispensable proporcionar el conocimiento en derechos humanos y de formación médica clínica desde la Universidad, así como la capacitación y sensibilización al personal de salud, lo que les permitirá ejercer de manera efectiva su derecho de acción y médico en el ámbito clínico.

(...)

Otros aspectos a resaltar del análisis a las 96 recomendaciones relacionadas con la integración y llenado adecuado del expediente clínico, corresponden en 34 ocasiones de las 62, proporcionadas, a atención médica

relacionada a mujeres, además de la inadecuada atención médica, el trato indigno, (dos ocasiones vinculadas con alumbramiento en vía pública.”<sup>73</sup>

La falta de capacitación, sensibilización e indiferencia del funcionariado, se desprenden de las recomendaciones realizadas al sector salud en los años 2015, 2016 y 2018, por parte de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Michoacán<sup>74</sup>: en el año 2015, resultaron procedentes siete recomendaciones, 29/2015, 39/2015, 41/2015, 42/2015, 61/2015, 67/2015, 111/2015, contra la Secretaría de Salud Pública en el Estado de Michoacán por violación al derecho a la salud, negligencia médica, negligencia e inadecuada atención médica, violación al derecho a la protección de la salud.

En el año de 2016, se efectuaron dos recomendaciones 10/2016 y 80/2016, a la Secretaría de Salud en el Estado de Michoacán, por Violación al derecho a la Salud y Negligencia e Ineficiente Atención Médica, respectivamente.

En el año 2018, se efectuaron dos recomendaciones 033/2018 y 046/2018, a la Secretaría de Salud en el Estado de Michoacán, por violación al derecho a la protección de la salud, respectivamente.

Una reticencia marcada de los Tribunales no es a la restricción de derechos, sino a la ampliación de los mismos, especialmente en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, por medio de sentencias.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup>Estudio sobre el impacto y cumplimiento de las recomendaciones generales, informes especiales y pronunciamientos de la CNDH en materia de derecho a la protección a la salud. (Documento Web) <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-10/Estudio-Recomendaciones-Generales- Informes-Pronunciamientos-Tomo-X.pdf> 15 de noviembre de 2019.

<sup>74</sup> <http://cedhmichoacan.org/recomendaciones-2016/> (Sitio Web). 15 de noviembre de 2019.

<sup>75</sup> Vid. VÁZQUEZ Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Ciudad de México, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, primera edición, 2016, p. 49.

Otro obstáculo estriba, en que la justiciabilidad del derecho a la salud no tiene expresiones iguales, lo anterior es consecuencia a si el reclamo se efectúa mediante la acción de inconstitucionalidad o si se realiza vía del juicio de amparo; en el último supuesto, como medio de control constitucional de actos y normas solo tiene efectos en el caso concreto [por regla general], al regir los principios de parte agraviada y relatividad de la sentencia. Lo que así se desprende de los artículos 103 fracción II de la Constitución Federal, 73, 77 y 78 de la Ley de Amparo, y en la Jurisprudencia del P./J. 5/2016 (10a.).

También debe visibilizarse, que existen tópicos que por ignorancia o desinterés no se llevan en la agenda política, la falta de abordamiento adecuado, puede conllevar vulneraciones graves y sistemáticas a un grupo de personas.

### **3.3. Las sentencias estructurales.**

Para Néstor Osuna en las sentencias estructurales o macrosentencias, “los jueces hacen importantes esfuerzos para dar efectividad a los enunciados constitucionales, cuando constatan la existencia de desconocimientos generalizados, recurrentes y graves de los derechos humanos.”<sup>76</sup>

El autor indica que lo característico de las sentencias estructurales, es que quien juzgue se habilita como máximo intérprete y defensor de los derechos establecidos en la Constitución, determinando cómo deben actuar las autoridades a fin de garantizar el ejercicio efectivo de ese derecho. Para lo cual, “el juzgador expide órdenes que exceden las coordenadas *inter partes* de los casos que originaron la respectiva sentencia, y que apuntan a resolver el problema generalizado que se ha detectado.”<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> Osuna, Néstor. “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”. en BAZÁN Víctor. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales, la protección de los derechos sociales, las sentencias estructurales*. Colombia, Editorial Unión Gráfica, 2015, p.91.

<sup>77</sup> *Idem*. Pág. 93.

