



Fascículo 5

COMENTARIOS SOBRE LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO A LA SALUD Y EL DERECHO A LA LIBERTAD

ANTONIO RIVA PALACIO

COLECCIÓN SOBRE LOS DERECHOS
ECONÓMICOS, SOCIALES,
CULTURALES Y AMBIENTALES (DESCA)

FASCÍCULO 5

Comentarios sobre
la tensión entre
el derecho a la salud
y el derecho a la libertad

Antonio Riva Palacio



Primera edición: agosto, 2016 (CD)

ISBN: 978-607-729-276-0

Colección sobre los Derechos Económicos, Sociales,
Culturales y Ambientales (DESCA) (CD)

Primera edición: agosto, 2015

ISBN obra completa: 978-607-729-111-4

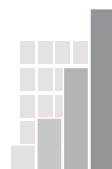
ISBN: 978-607-729-116-9

D. R. © **Comisión Nacional de
los Derechos Humanos**

Periférico Sur 3469, col. San Jerónimo Lídice,
Delegación Magdalena Contreras,
C. P. 10200, Ciudad de México

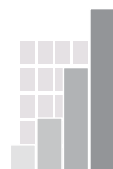
Diseño de portada:
Flavio López Alcocer

Impreso en México



Contenido

PRESENTACIÓN	7
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I. BREVE APROXIMACIÓN TEÓRICA	17
CAPÍTULO II. EL DERECHO A LA SALUD. MARCO JURÍDICO	29
CAPÍTULO III. ¿CÓMO GARANTIZAMOS EL DERECHO A LA SALUD? ..	37
Medidas antitabaco	40
Medidas para combatir la obesidad	45
CONCLUSIONES	51



Presentación

La Constitución mexicana de 1917 es el primer ordenamiento supremo en el mundo que reconoció en su texto derechos sociales, como fueron al trabajo y a la educación, así como sobre la propiedad rural, ejidal y comunal. Estos derechos fueron constitucionalizados incluso antes de que se expidiera la famosa Constitución de Weimar en 1919, en Alemania, considerada por muchos precursora en esta materia.

Son múltiples las voces que afirman que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) constituyen meras declaraciones de buenas intenciones y sólo son un compromiso político. Desde tal postura, los derechos civiles y políticos son los únicos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, por lo que son exigibles judicialmente, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales no pueden ser invocados frente a los tribunales para exigir su garantía y cumplimiento, a pesar de que los mismos se encuentren reconocidos en la Constitución mexicana y en distintos tratados internacionales.

Uno de los argumentos esgrimidos por quienes objetan la eficacia de esos derechos radica en que mientras los derechos civiles y políticos se basan en obligaciones de tipo negativo



del poder público —no interferir, no dañar, no limitar—, los derechos económicos, sociales y culturales, por su parte, se basan en obligaciones de tipo positivo que, por su naturaleza, necesariamente demandan recursos económicos para poder ejercerse. Lo cierto es que, como sostienen diversos autores, muchas veces los derechos civiles y políticos también implican la erogación de recursos, pues su ejercicio depende del mantenimiento de instituciones políticas, judiciales y de seguridad y defensa, entre otras, sin las cuales sería difícil su ejercicio y salvaguarda.¹

Los derechos sociales deben ser una norma viva y dejar de ser simples declaraciones de buenas intenciones o disposiciones de carácter político sin exigencia jurídica. Los obstáculos materiales o presupuestales no pueden considerarse como argumentos para evitar su cumplimiento.

Por otra parte, varios autores aseguran que no existen diferencias sustanciales entre ambos grupos de derechos, sino que, por el contrario, dada la indivisibilidad y complementariedad de los derechos humanos, la falta de aplicación de algunos de ellos repercute en el goce y ejercicio de todos los demás, por ejemplo, las personas sin hogar que por no poder acreditar su residencia (derecho social a la vivienda) no pueden ejercer el derecho al voto (derecho político al sufragio). En algunos casos, es a partir del aseguramiento de los derechos sociales que los de carácter individual y civil se hacen efectivos; es así porque todos los derechos humanos constituyen una unidad.

¹ Cfr., entre otros, Pedro Nikken, “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 51, julio-diciembre, 2010, p. 117; Stephen Holmes y Cass Sunstein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012, *passim*.



Así, la división generacional de los derechos humanos ha sido superada y es obsoleta frente al principio de progresividad e interdependencia de los derechos humanos.

Sobre las dificultades que han enfrentado los DESCAs para poder ser exigidos por los ciudadanos frente al Estado, es necesario precisar que la reforma constitucional en materia de derechos humanos² permite retomar este análisis y propugnar por el reconocimiento y validez de los derechos sociales, tarea en la que la CNDH incidirá de manera importante.

No obstante que la primera declaración constitucional de derechos sociales se plasmó en la Constitución mexicana de 1917, existen grandes rezagos en diferentes aspectos, pero sobre todo el incumplimiento de los derechos humanos de carácter económico, social y cultural que derivan de programas adecuados y políticas públicas dirigidos al combate a la pobreza, marginación y vulnerabilidad, lo que genera un bajo nivel en educación, salud, trabajo y vivienda de amplios sectores de la población.

Desde luego, no se puede dejar de reconocer que, al menos de manera reciente, han existido avances muy importantes en el reconocimiento y la defensa de los DESCAs a través de reformas constitucionales como: la adición, del 30 de abril de 2009, por la que se establece el derecho de toda persona “a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como al ejercicio de sus derechos culturales”; la adición al artículo 4o., del 8 de febrero de 2012, que incorporó el “derecho a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar de la persona” —reconocido previamente en 1999 bajo el concepto de “medio ambiente adecuado”—, y el

² Me refiero a la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, que modificó 11 artículos, entre otros, el precepto primero.



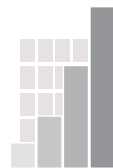
“derecho al acceso, disposición y saneamiento del agua para consumo personal y doméstico”. Asimismo, el 13 de octubre de 2011 se constitucionalizó el derecho a la alimentación.

El respeto, la promoción, la protección y la garantía de los DESCAs son aspectos básicos para que exista el bienestar social que procure que todos los individuos, sin discriminación, cubran los satisfactores mínimos que les permitan llevar una vida digna. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que el contenido del derecho al mínimo vital que está protegido constitucionalmente son las condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria, de tal manera que el objeto del derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna.³

En tal sentido, el máximo tribunal reconoce que un presupuesto del Estado social y democrático de Derecho es el que requiere que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los gobernados participen activamente en la vida democrática.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que una de las obligaciones que indudablemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la

³ Derecho al mínimo vital en el orden constitucional mexicano. Novena época, Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, mayo de 2007. Tesis 1a., XCVII/2007, página 793.



dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que las dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de pobreza, marginación o vulnerabilidad, cuya atención se vuelve prioritaria.⁴

Indudablemente, es necesario discutir a profundidad el significado y los alcances de los derechos económicos, sociales y culturales, con objeto de establecer las condiciones legales e institucionales que permitan el goce y ejercicio de los mismos, y destinar los recursos necesarios para hacerlos posibles.

Precisamente, la presente *Colección sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)* surge con el propósito de generar un espacio de reflexión sobre los nuevos retos impuestos por las modificaciones al marco constitucional, que reconoce como fuente normativa de derechos a los tratados internacionales ratificados por México, como son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁵ y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador,⁶ por mencionar sólo los relativos a estas materias y que integran el “parámetro de control de regularidad constitucional”.⁷

La presente serie se integra por los siguientes títulos: 1) *Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)*

⁴ Corte IDH. Caso de la comunidad de Yakye y Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005.

⁵ Promulgación para México publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

⁶ Promulgación para México publicada en el *zzz de la Federación* el 1 de septiembre de 1998.

