

**El derecho a la protección de la salud: una comparación entre el sistema  
jurídico mexicano y el estadounidense**

Laura Estela Torres Morán

Profesional Operativo

Ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz

Ubicación: Puerta 4053

Extensión: 1387

Correo electrónico: ltorresm@scjn.gob.mx

El presente trabajo, tiene como objetivo realizar una comparación de la forma en que se concibe el derecho a la protección de la salud en los sistemas jurídicos estadounidense y mexicano. La hipótesis que se pretende comprobar es la siguiente: existe mayor seguridad jurídica en un sistema en el que los derechos se encuentran previstos expresamente en la Constitución y están desarrollados en las disposiciones secundarias que en un sistema en el que la construcción del derecho se realiza a partir del agregado de casos que se resuelven en los tribunales. Para cumplir con la finalidad propuesta se analizará la resolución dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo en revisión 2357/2010<sup>1</sup> y se comparará con algunos casos resueltos en los Estados Unidos de América.

Antes de realizar el análisis de los casos, se presentará un breve panorama del derecho a la protección de la salud en el sistema jurídico mexicano, es decir, de la forma en que se prevé en la Constitución y se desarrolla en las demás disposiciones secundarias. El artículo 4º de nuestra Constitución, en su cuarto párrafo establece que las personas que se encuentren en el territorio nacional tienen un derecho a la protección de la salud.<sup>2</sup> Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 12 que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

El contenido de este derecho se va construyendo a partir de diversas fuentes. En primer lugar se encuentran las leyes –tanto federales como locales–. A su vez, el contenido de las disposiciones legales se desarrolla a partir de los actos de aplicación que realizan los diversos órganos de la administración pública y los criterios que emiten los órganos jurisdiccionales al resolver los litigios que se

---

<sup>1</sup> El asunto fue resuelto en sesión de 7 de diciembre de 2011 por mayoría de 4 votos. El ministro José Ramón Cossío Díaz votó en contra.

<sup>2</sup> El texto del párrafo cuarto del artículo 4º constitucional es el siguiente: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.”

presentan. Entonces, las implicaciones que cada derecho tiene dependen de la interpretación que le den los tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Entonces, mientras las normas legislativas o administrativas no sean cuestionadas y declaradas inconstitucionales o cambie la interpretación que le dan los órganos jurisdiccionales– el contenido del propio derecho y sus implicaciones serán los determinados por el conjunto de fuentes infra-constitucionales.

Tomando en cuenta el contexto anterior, resulta necesario tomar en cuenta lo previsto en el artículo 3° de la Ley General de Salud que establece las materias que componen a la salubridad general. El listado incluye conceptos tan diversos como: la organización, control y vigilancia de la prestación de servicios y de establecimientos de salud; la atención materno-infantil; la salud visual, auditiva y mental; la educación para la salud o el genoma humano, entre otras. Este listado señala las materias que el legislador estimó que deben formar parte del derecho a la protección de la salud y que, por ende, se pueden entender como elementos de él.

Cabe destacar que la misma Ley General de Salud hace una distribución de las materias de salubridad general como competencia de las autoridades federales y locales. En especial, en el artículo 13, apartado A, se hace el reparto de materias que se encuentran a cargo de la Federación, mientras que en el apartado B se enlistan aquellas que competen a las entidades federativas. Si bien, la racionalidad detrás del reparto competencial que hace el artículo 13 no resulta evidente, sí es claro qué materias le competen a cada autoridad.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Respecto de las implicaciones que tiene el sistema de reparto competencial, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en varios casos. En especial, el Tribunal Pleno en sesiones de 25, 29 y 30 de abril y 2 de mayo de 2013 resolvió las controversias constitucionales 89/2009, 104/2009 y 62/2009. A grandes rasgos, en los asuntos mencionados se analizó la forma en que ciertas normas oficiales mexicanas expedidas por la Secretaría de Salud incidían en las esferas competenciales de diversos municipios. Ver: Cossío Díaz JR, Lara Chagoyán R, Mejía Garza RM, Rojas Zamudio LP, Orozco y Villa LH, “Constituciones locales, derecho a la vida, distribución de competencias y otros malentendidos”. *Este País*, junio 2013; 266:48-54. Disponible en <http://estepais.com/site/?p=45353>, consultado 27/noviembre/2013

Partiendo del panorama anterior respecto de la forma en que, a grandes rasgos, se construyen los derechos en nuestro sistema jurídico se realizará una breve síntesis de la resolución del amparo directo en revisión 2357/2010 y de la forma en que definió, en parte, el contenido del derecho a la protección de la salud. A continuación se expondrán los hechos del caso y, posteriormente, se sintetizarán los aspectos más importantes de la determinación.