Roberto Saba establece, que “las categorías sospechosas” están determinadas por criterios que contribuyen a perpetuar situaciones de subordinación, lo que genera desigualdad estructural e inamovilidad. Propone que tratándose de desigualdades estructurales, se debe repensar el rol de los jueces en el control de constitucionalidad y convencionalidad.<sup>78</sup>

La línea doctrinal da cuenta, que en las jurisdicciones de Sudáfrica, Colombia, India y Argentina tienen tiempo dictando este tipo de sentencias estructurales, resolviendo importantes tópicos, como los relativos a las condiciones de vida en los centros de reclusión, contaminación de un río, desalojos arbitrarios, vivienda y conservación de la identidad de los Pueblos Indígenas.

Por lo que toca a la Corte Constitucional de Colombia, tiene varias resoluciones paradigmáticas en materia de derechos sociales, como las referentes al hacinamiento carcelario, desplazamiento forzado y salud. En la sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional Colombiana acumuló 22 acciones de tutela en materia de salud. En el análisis de los casos concretos la Corte encontró dos tipos de fallas estructurales en la prestación del servicio a la salud, declaró el estado constitucional de cosas, estableció líneas de interpretación normativa y para remediar las causas estructurales, dicha sentencia impartió varias órdenes con seguimiento a la ejecución.<sup>79</sup>

Destaca Néstor Osuna que en la sentencia T-153 sobre hacinamiento carcelario, la Corte Colombiana verificó que la situación narrada por los

---

<sup>78</sup> SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley, ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados*, citado por VÁZQUEZ, Rodolfo. *Teorías Contemporáneas de la Justicia. Introducción y Notas críticas*, 1ra edición, México, IECQ, 2019.

<sup>79</sup> *Idem.* pág. 112

demandantes<sup>80</sup> no era aislada, y haciendo uso de datos históricos, políticos sociales y jurídicos, la Corte concluyó que los derechos fundamentales son una limitación de los derechos de las mayorías, como se precisa en las siguientes líneas:

“...la racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos, el juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas.”<sup>81</sup>

Para el doctrinario, las violaciones estructurales a DD HH, no pueden enfrentarse a través de actos aislados del Estado, es menester una actuación coordinada de los distintos poderes tendientes a la ejecución del mandato constitucional, del que no puede abstraerse el Poder Judicial.<sup>82</sup>

Las sentencias estructurales permiten que el Estado cumpla con sus obligaciones internacionales, especialmente, con aquellos grupos que han sido históricamente excluidos y discriminados, como mujeres, indígenas, niños, migrantes, desplazados, entre otros.

---

<sup>80</sup> Solicitudes de personas internas en dos cárceles de Colombia, que padecían situaciones extremas de hacinamiento y desatención a la salud. En el primer caso, expone que un pasillo hay 40 camarotes con capacidad para 40 internos. Los presos a su costa construyeron 40 zarzos ampliando la corrida para 80 personas. Que la construcción de los zarzos aumentó de 25 a 35 o a 40 grados la temperatura. Que hay entre 170 a 180 personas por pasillo, lo que hace difícil dormir, que algunos no pueden siquiera para estirarse. Que no caben ni en el baño.

En el segundo asunto, la persona indica, que tuvo un accidente de moto y quedó con problema de columna, que al llegar “ahí” a los cuatro meses lo sentenciaron. Que hizo solicitudes para que le sacaran una radiografía porque se sentía enfermo. Que fue a la enfermería y el médico le dijo que se estaba haciendo el ‘huevón’. Que hasta donde él sabe, cuando se está sentenciando y está enfermo, el Estado tiene que darle la droga y todo. Que fue donde el médico de la cárcel y le dio una fórmula, que tenía que pagar. Que le pasa la fórmula y el solicitante le dice que no tiene dinero para comprarla y le médico le responde que ese es su problema. Que antes de eso, había solicitado una salida al hospital para una radiografía y se la negaron, que no es un solo caso del solicitante, hay cantidades de casos, cuando la gente está prácticamente muriéndose que a sacan al hospital.

<sup>81</sup> *Idem.* pág 95.

<sup>82</sup> Entrevista (sitio Web) <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo-y-contratacion/el-debate-sobre-las-sentencias-estructurales> 15 de Noviembre de 2019.