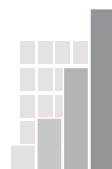
⁷ Cfr. Jurisprudencia, 10a. Época, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 202, Tesis P./J.20/2014.

como derechos exigibles en el nuevo constitucionalismo latinoamericano; 2) El bloque de derechos multiculturales en México; 3) La realización progresiva del derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidos en la sociedad; 4) Los derechos económicos y sociales en Latinoamérica: ¿la ideología importa?; 5) Comentarios sobre la tensión entre el derecho a la salud y el derecho a la libertad; 6) Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México.

Esta Colección, desde la perspectiva de cada uno de los autores —a quienes agradecemos que compartan su experiencia y visión de los temas— pretende contribuir a impulsar la difusión de los derechos humanos con la mayor amplitud posible, así como a fortalecer su exigibilidad. Para ello ponemos a su disposición, en el sitio *web* de la CNDH, la versión electrónica de estos títulos.

Con lo anterior reconocemos la importancia que tiene la difusión entre población de los contenidos y alcances de los derechos humanos, para lograr su plena observancia, y con ello coadyuvar en la construcción de un Estado democrático mexicano, incluyente, justo e igualitario.

*Lic. Luis Raúl González Pérez
Presidente de la Comisión Nacional
de los Derechos Humanos*



Introducción

Una de las funciones esenciales del Estado constitucional democrático es la garantía de los derechos fundamentales. Entre este catálogo de derechos se contemplan los derechos sociales, dentro de los que se encuentra el derecho a la salud. México, en tanto Estado democrático constitucional, tiene que satisfacer a cabalidad el derecho a la salud de todas las personas tomando en consideración los parámetros jurídicos de la Constitución, los Tratados Internacionales de los que forma parte y las legislaciones federal y local.

Para materializar este objetivo, el Estado mexicano ha adoptado una serie de políticas públicas tendentes a prevenir, diagnosticar y tratar el mayor número de problemas de salud posibles. Aunque tradicionalmente todos los Estados tienen cierta injerencia en la manera en la que las personas realizan su vida “privada”, especialmente en materia de salud –por ejemplo, regulando el consumo de bebidas alcohólicas, tabaco y drogas–, la actual implementación de medidas orientadas a combatir el consumo de tabaco y la obesidad, entre otras, han despertado, no sólo en México sino en el mundo, fuertes debates respecto de los límites del Estado para intervenir en las decisiones personales en materia de salud.

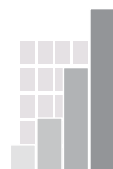


Los límites de la intervención del Estado en materia de derecho a la salud es un tema que puede analizarse desde dos vertientes: desde el mirador de la filosofía política y desde la perspectiva jurídica.

En el primer plano, la teorización de los límites legítimos de acción del Estado tiene como punto de partida, de manera implícita o explícita, un análisis filosófico sobre el alcance de la autonomía, entendida ésta como una parte fundamental del ejercicio de la libertad de las personas frente a la legítima acción del Estado. Esto presupone, por supuesto, que es deseable que el Estado restrinja el ejercicio de ciertas libertades con el fin de garantizar efectivamente el derecho fundamental a la salud –incluso contra la voluntad de los individuos– o bien, de salvaguardar un “bien común”.

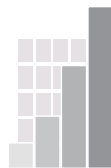
Desde la perspectiva jurídica, este análisis se articula a partir de una revisión de las obligaciones jurídicas que tiene el Estado en su marco jurídico en materia de salud con el fin de identificar si las restricciones impuestas a la autonomía de las personas a partir de estas políticas públicas –que en lenguaje estrictamente jurídico se traducen en limitaciones al ejercicio de sus derechos– están justificadas y si éstas son conformes con el régimen jurídico aplicable.

El objetivo de este texto es analizar de forma sintética cuáles son los argumentos teóricos y jurídicos que se encuentran detrás de ambas posturas; aquella que sostiene que el Estado no debe interferir en las elecciones personales en ningún caso, incluso cuando dichas elecciones son nocivas para su salud, y la que argumenta que existen casos donde el Estado no solamente puede sino que tiene la obligación de implementar medidas que limiten la autonomía de las personas en aras de preservar la salud de los individuos y con ello la salud pública.



Así, se busca analizar no sólo la legalidad de las políticas públicas, sino también la legitimidad del Estado para implementarlas.

El texto se encuentra estructurado en cuatro apartados. En el primero se hará un planteamiento teórico: teoría del Estado, derechos fundamentales, derechos sociales y las posturas teóricas a favor y en contra de la intervención estatal. El segundo discute el régimen normativo vigente dentro del Estado mexicano en materia de salud. El tercero, en virtud de la amplitud de la materia, estudia de manera puntual los retos a los que se enfrenta México para garantizar el tema de salud en dos casos fundamentales: restricciones al consumo del tabaco y medidas para combatir la obesidad. En el apartado de conclusiones formularemos ciertos comentarios respecto de las políticas públicas particulares aplicadas por México, su legitimidad, legalidad y horizonte.



Breve aproximación teórica

El Estado, como forma de organización cuya configuración jurídica es la de un ordenamiento –un ámbito de aplicación del derecho–,¹ tiene en su faceta actual, además de las características clásicas derivadas de la teoría contractualista del monopolio del uso de la fuerza y la división de poderes, otras características producto del contexto histórico posterior a la Segunda Guerra Mundial y la incorporación de elementos de corte ideológico socialista. Este modelo de Estado contemporáneo, comúnmente denominado *Estado democrático constitucional*, se caracteriza, siguiendo a Pedro Salazar, por: a) la existencia de una constitución, preferiblemente escrita; b) la supremacía de esta constitución dentro del ordenamiento jurídico; c) la rigidez en el proceso de modificación del texto constitucional; d) la separación de poderes; e) el reconocimiento de los derechos fundamentales, y f) la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad.²

Estos principios básicos se han articulado en instituciones que tienen como horizonte el reconocimiento y la garantía de

¹ H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*. México, Porrúa, 1995, pp. 291 y ss.

² P. Salazar, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México, FCE, IJ-UNAM, 2006, pp. 123 y ss.



los derechos fundamentales a partir del fortalecimiento constitucional y la defensa de estos preceptos a través de la división de poderes y mecanismos a cargo de distintos poderes del Estado y para todas las personas, que permitan subsanar las violaciones al texto constitucional. En algunos casos, como en el del Estado mexicano, éste incluye ya un bloque de constitucionalidad, es decir la suma de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Los derechos fundamentales, siguiendo a Luigi Ferrajoli, son:

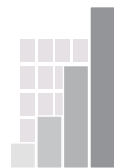
[...] todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.³

Ferrajoli señala además que las características de los derechos fundamentales, en oposición a los derechos patrimoniales, son ser universales, inalienables, irrenunciables e imprescriptibles.⁴

Dentro del catálogo de derechos fundamentales se encuentran los derechos sociales que, de acuerdo con Gerardo Pisarello, se definen como “derechos a prestaciones de bienes o servicios, principalmente frente al Estado, tendentes a satisfacer

³ L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2005, pp. 14 y ss.

⁴ Estas características de los derechos fundamentales los colocan en lo que el propio Ferrajoli señala como “la esfera de lo indecible” y “la esfera de lo no decidible que no” y que Ernesto Garzón Valdés denomina el “coto vedado”; esto implica que se encuentran sustraídos del ámbito de decisión democrática mayoritaria. En ese sentido, también podemos decir que los derechos fundamentales son contramayoritarios.



las necesidades básicas que permitan a los individuos desarrollar sus propios planes de vida.⁵

Como puede verse en esta definición, la garantía efectiva de los derechos sociales, a diferencia de la de otros derechos en los que el Estado satisface su obligación a partir de “no hacer”, tiene una fuerte dimensión prestacional que implica un papel más activo por parte del Estado, un “hacer”. Esto conlleva cargas estatales mayores en materia de gasto, participación y generación de políticas públicas. Aunado a estas prestaciones, garantizar este tipo de derechos tiene un propósito ulterior. Los derechos sociales parten de un presupuesto de igualdad, esto es, su garantía busca tener como efecto un “piso igualador” entre todas las personas. En palabras de Pisarello:

En síntesis, normativamente, el reconocimiento constitucional de los derechos sociales implica que los poderes públicos adquieren “ciertos deberes elementales como la prohibición de discriminación, que implica implementar un sistema que no permita que se dé un trato desigual a quienes se encuentran, constitucionalmente, en una situación de igualdad; el deber de no regresividad, es decir, la prohibición que tiene el Estado de promulgar leyes, adoptar políticas o, en general, realizar acciones que tiendan a reducir la esfera de garantía de los derechos sociales; y el deber de cumplimiento progresivo, esto es, el deber que tiene el Estado de crear leyes e implementar políticas que amplíen la garantía de estos derechos.”⁶

A partir de este análisis podemos ver que la garantía de los derechos sociales implica deberes específicos para cada uno de los poderes del Estado: promulgar leyes, adoptar políticas públicas

⁵ G. Pisarello, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 92, México, IJ-UNAM, 1998. Versión en línea disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art7.htm>.