En el 2002, un hombre de 35 años de edad, **por recomendación de su médico**, se sometió a una **cirugía gastroenterológica como tratamiento contra el sobrepeso que padecía en un hospital privado**. El paciente tenía una masa corporal de 130 kilogramos. Después de realizada la intervención, aquél sufrió problemas post-operatorios los cuáles atribuyó a una mala práctica del médico que le practicó la cirugía. En consecuencia, el paciente inició un juicio ordinario civil en contra del médico y del hospital. Argumentó que se le practicó un procedimiento quirúrgico **sin agotar los estudios médicos exigidos y sin consentimiento informado. Asimismo sostuvo que el médico actuó con negligencia, en contravención a lo establecido por la Norma Oficial Mexicana para el tratamiento de la obesidad.**

El 19 de julio de 2009 se resolvió la primera instancia del juicio condenando tanto al médico como al hospital por todas las causas señaladas en el párrafo anterior. En contra de dicha resolución, el médico interpuso recurso de apelación. El 21 de octubre del 2009, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal que conoció del asunto **confirmó la sentencia de primera instancia.**

Inconforme con la sentencia de segunda instancia, el médico promovió un juicio de amparo. El 22 de septiembre de 2010, el Tribunal Colegiado que conoció del asunto concedió el amparo para el efecto de que la Sala que resolvió la apelación dictara una nueva sentencia tomando en cuenta ciertos lineamientos.

De nuevo, inconforme con la anterior determinación, el médico interpuso recurso de revisión del cual conoció la Primera Sala de la **Suprema Corte de**

**Justicia de la Nación.**<sup>4</sup> En él impugnó la constitucionalidad del contenido de diversos artículos de la Norma **Oficial Mexicana NOM-174-SSA1-1998, Para el manejo integral de la obesidad.** En la sentencia se llegó a la conclusión de que los artículos 7.2.1 y 7.2.2<sup>5</sup> sí violentaban el derecho al trabajo al restringir la libertad prescriptiva del médico. En consecuencia, la Primera Sala modificó la sentencia impugnada y le otorgó el amparo al médico de acuerdo con las siguientes consideraciones:

### **Constitucionalidad del artículo 7.2.1**

- La Primera Sala determinó que el artículo 7.2.1 debía declararse **inconstitucional** ya que, al regular el tratamiento quirúrgico como de tipo “exclusivo”, atenta contra la libertad prescriptiva o terapéutica de los médicos, ya que un tratamiento, como en este caso el quirúrgico, no debe sustraerse indiscriminadamente y de manera generalizada para un determinado grupo de pacientes.
- La Primera Sala señaló que la medicina no es una ciencia exacta, además de que una enfermedad puede tratarse de diversas maneras.
- El hecho de que la norma sustraiga el tratamiento quirúrgico de pacientes obesos que no cumplan con las características señaladas por ella, puede aumentar el riesgo médico para este tipo de pacientes –que a pesar de encontrarse afectados en su salud por su condición de obesos– no podrán acceder a este tipo de tratamiento.
- Sin embargo, atento al contenido de la NOM, el médico cirujano se ve obligado a negar un servicio de salud y no puede ejercer su libertad prescriptiva.

---

<sup>4</sup> Cabe destacar que el Presidente de la Suprema Corte consideró que el recurso de revisión era improcedente (por versar sobre la constitucionalidad de una NOM y no de una ley) y lo desechó. En desacuerdo con lo anterior, el médico interpuso un recurso de reclamación el cual se resolvió en el sentido de que no se desechara el recurso de revisión por ser notoriamente improcedente.

<sup>5</sup> 7.2 Del tratamiento quirúrgico

7.2.1 Estará indicado exclusivamente en los individuos adultos con obesidad severa e índice de masa corporal mayor de 40, o mayor de 35 asociado a comorbilidad importante y cuyo origen en ambos casos no sea puramente de tipo endócrino. Deberá existir el antecedente de tratamiento médico integral reciente, por más de 18 meses sin éxito; salvo ocasiones cuyo riesgo de muerte, justifique el no haber tenido tratamiento previo.