En nuestro país, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo directo en revisión 310/2013<sup>83</sup>, señaló que los efectos de las resoluciones emitidas por un Tribunal Constitucional cambian dependiendo de las pretensiones de los reclamantes, la naturaleza y objeto del proceso, y puede consistir: en la declaración de una inconstitucionalidad, el reconocimiento de la lesión a un derecho fundamental, y el restablecimiento del mismo. La citada Sala También señaló:

“...En efecto, las sentencias de los tribunales constitucionales pueden conllevar efectos vinculantes para otros órganos jurisdiccionales del sistema jurídico en cuestión, lo que implica que los mismos tienen que acatar la resolución correspondiente, sin que se puedan pronunciar de forma distinta sobre lo resuelto por el Tribunal Constitucional...No toda violación a los derechos fundamentales es igual, por lo que el efecto de una sentencia de amparo debe caracterizarse por una ductilidad que permita tutelar de la manera más efectiva posible los derechos de las personas. Debido a lo anterior, cada uno de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer del juicio de amparo, en sus respectivas competencias, deberán evaluar cada caso en concreto, identificando el derecho fundamental que fue violentado, para así ponderar los efectos que tal violación constitucional acarrearía en aras de restituir el goce del derecho transgredido”<sup>84</sup>

Sin embargo, el 12 de agosto del 2016, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia 5/2016 [derivada de la contradicción de tesis 58/2015], determinó que los órganos de amparo cuando adviertan la violación de un derecho humano, deben garantizarlos, protegerlos y repararlos dentro del ámbito de su competencia, careciendo de “atribuciones para pronunciarse respecto de violaciones a los que no formen parte de la *litis* constitucional.”

---

<sup>83</sup> Relativo a un asunto de guarda y custodia de dos menores, en que se otorgó la custodia a la madre con base en un artículo del Código Civil del Distrito Federal en que se establecía que debía preferirse a la madre para dicha actividad de cuidado.

<sup>84</sup> De lo que derivó la tesis aislada 2005463.

El pleno también señaló, que aun cuando se advierta una evidente violación a derechos humanos ajena a la *litis* del juicio constitucional, los órganos de amparo sin hacer un pronunciamiento sobre la existencia de aquella violación, deben dar vista o poner en conocimiento de la autoridad que resulte competente de investigar los hechos correspondientes; pero sin emitir recomendación o sugerencia de carácter vinculatorio. Con la posibilidad de acompañar a la denuncia, “elementos técnicos que permitan apreciar objetivamente la posible violación a derechos humanos, las razones que lo sustenten e incluso, los aspectos que se considere habrían posiblemente evitado que se incurriera en la citada violación”: ello, a fin de desnaturalizar la esencia del juicio de amparo.

Consideraciones que plasmó en la Jurisprudencia de rubro: “DERECHOS HUMANOS. LA OBLIGACIÓN DEL ÓRGANO DE AMPARO DE PROMOVERLOS, RESPETARLOS, PROTEGERLOS Y GARANTIZARLOS, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SÓLO SE ACTUALIZA EN EL ÁMBITO DE SU COMPETENCIA, POR LO QUE CARECE DE ATRIBUCIONES PARA PRONUNCIARSE RESPECTO DE VIOLACIONES A LOS QUE NO FORMEN PARTE DE LA LITIS CONSTITUCIONAL.”<sup>85</sup>

Ahora, de los artículos 107 fracción II de la Constitución Federal, 231 y 232 de la Ley de Amparo se desprende, que si las Salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un amparo indirecto en revisión, determinan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda vez consecutiva; o si establecen jurisprudencia por reiteración en la que concluyan la inconstitucionalidad de la misma norma general, se dará aviso al órgano emisor de la norma [por medio del presidente de la Sala o de la Corte]<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Jurisprudencia P./J. 5/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, Agosto de 2016, p. 11

<sup>86</sup> De lo que queda exceptuadas las normas generales en materia tributaria, por así disponerlo el artículo 107 fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Pasado el plazo de 90 días sin que el órgano realice la derogación o modificación de la norma declarada inconstitucional, el Pleno emitirá la declaratoria de inconstitucional, requiriendo de una mayoría de 8 votos.<sup>87</sup>

Por tanto, de acuerdo a la conformación ideológica y hasta política de cada Ministro de la Corte, cabe la posibilidad que no se alcance la mayoría de votos requerida, y no se emita la declaratoria de inconstitucionalidad.