⁶ G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid, Trotta, 2007, p. 81.



y –aunque no se mencionan en este renglón– satisfacer a través de las decisiones de los jueces los principios de no regresividad, expansión y progresividad de los derechos sociales.

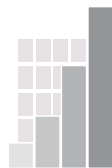
En este contexto, el reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales y, por tanto, como una prestación exigible al Estado, ha traído como consecuencia de dicha exigibilidad una mayor intervención en la vida privada de las personas.⁷ Esta intervención se denomina *paternalismo jurídico*.⁸

Como señala Abellán Salort:

Cuando el Estado "crece", como ocurre con el advenimiento del *Welfare State*, asumiendo el Estado de Derecho responsabilidades sociales, este riesgo [el de asumir medidas paternalistas] también se acre-

⁷ Si bien todos los Estados intervienen en mayor o menor medida en la vida privada de las personas sujetas a su jurisdicción, no todos los Estados lo hacen por las mismas razones o con los mismos fines. Mientras que los Estados teocráticos buscan la imposición de una moral determinada que rijan incluso la vida privada de las personas y los Estados absolutistas interfieren con el fin de controlar el mayor número de aspectos del ámbito personal, el Estado democrático constitucional, como ya señalamos, justifica su intervención en el aseguramiento de los derechos fundamentales de todas las personas en condiciones de igualdad sustancial y material.

⁸ Para definir al paternalismo tomaremos la definición de Ernesto Garzón Valdés quien señala: "la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma es generalmente llamada 'paternalismo'". E. Garzón Valdés, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *Doxa*, núm. 5, 1988, p. 155. Ahora bien, para la definición de paternalismo jurídico utilizaremos la de Ramiro Avilés: "el paternalismo jurídico supone la intervención del Estado sobre el comportamiento de las personas mediante el establecimiento de normas jurídicas, el desarrollo de políticas públicas que aconsejan, desalientan, obstaculizan o criminalizan su realización". M. Ramiro Avilés, "A vueltas con el paternalismo jurídico", *Derechos y Libertades*, Época II, núm. 15, junio 2006, pp. 386. Por otra parte, también conviene señalar la diferencia entre paternalismo y moralismo legal. Así, las diferencias entre ambos conceptos, de acuerdo con Francisco Laporta, cit. por Ramiro Avilés, F. Laporta, "Entre el derecho y la moral", *op. cit.* p. 48. No conviene confundir el paternalismo y el moralismo legal. La distinción, según C. L. Ten, "Paternalism and Morality", *Ratio*, núm. 13, 1971, pp. 63-65, se puede resumir en tres puntos: (i) el paternalismo protege a los individuos de acciones autodafiosas cuando son incompetentes, mientras que el moralismo supone interferir en el acto de un individuo incluso cuando ningún factor que afecta a la competencia está presente; (ii) el paternalismo no sanciona la maldad moral de una persona, mientras que el moralismo tiene como objetivo a la persona que viola la moralidad aceptada de la sociedad; (iii) el paternalismo trata de proteger los intereses de las personas a las que se dirigen las medidas paternalistas, mientras que el moralismo apela a consideraciones más generales que pueden tener poco o nada que ver con los intereses de estas personas. M. Ramiro Avilés, "A vueltas con el paternalismo jurídico", *op. cit.*, p. 211.



cienta, puesto que aumenta el protagonismo de lo público en la vida social y porque [...] la asunción de estas nuevas obligaciones presenciales por parte del Estado (cobertura al desempleo, pensiones, sanidad, educación universal, etc.), puede generar en el ciudadano la sensación de contar con un amplio estatus frente a él y, convertido en titular de derechos sociales, culturales, etc., puede exigir del Estado su satisfacción, como el hijo lo puede demandar del padre.⁹

Sin embargo, no toda intervención por el Estado es una medida paternalista ni toda medida paternalista es igual. Por ende, no todas tienen la misma legitimidad ni la misma justificación teórica.

Para mayor claridad en la definición acerca de cuáles acciones del Estado son medidas paternalistas y cuáles no, retomaremos las categorías de Carlos Santiago Nino. Nino señala la existencia de tres tipos de argumentos para justificar la intervención del Estado: a) el argumento perfeccionista, que sostiene que la mera autodegradación moral de algunas acciones es suficiente para justificar que el derecho interfiera —el ejemplo que utiliza es el consumo de drogas—, con independencia de los daños individuales o colectivos que pudiera tener la medida; b) el argumento paternalista, que establece la legitimidad del Estado para desalentar por diversos medios algunas acciones nocivas para proteger a las personas contra los potenciales daños que sufrirían de realizarlas, y c) el argumento de la defensa social, que señala que la intervención estatal está justificada ya que está dirigida a proteger a otros individuos —a terceros— de los daños que puede causar que algunos miembros de la sociedad realicen estas conductas nocivas.¹⁰

⁹ J. Abellán Salort, “Fines y límites del Estado. ‘Paternalismo’ y libertades individuales”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. 39. España, 2006, pp. 367-368.

¹⁰ C. Nino, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 441.



Así, consideraremos como conductas propias del paternalismo jurídico aquellas que representan una intervención en la autonomía de las personas que tiene por objeto desalentar una conducta con el fin de proteger a las personas contra un daño autoinfligido.

Ahora, un problema subyace en determinar cuáles medidas paternalistas son legítimas y cuáles no. Para ello, tenemos que establecer los presupuestos teóricos del principio de autonomía, ya que sobre éste se articula la defensa contra el paternalismo jurídico en los debates clásicos y modernos. Como señala Ramiro Avilés:

[...] la cuestión principal que se dilucida es que dicha intervención estatal debe estar suficientemente justificada para que encaje y no chirríe con aquel principio que debe ser básico en todo Estado de Derecho y no limite en exceso la autonomía individual, la cual juega un papel muy importante en ese tipo de Estado ya que permite mantener la presunción de que todas las personas tienen la suficiente competencia para ejercitar sus derechos o para juzgar qué es aquello que más les conviene. El respeto a la autonomía personal garantiza que a nadie se le pueda imponer cómo debe vivir o qué debe hacer con su vida, siempre, obviamente, dentro del límite del daño a terceras personas.¹¹

Al respecto, vale la pena retomar como punto de partida el argumento clásico de John Stuart Mill, en su ensayo *On Liberty*, donde señala:

El único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad,

¹¹ M. Ramiro Avilés, “A vueltas con el paternalismo jurídico”, *op. cit.*, p. 213.



es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo.¹²

De acuerdo con Mill, sólo existe una justificación legítima a la restricción de la autonomía: el daño a terceros. En ese sentido, para Mill la única intervención justificada del Estado en la materia que sea sería para evitar que una persona hiciera daño a las demás. A partir de la postura de Mill –y de la teoría libertaria que le sigue–, no existe ninguna razón legítima para que el Estado pueda intervenir a fin de evitar que las personas realicen conductas que les perjudiquen personalmente. Esto es, conforme a esta postura, que no debe existir ninguna medida paternalista.