7.2.2 La indicación de tratamiento quirúrgico de la obesidad, deberá ser resultado de la decisión de un equipo de salud multidisciplinario; conformado, en su caso, por; cirujano, anestesiólogo, nutriólogo, endocrinólogo, cardiólogo y psicólogo, esta indicación deberá estar asentada en una nota médica.

- También se consideró violatorio de la libertad prescriptiva el hecho de que la NOM requiriera que el paciente tuviera un índice de masa corporal mayor de 40 o 35 ya que generalizaba una solución para todos los casos médicos como si éstos fueran iguales, cosa que no sucede en la práctica.
- Se determinó que el artículo 7.2.1 atenta contra el derecho al trabajo y libertad prescriptiva de los médicos cirujanos debido a que los obliga a tratar a un paciente durante más de dieciocho meses previos a la intervención quirúrgica, nulificando la libertad prescriptiva del médico y, en consecuencia, su derecho al trabajo.
- Además se señaló que al expedir la norma no se expuso la justificación del indicado tratamiento, siendo que la NOM tiende a afectar y restringir la libertad de trabajo.

### **Constitucionalidad del artículo 7.2.2**

- La Primera Sala declaró la inconstitucionalidad del artículo 7.2.2 debido a que ordenaba que la indicación de tratamiento quirúrgico de la obesidad, debería ser resultado de la decisión de un equipo de salud multidisciplinario (conformado por un cirujano, un anestesiólogo, un nutriólogo, un endocrinólogo, un cardiólogo y un psicólogo) y quedar asentado en una nota médica.
- Esta circunstancia, a juicio de la Sala imponía una obligación excesiva a los médicos cirujanos ya que se le obligaba a solicitar diversas opiniones para confirmar su diagnóstico, lo cual va en contra del libre ejercicio de su profesión, pues impedía que un cirujano practicara una cirugía sin la aprobación de cinco especialistas más.

### **Análisis constitucional de las restricciones a la libertad de trabajo**

- Los artículos citados, se analizan además con fundamento en la tesis jurisprudencial 1a./J. 51/2009 que establece que la libertad de trabajo no es absoluta y determina los requisitos que se deben satisfacer para considerar válidas a las restricciones que se le imponen. Estos son 3:
  - a) que sean admisibles constitucionalmente,
  - b) que sean necesarias, y
  - c) que sean proporcionales
- La Primera Sala determinó que las restricciones impuestas por las reglas impugnadas no son necesarias ni se justifican ya que no conllevan por fuerza una disminución en el riesgo médico.
- Además, se estableció que los requisitos legales para el ejercicio de la profesión médica son de suyo demasiado estrictos por el alto grado de preparación y especialización que requiere. Entonces, debe

presuponerse que toda persona autorizada para el ejercicio de la misma es apta para su ejercicio profesional, porque además de contar con la preparación técnico-profesional necesaria, ésta cuenta con el criterio médico suficiente para actuar en una determinada situación.<sup>6</sup>

- La Primera Sala consideró que las normas sujetas a análisis no eran proporcionales debido a que generalizaban de manera peligrosa la solución para un determinado caso médico. Esto, a su juicio, no solamente desconocía que la ciencia médica no es una ciencia exacta sino que tampoco reconocía que cada caso médico representa características propias y que no puede existir una solución uniforme a todo problema médico.
- Finalmente, la Sala estableció que el grado de restricción impuesto por las reglas analizadas no compensaba su efecto benéfico.

### **Voto particular del Ministro Cossío Díaz**

El Ministro Cossío votó en contra del proyecto en atención a las siguientes razones:

- Señaló que, con base en los planteamientos hechos por el quejoso (el médico) se hubiera podido analizar si la NOM, en general, había cumplido con los requisitos legales para su creación. En este caso, se podría haber declarado la inconstitucionalidad en su conjunto y no sólo algunas de sus reglas.
- Por otra parte, el Ministro Cossío manifestó que **no estaba de acuerdo en que se partiera de la premisa de que la libertad prescriptiva de los médicos constituye una parte esencial del derecho al trabajo**. En su opinión, el hecho de que la libertad prescriptiva sea un criterio orientador de la profesión médica no le da la categoría de derecho humano como se pretende en la resolución. (A su juicio se confundió el principio científico y ético de la libertad prescriptiva con la libertad de trabajo).
- Asimismo, el Ministro Cossío señaló que los artículos analizados imponen **diversos requisitos**, mismos que **debieron estudiarse por separado** a través del test para analizar la validez de las restricciones a la libertad de trabajo.