Por lo que toca a la sentencia 707/2016 analizada en el presente trabajo, la concesión del amparo sí logró dar efectividad al derecho a la salud de la niña \*. Con la orden a las autoridades responsables de proporcionar el tratamiento médico que específicamente requiere la infante en estado de vulnerabilidad múltiple, se cumplen con las obligaciones internacionales del Estado Mexicano. Los efectos de la vía elegida para hacer el reclamo, se concretan a amparar a la quejosa, y si bien, no se le puede clasificar como una macro-sentencia al no emitir órdenes para remediar de raíz, la falla sistémica detectada en el sistema de salud, con beneficios generales a las clases vulnerables.

Empero, es una sentencia atípica que merece ser visibilizada para efectos pedagógicos y replicar su orden y metodología. Destacando la consistencia y congruencia de los diversos fallos emitidos por el citado resolutor en materia de derechos sociales, lo que dota de certeza y seguridad jurídica al justiciable. Es decir, no es un operador jurídico que decida que en unos casos sí será garante y en otros no.

---

<sup>87</sup> En el caso de los Pleno de Circuito, podrán solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que realice la declaratoria de inconstitucionalidad, en términos del artículo 233 de La Ley de Amparo.

## Conclusiones

El desarrollo económico del Estado no ha beneficiado a todos por igual, se siguen generando brechas de pobreza e igualdad que dificultan en mayor o menor intensidad el acceso de oportunidades, a los mínimos vitales y a una vida digna.

La insatisfacción en la distribución de los recursos económicos y en las necesidades básicas, crea insatisfacción y hartazgo. Cada día es más frecuente ver litigios sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El análisis histórico permitió inferir que antaño la conquista de los DESC se hizo por medio de la protesta y de las luchas sociales: hoy a través de la judicialización del caso ante el órgano judicial.

La protección de la Constitución queda en manos de los Jueces, y su legitimidad para hacerlo deriva del nuevo parámetro de regularidad, así como de la razonabilidad de los fallos que emitan, basados en herramientas argumentativas.

La minoría de edad, género, condición cognitiva, salud, discapacidad motriz permanente, trastorno del espectro autista, y falta de recursos económicos colocan a la niña en una interseccionalidad de vulnerabilidad, que en conjunción con las barreras sociales, económicas, culturales e históricas la colocan en desventaja para el reconocimiento de sus derechos humanos y para la restitución de los mismos.

Dicha vulnerabilidad múltiple, evita que las autoridades responsables invoquen su *imposibilidad debido a la falta de recursos materiales o*

*presupuestarios*, o que la decisión que asuman sobre el destino de los mismos sea de manera arbitraria y caprichosa. Aunado a que la autoridad jurisdiccional debe dictar las medidas de protección reforzadas que concretamente requiere en su condición de niña, como persona con discapacidad y con trastorno del espectro autista.

Por lo que toca a la sentencia de amparo indirecto analizada en el presente trabajo, se destaca por utilizar una herramienta argumentativa que con orden y método permitió determinar fundada y razonadamente, que el no proporcionar el tratamiento médico que específicamente requiere la niña \* [torax de quilla], constituye un actuar arbitrario de las autoridades responsables, al violar su deber de garantizar el derecho humano a la salud, contenido en el nuevo bloque de constitucionalidad.

La utilización de la herramienta argumentativa dota de razonabilidad al fallo, lo que permite descartar que se trate de una determinación en que el juez esté re-inventando libre y discrecionalmente un derecho [creación libre del derecho]; toda vez que la resolución se funda en basta línea jurisprudencial, y también es paralela con los contenidos de derecho ya fijados sobre el tema, realizados precisamente por los órganos nacionales e internacionales autorizados para ello.

Se destaca la sensibilización del funcionariado para emitir y ejecutar de manera diligente medidas para la no revictimización de la niña \* durante el juicio. Lo que debe ser visibilizado, pues implica inversión de tiempo en capacitación y sensibilización tanto del titular como del personal a su cargo en materia de perspectiva de género y grupos vulnerables; lo que necesariamente debe ser replicado, más, cuando el nuevo contexto jurídico de derechos humanos requiere desterrar prácticas judiciales anquilosadas y rigurosamente formalistas, que no son acordes al nuevo modelo de regularidad.

La concesión del amparo sí logró dar efectividad al derecho a la salud de la quejosa, pero solo tiene un efecto concreto para la niña \*. Por lo cual, si bien no puede clasificarse puramente como una macro-sentencia, si aporta al cambio social de la quejosa en su beneficio.