Aunque en teoría esta premisa pueda sonar atractiva, es incompatible con los principios del Estado democrático constitucional y, como veremos más adelante, con la satisfacción de las obligaciones contraídas a partir del derecho internacional de los derechos humanos. La garantía de los derechos sociales, como el derecho a la salud, institucionalizada sobre la base de medidas “welfaristas”, además de imponer una carga prescricional al Estado, requiere, para satisfacer con el presupuesto de igualdad que se ha planteado, imponer a cierto tipo de personas mayores obligaciones. Por ejemplo, más cargas fiscales etiquetadas a quienes tienen más ingresos o a cierto tipo de industrias cuyos productos son nocivos para la salud (automóviles, comida chatarra, armas) por un lado, y la prohibición de ciertas conductas nocivas, relacionadas con problemas

¹² S. Mill, *Sobre la libertad*, México, Taurus, 1999.



de salud pública que no sólo afectan a terceros, sino que representan un problema social y de salud (problemas de anorexia y bulimia, por ejemplo) que debe ser atendido por el Estado a un alto costo.

Algunos autores consideran que existen otros argumentos igualmente válidos para que el Estado adopte medidas paternalistas a partir de diferentes supuestos que consideran estar en consonancia con la pervivencia del Estado democrático constitucional.

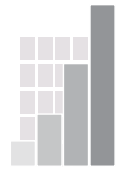
En un primer grupo, dentro del que se encuentran Garzón Valdés y Murphy, la justificación parte de la materialización de dos condiciones: la “incompetencia básica”¹³ y que las medidas paternalistas adoptadas tengan como fin último paliar la desigualdad entre los individuos. Como señala el propio Garzón Valdés:

El razonamiento justificante de una medida paternalista tiene pues que partir de dos premisas, una de tipo empírico (la verificación de una incompetencia básica) y otra de tipo ético normativo (el déficit provocado por una incompetencia básica debe ser superado, justamente en aras de la autonomía y la igualdad que quienes sostienen la vigencia exclusiva del principio de daño consideran que son puestas en peligro por el paternalismo jurídico).¹⁴

Esta noción entonces admite la adopción de medidas paternalistas a partir de la satisfacción de ciertos casos, pero tampo-

¹³ Para Garzón Valdés, la incompetencia básica se refiere a la falta de capacidad de una persona para hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta. (E. Garzón Valdés, “Es éticamente justificable el paternalismo...”, *op. cit.*, p. 165). Sin embargo, tomando en consideración que no todas las personas se encuentran igualmente calificadas para todo, considera que esta incompetencia puede ser relativa, por lo que plantea al menos cinco casos dentro de los cuales puede ser plausible que alguien satisfaga el requisito de incompetencia básica que justifique una medida paternalista: *a*) cuando se ignoran los elementos relevantes para tomar una decisión; *b*) cuando su fuerza de voluntad está tan reducida o afectada que no se pueden llevar a cabo decisiones; *c*) cuando sus facultades mentales están reducidas; *d*) cuando se actúa bajo compulsión, y *e*) cuando alguien acepta la importancia de un determinado bien y no desea poderlo en peligro.

¹⁴ *Ibid.*, p. 168.



co está exenta de problemas. Por un lado, la subjetividad en la determinación de la incompetencia básica puede abrir la puerta a la implementación de medidas restrictivas en ámbitos políticos y democráticos, especialmente a partir del supuesto del desconocimiento de información relevante para tomar una decisión. Por otra parte, aunque los fundamentos de esta noción de paternalismo jurídico se encuentran en consonancia con los presupuestos del Estado democrático constitucional, especialmente al tener como referente la aplicación de medidas con el objeto de materializar la igualdad, esta teoría se sustenta sobre cargas morales que mermarían necesariamente la neutralidad del Estado.

Aunque el debate entre libertades y paternalismo jurídico no es nuevo, como ya señalamos, la implementación de nuevas políticas públicas, especialmente en materia de salud, ha reavivado este debate. Dentro de esta nueva oleada de defensores de la intervención del Estado en la vida privada de los individuos encontramos el desarrollo tanto práctico como filosófico basado en la llamada *economía conductual* (*behavioral economics*); una serie de estudios que demuestran que, contrario a lo sostenido por Mill, los seres humanos no siempre actuamos de la manera más racional y que mejor convenga a nuestros intereses y que, por tanto, la intervención estatal puede justificarse en algunos casos e implementarse de distintas formas.

Dentro de este grupo podemos identificar dos corrientes teóricas. Por un lado, la del “paternalismo libertario”, sostenido por Cass Sustein y Richard Thaler, que, a partir de los descubrimientos respecto del comportamiento de los seres humanos, busca encontrar el equilibrio entre la preservación de la autonomía al tiempo que conduce a las personas a realizar mejores elecciones a partir de políticas públicas consis-



tentes en pequeños y casi imperceptibles cambios¹⁵ o bien del establecimiento de reglas estándar que favorezcan las mejores opciones para las personas.¹⁶ Actualmente, esta postura se encuentra detrás de muchas de las políticas públicas aplicadas en materia de salud a nivel mundial. La masificación de estas medidas se debe a que, como dicen sus autores, los cambios, además de no ser punitivos en muchos casos para quienes los implementan, son voluntarios para quienes los adoptan. Con ello, no se limita la autonomía en la decisión sino que se “facilita” tomar una decisión correcta a partir de mayor información o cambios arquitectónicos o de diseño –como obligar a los supermercados a retirar las filas de dulces que se encuentran al lado de las cajas– que impactan en las acciones de las personas. Por esta razón, estos alientos (*nudges*) han resultado ser un eficiente aliado estatal para la implementación de políticas públicas que protegen los derechos sociales.

La segunda corriente, defendida por Sarah Conly, presenta hasta ahora la defensa más férrea al paternalismo judicial. Para Conly, la defensa de la intervención estatal no reside en argumentos filosóficos o en la defensa del principio de autonomía, sino en un análisis acerca del costo/beneficio que tiene para el Estado y para la persona que se realicen estas intervenciones. Así, considera que el Estado no sólo puede sino debe actuar de forma paternalista siempre que existan más beneficios que costos.¹⁷

¹⁵ Cfr. C. Susteain, y R. Thaler, *Nudge*, Reino Unido, Penguin, 2009. Para ejemplos prácticos de estas políticas puede consultarse el blog de los propios autores: <http://nudges.org/>

¹⁶ Por reglas estándar nos referimos a las “*default rules*”; es decir, a las reglas contractuales que se encuentran preestablecidas pero que pueden modificarse a petición de las partes. En materia de salud, por ejemplo, los contratos estandarizados de contratación podrían incluir una cláusula que obligue a sus empleados a participar en actividades deportivas ya que se ha demostrado que las personas suscriben los mismos sin modificaciones.

¹⁷ S. Conly, *Against Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.



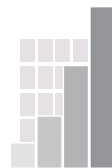
Con el fin de prevenir que estas medidas paternalistas sean la puerta a la aplicación de medidas totalitarias o que buscan la imposición de una moral positiva que reprima comportamientos poco comunes pero no ilegales o dañinos –pensemos en cierto tipo de predilecciones alimentarias–, Conly establece que la intervención deberá cumplir los siguientes requisitos: primero, la actividad que se busque limitar debe ser contraria a los propios fines establecidos de manera individual por las personas; estar sano, por ejemplo. En segundo lugar, las medidas aplicadas tienen que ser efectivas, de otra manera se estaría limitando, sin sentido, la autonomía de las personas. En tercer lugar, los beneficios tienen que ser mayores que los costos, y estos tienen que tomar en consideración no sólo los costos materiales sino los psicológicos y, por último, la medida implementada debe ser mucho más efectiva que otras alternativas planteadas.¹⁸

A diferencia de los “*nudges*”, donde los cambios tratan de realizarse de manera gradual y sin limitar la esfera de decisión de las personas, la propuesta de Conly es mucho más radical, sin estar por ello poco justificada. Al igual que la de Mill, parece que la adopción de la propuesta de Conly como eje de las políticas públicas tendría poca cabida en un Estado democrático constitucional ya que, además de los derechos sociales, el Estado tiene la obligación de “no hacer” con el fin de garantizar un mínimo de derechos de libertad, que incluyen también, como bien señala Garzón Valdés, la libertad de realizar conductas riesgosas porque considera que éstas le dan placer, y que puede terminar siendo subvertido a través de medidas abiertamente paternalistas que podrían llegar a conformar en los hechos un Estado totalitario cargado de buenas intenciones.