---

<sup>6</sup> Para la mayoría que votó a favor del proyecto basta con que se cumpla con los requisitos para el ejercicio especializado de la cirugía que establece el artículo 272 Bis de la Ley General de Salud, a saber; a) contar con una cédula de especialista legalmente expedida por las autoridades educativas competentes, y b) contar con un certificado vigente de especialista que acredite capacidad y experiencia en la práctica de los procedimientos y técnicas correspondiente en la materia, de acuerdo a la *Lex artis* ad hoc de cada especialidad.

- Entonces, a su parecer resultaba necesario que la Primera Sala se allegara de conocimiento científico aportado por expertos en la materia, mediante el cual se pudiera justificar la introducción de estas reglas a la NOM, que riesgos implica la intervención quirúrgica que nos ocupa, sus efectos secundarios, sus consecuencias, etcétera.
- Además, esta información podría haber servido para dilucidar, partiendo de una valoración objetiva, si los requisitos eran adecuados para garantizar el **derecho a la salud de los pacientes.**

### **Análisis del derecho a la protección de la salud en ambos sistemas jurídicos**

Como se ha establecido anteriormente, el derecho a la protección de la salud en el sistema jurídico mexicano parte del contenido del texto constitucional. Por el contrario, en el sistema jurídico norteamericano no existe un derecho a gozar del mayor nivel de salud posible en la Constitución. Es por esto, que no es claro que en este sistema las personas tengan la facultad de exigirle al Estado que les garantice ciertas condiciones para mantener cierto estado de salud o mejorarlo, en su caso.

Esta situación se puede ver reflejada en un trabajo publicado por el Profesor Eugene Volokh, titulado “Medical Self-Defense, Prohibited Experimental Therapies, and Payment for Organs”.<sup>7</sup> En este trabajo, el autor construye una especie de derecho a la protección de la salud con base en el derecho a la defensa de la propia vida. Para realizar lo anterior, toma cuatro casos distintos: el de una mujer embarazada que tiene un riesgo de muerte del 20%, siendo viable el producto; el de una mujer que teme por su vida razonablemente porque una persona ha entrado a su casa sin su consentimiento; el de una persona que tiene una enfermedad terminal y quiere tener acceso a un fármaco experimental que le podría salvar la vida, y el de una mujer que necesita un trasplante de riñón para sobrevivir y que quiere obtenerlo pagando por un órgano.

Volokh señala que, de los casos planteados, se puede desprender un derecho a la defensa propia en el contexto de la salud, esto es, un derecho a

---

<sup>7</sup> *Harvard Law Review*, Vol. 120, pp. 1813- 1846.



proteger la vida propia, incluso si es a costa de la vida de otra persona. En el ensayo en comento se hace referencia a que, independientemente de que la Corte Suprema estadounidense lo reconozca, el derecho a la defensa en contra de una amenaza letal se encuentra contemplado tanto en las leyes como en el *common law*. El autor estima que, de la misma manera, el derecho a la defensa de la propia vida en cuanto a la salud debería estar contemplado expresamente en la legislación.<sup>8</sup>

En el mismo artículo se hace referencia a los casos *Roe v. Wade*<sup>9</sup> y *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*.<sup>10</sup> Volokh argumenta que en estos casos, además de reconocer el derecho a elegir si se quiere practicar un aborto o no, se establece un derecho a la defensa de la propia vida cuando el embarazo la amenaza. Por otra parte, en la resolución que dictó la Primera Sala de la Suprema Corte mexicana se establece que los requisitos legales para el ejercicio de la profesión médica tienen el objetivo de salvaguardar el derecho a la salud de la población. Las dos perspectivas presentadas son formas muy diversas de ver el mismo derecho. En ambos casos se reconoce el derecho a mantener cierto grado de integridad física y a gozar de una protección en contra de condiciones que pueden amenazarla.