Además del conocimiento de las herramientas argumentativas, es necesaria la capacitación interinstitucional en materia de perspectiva de género y grupos vulnerables.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

## Bibliografía

BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

CASAL, Jesús M. “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión”. en BAZÁN Víctor. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales, la protección de los derechos sociales, las sentencias estructurales*. Colombia, Editorial Unión Gráfica, 2015.

CLÉRICO, Laura. *Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural*, **citado por** RONCONI, Liliana. “Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH, y llegaron, para quedarse?”, en MORALES, Mariela y CLÉRICO, Laura (coordinadoras). *La interamericanización del derechos a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*. Querétaro-México, ed. IECEQ, 2019,

----- . *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión (sic) miradas locales, interamericanas y comparadas*. Santiago de Querétaro-México, ed. IECEQ, 2019, p. 27.

GARGARELLA, Roberto. “Justicia dialógica y derechos sociales”, en ESPINOZA de los Monteros, Javier y ORDOÑEZ, Jorge (coord.). *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

GÓNGORA Mera, Manuel Eduardo. “Derecho a la Salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas”, en MORALES, Mariela y CLERICÓ, Laura (coordinadoras). *Interamericanización del*

*derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH.* Querétaro-México, ed. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

LOPERA Mesa, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales.* España, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2006.

Osuna, Néstor. "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia". en BAZÁN Víctor. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales, la protección de los derechos sociales, las sentencias estructurales.* Colombia, Editorial Unión Gráfica, 2015.

PARRA, Óscar. "Reflexiones generales en torno al impacto y retos para la implementación de decisiones judiciales en derechos sociales", en MORALES, Mariela y CLÉRICO, Laura (coordinadoras). *La interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH.* Querétaro-México, ed. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una construcción.* Madrid España, editorial Trotta S.A., 2001.

RONCONI, Liliana. "Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH, y llegaron, para quedarse?", en MORALES, Mariela y CLÉRICO, Laura (coordinadoras). *La interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH.* Querétaro-México, ed. IECEQ, 2019

SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley, ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados,* **citado por** VÁZQUEZ, Rodolfo. *Teorías Contemporáneas de la Justicia. Introducción y Notas críticas,* 1ra edición, México, IECQ, 2019.

VÁZQUEZ, Daniel. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Ciudad de México, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, primera edición, 2016.

VÁZQUEZ, Rodolfo. *Teorías Contemporáneas de la Justicia. Introducción y Notas críticas*, 1ra edición, México, IECQ, 2019.

#### **DOCUMENTOS WEB**

BERNAL Pulido, Carlos. “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”

BUSSO, Gustavo. Vulnerabilidad social: nociones e implicancias de políticas para Latinoamérica a inicios del siglo XXI, **citado por** MORENO Pérez, Salvador

CARDONA, Omar Darío. La necesidad de repensar la holística los conceptos de vulnerabilidad y riesgo. Una crítica y una revisión necesaria para la gestión, **citado por** MORENO Pérez, Salvador. *La opinión pública en torno a la violencia y a la discriminación hacia diferentes grupos vulnerables en México*.

CLÉRICO Laura y Martín ALDAO. “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”.

PIETRO de la Rosa, Alejandra. “Discriminación múltiple: mujeres con discapacidad en México”

CNDH. Estudio sobre el impacto y cumplimiento de las recomendaciones generales, informes especiales y pronunciamientos de la CNDH en materia de derecho a la protección a la salud.

SCJN. Protocolo para juzgar con perspectiva de Género, México, 2015

## **LEGISGRAFÍA**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Convención sobre los Derechos del Niño

“Reglas de Beijing”, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33

ACUERDO DE COORDINACIÓN QUE CELEBRAN LA SECRETARÍA DE SALUD, LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, LA SECRETARÍA DE LA CONTRALORÍA Y DESARROLLO ADMINISTRATIVO Y EL ESTADO DE MICHOACÁN, PARA LA DESENTRALIZACIÓN INTEGRAL DE LOS SERVICIOS DE SALUD EN LA ENTIDAD

## **JURISPRUDENCIA**

Tesis 1ª. CCCXV/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, octubre de 2015, p. 1645.

Jurisprudencia P./J. 9/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, septiembre de 2016, p.112

Jurisprudencia P./J. 5/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, Agosto de 2016, p. 11

**ANEXO:**  
**[Sentencia emitida en el amparo 707/2016]**

Dirección General de Bibliotecas UAQ