¹⁸ *Idem.*



Como podemos ver, la justificación y legitimación de la intervención del Estado en la vida privada de las personas en sus diferentes versiones y con sus diferentes supuestos no está en ningún momento libre de tensiones con el Estado constitucional democrático. Sin embargo, es evidente que algunas nociones de paternalismo jurídico son más compatibles que otras con la garantía de los derechos fundamentales. Cada una de las teorías propuestas –que no son las únicas– tiene diferente potencial en materia de efectividad. Por esta razón, hacen falta elementos jurídicos y prácticos y un análisis caso por caso, a partir de estas premisas teóricas, para determinar cuáles serían los casos donde estaríamos frente a intervenciones justificadas y cuándo éstas violan las premisas y obligaciones del Estado.



El derecho a la salud. Marco jurídico

Para determinar la legalidad de la intervención del Estado mexicano en la vida privada de las personas con el fin de preservar la salud pública, resulta necesario tener presente el marco jurídico vigente del derecho a la salud en México.

El derecho a la salud, en tanto derecho humano y derecho fundamental, cuenta con un amplio marco jurídico de protección. La reforma en materia de derechos humanos de 2011, que reconoció en el artículo 1o. igual jerarquía a la Constitución y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la preponderancia del principio *pro persona* en la interpretación de los principios contenidos en estos ordenamientos, robusteció la garantía de los derechos sociales¹⁹ al incorporar de manera expresa el derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico mexicano. De esta manera, todos los órganos del Estado mexicano se encuentran obligados a aplicar las disposiciones contenidas en los mismos.

¹⁹ Vale la pena hacer mención al debate ocurrido en septiembre de 2013 en el seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde finalmente se ha determinado qué tipo de bloque de constitucionalidad existe en México, es decir, los alcances jurídicos del artículo 1o. constitucional. Al respecto: P. Salazar, “Tenemos bloque de constitucionalidad, con restricciones”, en “El Juego de la Corte”, *Nexos*, disponible en <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3090>; G. González de la Vega, “¿Qué pasó, entonces, en la Suprema Corte?”, en “El Juego de la Corte”, *Nexos*, disponible en <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3081>.



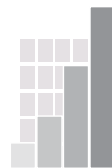
En el plano internacional, el derecho a la salud está consagrado en diversos instrumentos de protección a los derechos humanos. Destaca en primer lugar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 25 señala:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

En consonancia con lo establecido en este artículo, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha desarrollado tesis relevantes que evidencian las implicaciones de la garantía del derecho a la salud:

El derecho a la salud comprende tanto libertades como prerrogativas. Dentro de las libertades se encuentra el control sobre la salud propia, incluyendo el derecho a estar libre de tratamientos médicos no consensuales y de experimentación. Asimismo, dentro de las prerrogativas se encuentra el derecho a un sistema de protección de la salud que provea de manera equitativa la oportunidad de gozar del estándar más alto de salud posible.²⁰

²⁰ ONU, Asamblea General, *Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health*, agosto de 2008, p. 1. En este sentido, la Organización Mundial de la Salud y la Organización de Naciones Unidas han señalado lo siguiente: “Los derechos humanos son interdependientes, indivisibles e interrelacionados. Esto significa que una violación al derecho a la salud puede impedir el goce de otros derechos humanos, como por ejemplo los derechos a la educación o al trabajo. La importancia de las ‘determinantes básicas de la salud’, es decir, de los factores y condiciones que protegen y promueven el derecho a la salud más allá de los servicios de atención médica, los bienes y la infraestructura, es muestra de que el derecho a la salud depende y a la vez contribuye a la realización de muchos otros derechos humanos. Estos incluyen los derechos a la alimentación, al agua, a una vivienda adecuada, a no ser discriminado.” Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, World Health Organization, “The Right to Health”, *Fact Sheet*, núm. 3, p. 6.



De igual forma, la Asamblea General ha establecido los alcances del derecho a la salud:

El derecho a la salud es un derecho incluyente que comprende no sólo la oportuna y adecuada atención médica, sino también los factores que resultan determinantes para la salud, como el acceso a agua potable, la disposición de apropiados servicios sanitarios y, en general, la existencia de condiciones laborales y ambientales saludables, así como el acceso a información y educación relacionada con la salud, incluyendo la salud sexual y la salud reproductiva.

La noción de la garantía del derecho a la salud como una interrelación de factores y derechos que deben satisfacerse también ha sido reiterada por la Organización Mundial de la Salud. En esta dirección ha advertido que el derecho a la salud es un derecho que no sólo implica atención médica y construcción de hospitales sino que supone garantizar lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha denominado “determinantes básicas de la salud” (*underlying determinants of health*) que incluyen: a) acceso a agua potable y servicios sanitarios adecuados; b) alimentos seguros; c) nutrición y vivienda adecuada; d) condiciones laborales y ambientales saludables; e) información y educación relacionada con la salud, y f) equidad de género. De esta manera se reitera la tesis de la interdependencia también hacia el interior del conjunto de los derechos sociales fundamentales, tesis que se refuerza con el imperativo de que “los servicios, bienes e infraestructura de salud deben ser proporcionados sin ninguna discriminación”.²¹

²¹ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, World Health Organization, “The Right to Health”, *op. cit.*, pp. 3-4.

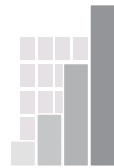


De manera más específica, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho a la salud en los siguientes términos:

Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Aunado a esto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha profundizado en los alcances de las obligaciones establecidas por el Pacto a partir de la Observación General Núm. 14. En este documento, el Comité establece que debe entenderse por derecho a la salud y qué elementos deben considerarse para una garantía efectiva del mismo. Así, señala, entre otras cosas, que el derecho a la salud entendido como el disfrute del “más alto nivel posible de salud física y mental” no se refiere únicamente al establecimiento de servicios de salud, sino que “tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado”. Por esta razón, el Estado tiene que considerar todos los factores que pueden afectar la salud de las personas y generar las condiciones básicas adecuadas para que



todas las personas, con independencia de sus particularidades, vean garantizado su derecho a la salud en condiciones de igualdad. En palabras del propio Comité: “el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.²²

Esta Observación contiene un apartado de limitaciones donde delinea situaciones en las cuales puede limitarse el derecho a la salud o bien, donde la preservación del derecho a la salud –entendida como salud pública– puede justificar la limitación de otros derechos fundamentales. En este párrafo, el Comité señala como obligaciones generales para ambos casos la fundamentación y la motivación de las medidas implementadas; su apego a la normativa local e internacional; la compatibilidad de las mismas con los derechos amparados en el Pacto; que dichas limitaciones sean las estrictamente necesarias para la obtención de sus objetivos; que obedezcan a los principios de proporcionalidad y temporalidad, y que se encuentren sujetas a revisión.²³

²² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Núm. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párr. 9. De forma complementaria, el párrafo 11 de la Observación hace una lista no limitativa de los bienes y servicios que forman parte de la garantía adecuada del derecho a la salud: acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

²³ Limitaciones. Los Estados suelen utilizar las cuestiones relacionadas con la salud pública para justificar la limitación del ejercicio de otros derechos fundamentales. El Comité desea hacer hincapié en el hecho de que la cláusula limitativa –el artículo 4– tiene más bien por objeto proteger los derechos de los particulares, y no permitir la imposición de limitaciones por parte de los Estados. Por consiguiente, un Estado Parte que, por ejemplo, restringe la circulación de personas –o encarcela a personas– con enfermedades transmisibles como el VIH/sida no permite que los médicos traten a presuntos opositores de un gobierno, o se niega a vacunar a los integrantes de una comunidad contra graves enfermedades infecciosas, alegando motivos tales como la seguridad nacional o el mantenimiento del orden público, tiene la obligación de justificar esas medidas graves en relación con cada uno de los elementos enunciados en el artículo 4. Esas restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la natura-



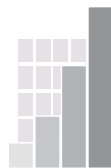
Por último, como en todas las Observaciones Generales de esta índole, el Comité detalla las obligaciones que tienen los Estados Parte de garantizar los derechos sociales. Así, el párrafo 33 señala:

33. Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12. Por último, 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.²⁴

Más adelante, el Comité detalla qué acciones constituyen una violación a las obligaciones antes mencionadas. Para el tema que nos atañe en este texto, vale la pena mencionar que “el no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas” se establece como una violación a la obligación de proteger en el párrafo 51 de la Observación General.

leza de los derechos amparados por el Pacto, en aras de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Núm. 14.