El Profesor O. Carter Snead, en un ensayo titulado “Unenumerated rights and the Limits of Analogy: A Critique of the Right to Medical Self-defense”<sup>11</sup> hace una crítica al derecho construido por Volokh. En este trabajo se argumenta que no existe un fundamento objetivo en la historia y tradiciones de los Estados Unidos de América que permita sustentar un derecho constitucional a mantener la propia integridad en el contexto de la salud. Snead considera que este es un tema que se debe resolver a través de un proceso democrático. Tomando en cuenta esta

---

<sup>8</sup> Volokh, Eugene, “Medical Self-Defense, Prohibited Experimental Therapies, and Payment for Organs”, *op. cit.*, pp. 1815-1816.

<sup>9</sup> 410 U.S. 113 (1973) Disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=410&invol=113> (consultado el 19 de mayo de 2014)

<sup>10</sup> 505 U.S. 833 (1992) Disponible en: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/833> (consultado el 19 de mayo de 2014)

<sup>11</sup> *Medical Self-defense*, *Harvard Law Review Forum*, Vol. 121, 2007, pp. 1-12.

postura, es posible afirmar que no queda clara la existencia de un derecho fundamental a la protección de la salud en el orden jurídico estadounidense, aunque algunos analistas consideran que éste se puede desprender de otros derechos. En cambio, en contexto mexicano, el derecho se encuentra expresamente en el texto constitucional pero, como se demostrará a continuación, ésta circunstancia no garantiza que el orden jurídico se construya con base en él.

Como lo señala el Ministro Cossío en su voto particular, en la resolución dictada en amparo directo en revisión 2357/2010, el gran ausente es el derecho a la protección de la salud de las personas. Si bien, en el fallo se señala que los requisitos para el ejercicio de la profesión médica tienen el objetivo de salvaguardar la salud de las personas que reciben ciertos servicios, el hilo conductor del fallo es la libertad prescriptiva y los límites que le impone la NOM impugnada. Lo anterior se puede ver reflejado en la siguiente tesis jurisprudencial que se utilizó como precedente en el asunto:

**“RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE TRABAJO. EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD PREVE UNA RESTRICCIÓN VÁLIDA A LA LIBERTAD DE TRABAJO DE LOS MÉDICOS. La libertad de trabajo no es absoluta y, como otros derechos fundamentales, admite restricciones. El juez constitucional al analizar esas restricciones para determinar si son válidas o no, debe comprobar que éstas satisfagan tres requisitos: a) que sean admisibles constitucionalmente, b) que sean necesarias, y c) que sean proporcionales.** Si atendemos a que la práctica de la medicina no puede permanecer ajena a una regulación o control por parte del Estado, ya que el ejercicio de esta profesión necesariamente implica la probabilidad de afectación de derechos de terceros, entendemos que el segundo párrafo del artículo 271 de la Ley General de Salud, satisface el primero de los requisitos antes señalados al ser en principio una restricción de aquellas que son admisibles en el artículo 5o. constitucional. Asimismo, satisface el segundo requisito, pues dicha regulación que puede considerarse como una restricción al derecho al trabajo para el ejercicio profesional de los médicos, se encuentra justificada y es necesaria para garantizar el derecho a la salud, que puede comprender de manera específica el establecimiento de medidas para garantizar la calidad de los servicios de salud, al concretarse a exigir a los médicos que quieran practicar cirugías estéticas y cosméticas a que satisfagan condiciones mínimas necesarias de capacitación, educación, experiencia y tecnología; y que

las realicen en establecimientos con condiciones sanitarias adecuadas y en donde se utilicen medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, es decir, a que ofrezcan servicios médicos de calidad, lo cual claramente protege el derecho a la salud. Finalmente, la medida prevista en el artículo 271, segundo párrafo, de la Ley General de Salud, satisface el tercer requisito de análisis para las restricciones a los derechos fundamentales, ya que es proporcional porque el grado de restricción sobradamente es compensada por los efectos benéficos que tiene desde una perspectiva preocupada por garantizar la práctica de las cirugías estéticas y cosméticas bajo los parámetros de profesionalización y calidad que garantizan la protección de la salud de los pacientes”.<sup>12</sup>