²⁴ Los Estados adquieren una serie de obligaciones en materia de derecho a la salud que se traducen en: *a*) la obligación de respetar (absteniéndose de interferir directa o indirectamente con el derecho a la salud introduciendo medicamentos inseguros o imponiendo prácticas discriminatorias, por ejemplo, en materia de salud reproductiva) y de censurar, retener o alterar información relativa a la salud; *b*) la obligación de proteger (impidiendo la interferencia de terceros que vulneren el derecho a la salud, lo que supone garantizar que los actores privados se ajusten a los estándares de los derechos humanos cuando proporcionen servicios de salud), y *c*) la obligación de satisfacer (que supone adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, jurisdiccionales, etcétera, para garantizar el derecho a la salud).



En el plano local el derecho a la salud se encuentra consagrado en el párrafo cuarto del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 4o.

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.

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.

Además del reconocimiento del derecho a la salud en el capítulo de derechos humanos, la Constitución también establece las facultades que tienen los Poderes Legislativo y Ejecutivo en materia de salud.²⁵ El artículo 73, fracción XIV, señala:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

[...]

XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

1a. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.

²⁵ Como señalan Miguel Carbonell y José Carbonell, además de las previsiones contenidas en el artículo 4o., la Constitución también prevé un reconocimiento especial al derecho a la salud de los indígenas en el artículo 2o., donde hace énfasis en la protección de este derecho sin discriminación, sobre el acceso a los servicios de salud y tomando en consideración la medicina tradicional utilizada por estos grupos étnicos. M. Carbonell, y J. Carbonell, *El derecho a la salud: una propuesta para México*, México, IJ-UNAM, 2013, p. 1.



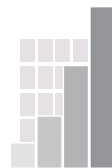
2a. En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.

3a. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País.

4a. Las medidas que el Consejo haya puesto en vigor en la Campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana, así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, serán después revisadas por el Congreso de la Unión en los casos que le competan.

Como podemos observar, el reconocimiento al derecho a la salud y su efectiva garantía conllevan para el Estado una carga de obligaciones que no es menor. La interdependencia e interrelación de este derecho con otros como el derecho a un medio ambiente sano o a una alimentación adecuada hacen que la satisfacción del mismo implique un diseño institucional complejo y eficiente.

De la misma forma, como ya se hizo patente tanto en el apartado de limitaciones contenido en la Observación General Núm. 14 como en las facultades extraordinarias concedidas al Consejo de Salubridad General, nuestro marco jurídico reconoce situaciones extraordinarias donde la garantía del derecho a la salud puede llegar a imponer limitaciones al ejercicio de otros derechos o, incluso, conceder facultades extraordinarias a un poder para actuar de manera inmediata.



¿Cómo garantizamos el derecho a la salud?

Como se señaló en el primer apartado, de acuerdo con la teoría de los derechos fundamentales creada por Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales deben contar con dos tipos de garantías: las garantías primarias, que estriban en la implementación de normas y políticas que materialicen los derechos; y la garantía secundaria, que permite que en caso de violación u omisión de la garantía primaria, el derecho aún pueda hacerse efectivo frente al Estado. Las garantías primarias se traducen en normas, reglamentos y políticas públicas; las secundarias, en un sistema judicial robusto, independiente y eficaz.²⁶

Después de analizar las facultades –o derechos entendidos como prerrogativa de un Estado para actuar– y las obligaciones a las que está sujeto el Estado mexicano en materia de salud, vemos que éste cuenta con un amplio margen de actuación y obligaciones de distinto nivel que deberán, en últimos términos, traducirse en la implementación de políticas públicas²⁷

²⁶ L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

²⁷ Para el significado de políticas públicas utilizaremos, por su sencillez y practicidad, la de Mauricio Merino: “una política pública puede ser definida como una intervención deliberada del Estado para corregir o modificar una situación social o económica que ha sido reconocida como problema público”. Más adelante, Merino señala como características para este tipo de intervenciones: a) que sean tomados por órganos ejecutivos o representativos del Estado;



que garanticen efectivamente el derecho a la salud de las personas, garantías primarias, para decirlo en términos de Ferrajoli.

El sector salud es uno de los sectores donde existe más amplia variedad de políticas públicas: para garantizar de forma más directa un derecho, como en el caso del Seguro Popular; como una intervención para corregir fallas, como la implementación del alcoholímetro y las restricciones al tabaco, o como una respuesta a una situación considerada como crítica por el Estado o la sociedad, como las medidas implementadas a fin de combatir las enfermedades relacionadas con la obesidad, por mencionar algunos casos. Precisamente por esta razón, las intervenciones también son de diversos tipos: fiscales –ya sean incentivos o cargas impositivas adicionales–, programas sociales, campañas de prevención e información e incluso, en algunos casos, la imposición de sanciones focalizadas.

En este contexto, la aplicación de políticas públicas para paliar un problema de salud pública no tiene una fórmula única. El análisis caso por caso permite identificar qué medida es idónea para atacar cada problema y definir cuáles son las causas y mejores vías para tratar de solucionarlo. Dentro de este estudio debe incluirse, además de los componentes que Mauricio Merino ha designado como “el ciclo de las políticas públicas” y las variables de eficacia, costos y población beneficiada; también debe considerarse la variable de afectación de la autonomía, es decir, buscar que, en la medida de lo posible, las acciones que formen parte de la política pública no limiten, o limiten en el menor grado posible, la capacidad de las personas para realizar elecciones propias.

b) que tengan el propósito explícito de modificar un *status quo* determinado mediante el uso de los recursos normativos, presupuestarios y humanos con los que cuenta el sector público, y c) que tengan un horizonte temporal razonablemente definido. M. Merino, “Políticas públicas. Ensayo sobre la intervención del Estado en la solución de los problemas públicos”, en *Gobierno y Políticas Públicas*. México, CIDE, 2013, p. 17.



Aunque en un escenario “ideal” podrían concebirse políticas públicas en materia de salud que no limiten el ejercicio a plenitud de ningún derecho fundamental, en los hechos algunas cuestiones de salud pública han llevado al Estado, en busca de satisfacer sus obligaciones jurídicas y de cumplir con sus objetivos, a implementar diversas medidas y realizar intervenciones que restringen la capacidad de elección de las personas.

Existen casos en los cuales las medidas preventivas, como las campañas de prevención e información, han sido insuficientes para combatir un problema de salud pública eficientemente. En estos casos, el Estado ha implementado otros mecanismos de intervención para obtener los resultados deseados. Generalmente, estas políticas son recibidas con duras críticas y se tacha al Estado de paternalista, niñera y, en los casos más extremos, de autoritario.²⁸ Incluso si las medidas satisfacen todos los requisitos legales, es decir, pueden considerarse como legales, no necesariamente son igualmente legítimas. Por ejemplo, mientras que la restricción para no circular en estado de ebriedad nos parece justificada, otras medidas, como la prohibición de venta de bebidas azucaradas a partir de un cierto tamaño, podría considerarse como una invasión injustificada a nuestra esfera de decisión personal.

Siguiendo las teorías clásicas sobre los límites a la intervención del Estado, pero tomando también en consideración los elementos de prueba planteados por Conly, existen elementos objetivos que nos permiten medir si la intervención estatal se

²⁸ Los debates respecto de los límites de la intervención del Estado en materia de salud pública o seguridad no son nuevos. En 1970, la política de implementación y uso de los cinturones de seguridad obligatorios para los automóviles suscitó críticas similares a las que hoy enfrentan los impuestos a las bebidas azucaradas o la prohibición a fumar en lugares públicos. *Cfr.* R. Kneuper, y B. Yandler, “The Air Bag/Seat Belt Controversy. How the States Voted”, *Eastern Economic Journal*, vol. 22, núm. 2, 1996, pp. 147-160.



encuentra justificada y es legítima: la gravedad del problema, la prueba de daño y los resultados obtenidos.²⁹

A partir de estos elementos analizaremos de manera general las razones de dos políticas públicas de reciente implementación en México: las medidas que limitan el consumo de tabaco y las medidas para combatir la obesidad.³⁰

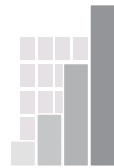
Medidas antitabaco

El tabaquismo es catalogado por la Organización Mundial de la Salud como una epidemia mundial. El tabaquismo es uno de los problemas de salud pública que afecta a mayor número de personas y que representa en consecuencia un mayor gasto de recursos para el Estado.

Por estas razones, para el caso de la regulación del tabaco se cuenta con, además del marco jurídico general en materia del derecho a la salud –donde, como ya señalamos, se estipula específicamente la obligación de no difundir el consumo y la promoción del tabaco–, el Convenio Marco para el Control del Tabaco, que la Organización Mundial de la Salud celebró en 2003. Este tratado, firmado por México en 2008, establece la obligación para los Estados de adoptar medidas fiscales, de regulación, de educación y de publicidad tendentes a reducir la demanda y el consumo del tabaco y sus productos derivados,

²⁹ M. Merino, “Políticas Públicas. Ensayo sobre la intervención del Estado...”, *op. cit.*, pp. 122 y ss.

³⁰ Actualmente, las políticas públicas de este tipo en México han tenido como punto de partida la implementación local. Con la excepción de aquellas relativas al gravamen de los productos o al establecimiento de restricciones por edad para el consumo de cierto producto, que son competencia federal, las políticas públicas más interesantes en materia de protección a la salud han sido, hasta el momento, iniciativas locales.



especialmente los cigarrillos.³¹ En consonancia con esta adhesión, en 2008 se promulgó la Ley General para el Control del Tabaco, de aplicación general que, entre otras cosas, prohíbe el consumo de cigarrillos en espacios públicos cerrados; obliga a los establecimientos a contar con áreas específicas para fumadores, y establece, para las marcas comerciales de tabaco, restricciones publicitarias y obligaciones de informar.³²

En consecuencia con estas obligaciones jurídicas, la política pública que busca reducir el consumo del tabaco es una de las más completas y también de las más agresivas para la industria y para el consumidor. Por esta razón, su implementación ha recibido severas críticas por parte de la industria tabacalera, de los consumidores y de los dueños de establecimientos comerciales. Incluso se llegó a combatir las medidas de restricción por la vía jurídica.³³

Dentro de los argumentos aducidos por las partes quejas se señalaba que las medidas impuestas violaban el derecho a la no discriminación, al crear un trato diferente para fumadores y no fumadores, los derechos de los consumidores tanto para la compra como para la adquisición de tabaco y hasta el derecho al trabajo.³⁴ En síntesis, casi todos los amparos presentados alegaban que las medidas impuestas eran exageradas, inconstitucionales y violaban sus derechos fundamentales.

³¹ Organización Mundial de la Salud, Convenio Marco para la Regulación del Tabaco, en http://www.who.int/fctc/text_download/es/index.html.

³² Para mayor información sobre el control del tabaco en México: Cfr. N. Calleja, "Medidas para el control del tabaco en México y el mundo", en *Enseñanza e Investigación en Psicología*, vol. 17, núm. 1, enero-junio de 2012, pp. 83-99.

³³ A. Madrazo Lajous, "Sobre la constitucionalidad de la regulación del tabaco en México", *Salud Pública Méx.*, vol. 50, supl. 3, Cuernavaca, 2008, disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0036-36342008000900009&script=sci_arttext.

³⁴ "Corte analizará amparos contra leyes antitabaco", *El Universal*, lunes 14 de marzo de 2011, <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/184184.html>. Para información sobre argumentos comúnmente presentados en contra de las regulaciones antitabaco http://www.law.georgetown.edu/oneillinstitute/documents/2012_OneillTobaccoLitGuide_SPA.PDF.



Todos estos amparos fueron negados. Ello implica que la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que las medidas impuestas para dar cumplimiento a la ley eran constitucionales y legales. Sin embargo, aunque esto es útil para concluir que esta política pública es legal conforme al sistema jurídico mexicano, esto no resuelve si ésta es legítima; es decir, si la aplicación de la medida es útil y necesaria para satisfacer los objetivos y deberes del Estado como garante de los derechos fundamentales.

Si analizamos las libertades que tenían los fumadores antes y después de la implementación de esta serie de políticas, vemos que esta esfera de posibilidades de hacer se redujo considerablemente. Sin embargo, ello no implica que esta restricción constituya una intervención ilegítima por parte del Estado a la esfera de acción de los particulares.

Primero, resulta necesario estudiar si las restricciones se justifican materialmente –si la gravedad del problema que buscan atacar merece que se impongan limitaciones a las libertades de las que antes gozaban los fumadores. Para ello, resulta útil analizar los datos que se tienen respecto del consumo de tabaco en el mundo. En este contexto, además de haber sido definida como una epidemia, el tabaquismo y las enfermedades asociadas al mismo son causantes de alrededor de 60,000 muertes anuales en México. Aunado a lo anterior, el tabaco está relacionado con 25 enfermedades, como el carcinoma de pulmón, laringe y páncreas.³⁵ En materia de salud pública, de acuerdo con los estudios más recientes, tan sólo las cuatro enfermedades más comunes asociadas con el consumo de tabaco tuvieron un costo anual que oscila entre los 23,000 y los 43,000 millones

³⁵ Infografía <http://www.animalpolitico.com/2013/05/el-tabaco-mata-cada-ano-en-mexico-a-casi-60-mil-personas/#axzz2fBGV3wj0>



de pesos, dependiendo de qué estimación se tome. Esto implica que las enfermedades provocadas por el tabaco consumen 5 % del gasto anual destinado al sector salud en México.³⁶ Si tomamos en consideración a) el número anual de muertes asociadas con el consumo de tabaco, y b) el costo que tiene para el Estado la atención médica de las enfermedades relacionadas con el consumo de tabaco, nos daremos cuenta de que es un problema de salud pública grave y que merece, en consonancia con las obligaciones del Estado mexicano en la materia, la adopción de todas las medidas necesarias para combatirlo.

En segundo lugar, como se señaló en el primer apartado, incluso las teorías más liberales en materia de protección de libertades individuales, como la defendida por Mill, contemplan la prueba de daño como una restricción legítima respecto de la afectación de los derechos de terceros. En este caso en particular, esta prueba de daño fue efectivamente realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la resolución de los amparos antes mencionados al considerar que estas medidas protegían varios derechos de los no fumadores: el derecho al disfrute del más alto nivel de salud posible, el derecho a un medio ambiente sano y el derecho de la niñez a que se cubran sus necesidades en materia de salud.³⁷ En este contexto, podemos considerar que la prueba de daño demuestra que el consumo de cigarrillos no sólo tiene efectos perniciosos para quienes fuman sino para quienes los rodean, por lo que es legítimo limitar el ámbito de autonomía del fumador, negándole fumar en ciertos contextos. En palabras de Claudio López Guerra: “cuando nuestras acciones tienen una alta probabilidad de

³⁶ Programa contra el Tabaquismo. Actualización 2011-2012: <http://www.conadic.salud.gob.mx/pdfs/publicaciones/taquismo.pdf>.