Como se ha señalado anteriormente, en el artículo de Volokh, se señala la conveniencia del reconocimiento del derecho a la protección de la propia integridad en el contexto de la salud a nivel constitucional. A juicio del autor, lo anterior implicaría establecer claramente que el gobierno debe tener una razón muy poderosa para imponer una carga substancial a ese derecho y que cualquier restricción debe ser lo más “angosta” que sea posible. De la misma forma, en la tesis jurisprudencial transcrita, se puede apreciar que los límites a la libertad de trabajo, en aras de ofrecer una protección del derecho a la salud de las personas, tienen ciertas restricciones: deben ser admisibles constitucionalmente, necesarias y proporcionales. En ambos casos es posible observar que los tribunales constitucionales defienden ciertas limitaciones al derecho a la protección de la salud y a otros derechos que pueden entrar en conflicto con él. Lo anterior, con la condición de que las medidas tengan una justificación suficiente. Entonces, en ambos casos se puede observar la creación de estándares para analizar conductas que afectan la salud de las personas, sin importar si el derecho se encuentra expresamente en el texto constitucional o no.

Resulta de gran relevancia el hecho de que la resolución dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte mexicana haya dejado de lado el derecho a la protección de la salud. No pasa inadvertido que de dicha resolución se desprendera la siguiente tesis:

---

<sup>12</sup> Jurisprudencia 1a./J. 51/2009 de la Novena época, Primera Sala, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIX, abril de 2009, p. 507.

“PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.”<sup>13</sup>

El criterio anterior, pudo haber sido aplicado para analizar las restricciones a la libertad de trabajo con base en el derecho a la protección de la salud, pero la resolución en comento se limitó a estudiar la constitucionalidad de las limitaciones a la libertad prescriptiva de los médicos. En la situación descrita, es posible observar que un análisis completo de las disposiciones impugnadas debió partir del derecho a la protección de la salud contenido en el artículo 4º constitucional debido a que, como claramente se señala en la tesis, éste debe permear en todo el orden jurídico. Entonces, un problema que debió analizarse, cuando menos,

---

<sup>13</sup> Jurisprudencia, 1a./J. 107/2012 (10a.), Décima época, Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII, octubre de 2012, p. 799.

desde dos perspectivas, la del derecho a la protección de la salud y la de la libertad de trabajo, se decantó únicamente por esta última.

Tomando en cuenta todo lo expuesto, la existencia de un derecho expreso en la Constitución sentar las bases para que el orden jurídico se construya. En el caso de los Estados Unidos de América, observamos que existe un debate respecto de la existencia de un derecho a la protección de la integridad propia por lo que hace a la salud; mientras que en el sistema jurídico mexicano es claro que tal derecho existe ya que se encuentra contemplado en el artículo 4º constitucional como el derecho a la protección de la salud. Si se toma en cuenta la forma en que se resolvió el amparo directo en revisión 2357/2010, es viable sustentar que la existencia de un derecho en el texto constitucional no garantiza que los órganos jurisdiccionales encargados de interpretar la constitución construirán el orden jurídico a partir de él. En este caso, la Primera Sala de la Suprema Corte mexicana decidió analizar el problema presentado a partir del derecho a la libertad de trabajo de los médicos, cuando claramente el derecho a la protección de la salud de los pacientes debía jugar un papel importante en la decisión.

En contraste, en los casos estadounidenses analizados por Volokh, a pesar de no existir un derecho expreso en la Constitución, aquél lo construye relacionando diversas determinaciones de la Suprema Corte. Esta situación, a mi juicio, pone en evidencia que la previsión de un derecho en el texto constitucional es sólo un primer paso. Para que un derecho se materialice en el orden jurídico, los órganos jurisdiccionales encargados de interpretar la Constitución deben tomarlo como marco de referencia para resolver los problemas que se les plantean, entonces, la existencia de un derecho expreso no necesariamente provee a las personas de mayor seguridad jurídica.

Los conocimientos adquiridos durante la actualización *in situ* en el Universidad de Harvard serán de gran relevancia en las actividades que desempeño en este Alto Tribunal debido a que me han creado la conciencia de que el orden jurídico está en constante construcción a partir de las

interpretaciones que se hagan de la Constitución. Además, me he dado cuenta de que el artículo 1° constitucional a partir de la reforma de 10 de junio de 2011, al incluir a los derechos humanos previstos en los tratados internacionales de los que México sea parte, nos ha aportado nuevos márgenes de interpretación, a partir de los cuales podemos construir nuestro orden jurídico. En el caso del derecho a la protección de la salud, es claro que los problemas de constitucionalidad de las normas que inciden en él deben interpretarse de manera tal que las personas a las que aplican puedan gozar del más alto nivel de salud posible.