³⁷ A. Madrazo Lajous, “Sobre la constitucionalidad de la regulación...”, *op. cit.*



afectar negativamente los derechos de otros, el Estado tiene la facultad y la obligación de intervenir”.³⁸

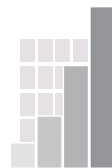
Por último, si atendemos a los resultados de la medida veremos que, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Salud y Nutrición 2012, las medidas implementadas han sido efectivas, al reducirse el consumo de cigarrillos en adolescentes de 3.6 % en 2006 (antes de la entrada en vigor de la ley) a 2.6 % en 2012, y en adultos de 22.3 % en 2000 a 19.9 % en 2012. Asimismo, esta encuesta evidencia que, en el caso de los adultos, aunque el porcentaje de fumadores se ha mantenido relativamente estable, éstos también han reducido el número de cigarrillos fumados al día de 7.5 a 6.3,³⁹ por lo que podemos decir que las medidas implementadas –consideradas en su conjunto– han sido efectivas y han contribuido a resolver el problema de salud pública para el cual fueron diseñadas.⁴⁰

En síntesis, podemos decir que en el caso de las políticas públicas antitabaco, éstas se encuentran justificadas en su ámbito legal, a partir de un marco jurídico específico, y también son legítimas ya que el daño causado por el tabaquismo se encuentra lo suficientemente probado para justificar las intervenciones en materia de salud, satisface la prueba de daño y, además, han demostrado ser eficaces.

³⁸ C. López Guerra, “La ética del alcoholímetro”, en “El Blog de la Redacción”, Nexos, febrero de 2010. Disponible en <http://redaccion.nexos.com.mx/?p=786>.

³⁹ Encuesta Nacional de Salud y Nutrición 2012. <http://ensanut.insp.mx/doctos/analiticos/ConsumoTabaco.pdf>.

⁴⁰ Aunado a esto, la percepción de las personas respecto del consumo del tabaco ha cambiado sensiblemente a partir de la promulgación de la Ley. De acuerdo con un estudio realizado por la empresa Parametría y el Consejo Mexicano contra el Tabaquismo, siete de cada 10 mexicanos considera que las medidas como el aumento a los precios y los impuestos al tabaco ha contribuido para evitar que los menores de edad fumen o sigan fumando, entre otros beneficios. <http://www.ficmexico.org/index.php/comunicacion/boletines-prensa/96-enquesta-nacional-de-tabaquismo-2012>.



Medidas para combatir la obesidad

La obesidad en México se considera el primer problema de salud pública y es uno de los problemas más graves a nivel mundial.⁴¹ De acuerdo con estimaciones de la FAO, México se encuentra entre los primeros lugares de personas obesas y con sobrepeso en el mundo.⁴²

A diferencia del tabaco, a pesar de la gravedad del problema de la obesidad en México y sus consecuencias en materia de salud, como la diabetes y la hipertensión, el combate a la obesidad aún no cuenta con un marco jurídico en el ámbito nacional ni en el internacional. Por esta razón, hasta el momento la implementación de políticas públicas todavía tiene que superar el test de legalidad y el de legitimidad de las medidas de intervención. A falta de marco regulatorio, las medidas implementadas hasta ahora han sido únicamente políticas de cooperación entre diversos sectores: gobierno federal o local, academia, organizaciones de la sociedad civil y expertos en los diferentes ámbitos que inciden en la obesidad.⁴³

Actualmente, México sólo cuenta con dos lineamientos en materia de combate a la obesidad: el Acuerdo Nacional por la

⁴¹ N. Christakis, y J. Fowler, "The Spread of Obesity in a Large Social Network over 32 Years", *New England Journal of Medicine*, Massachusetts, 2007.

⁴² FAO, *The State of Food and Agriculture 2013*. Roma, Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2013, p. 77.

⁴³ Al respecto, órganos como la Comisión Federal para la Mejora Regulatoria han emitido manuales donde se delinear los principales aspectos que debería tomar en cuenta la regulación y la determinación de políticas públicas para el combate a la obesidad, disponible en http://www.cofemer.gob.mx/Varios/Adjuntos/01.10.2012/COFEMER_PROBLEMA_OBESIDAD_EN_MEXICO_2012.pdf. De igual manera, el Grupo Interdisciplinario sobre obesidad de la Academia Nacional de Medicina publicó el libro de J. A. Rivera Dommarco *et al.*, eds. *Obesidad en México. Recomendaciones para una política de Estado*. México, UNAM, 2012.



Salud Alimentaria⁴⁴ y los Lineamientos Generales para el Expendio o Distribución de Alimentos y Bebidas de Consumo Escolar en los Planteles de Educación Básica.⁴⁵ Ambos establecen políticas públicas que buscan fomentar mejores hábitos alimenticios y restringen la venta de comida de bajo contenido nutricional o “comida chatarra” en ciertos espacios (escuelas primarias), así como marcar un estándar respecto de las porciones que deberán tener las mismas para su venta dentro y alrededor de estos planteles.

Al tratarse de medidas que limitan a los niños, una población especialmente vulnerable y que jurídicamente tiene un ejercicio limitado de sus capacidades de elección, estas intervenciones no han causado problemas similares a la regulación del tabaco. Por esta razón, aunque son parte fundamental de las políticas públicas para el combate a la obesidad⁴⁶ y son una garantía efectiva del derecho a la salud de los menores, no presentan en los hechos un conflicto entre la libertad de elegir y la capacidad de intervención del Estado en materia de salud.

Actualmente, el Congreso tiene para dictamen y votación dos iniciativas que buscan regular el consumo de bebidas azucaradas, en especial refrescos, a partir de un impuesto especial de más de 10 %. Con ello se busca desincentivar en México el consumo de estas bebidas asociadas con el incremento de la obesidad, el sobrepeso y enfermedades relacionadas. Aunque ambas propuestas aún deben ser discutidas y aprobadas por el legislativo, vale la pena analizar desde ahora las razones, con-

⁴⁴ Disponible en: <http://www.promocion.salud.gob.mx/dgps/descargas1/programas/Acuerdo%20Original%20con%20creditos%2015%20feb%2010.pdf>

⁴⁵ Disponible en: <http://www.insp.mx/alimentosescolares/>

⁴⁶ Se estima que el 32 % de las niñas y el 36.9 % de niños en edad escolar padecen sobrepeso u obesidad.



secuencias y probable efectividad de las medidas que formen parte de un eventual diseño de política pública en la materia.⁴⁷

Aunque no existen políticas públicas en el ámbito federal, en el ámbito local y en la experiencia internacional existen algunos intentos interesantes para paliar el problema de obesidad a partir de pequeñas medidas no coercitivas (*nudges*) que, de nueva cuenta, han puesto sobre la mesa el debate entre autonomía y facultades estatales.⁴⁸

Dentro de estas medidas destaca la impulsada por la Secretaría de Salud del Distrito Federal a través de la Campaña Menos Sal, Más Salud, por medio de la cual se retiraron (de forma voluntaria) los saleros de las mesas de los restaurantes. Esta medida –que ha sido aplicada también en Manchester, Reino Unido, y en la provincia de Buenos Aires–, de acuerdo con el Secretario de Salud local, Armando Ahued, busca “hacer conciencia” sobre los riesgos para la salud que tiene el abuso de la sal”.⁴⁹

Si analizamos la medida, nos daremos cuenta de que ésta no excede los límites de las obligaciones legales del Estado, ni del Distrito Federal, en materia de salud por varias razones: en primer lugar, se trata de una restricción voluntaria, es decir, los restaurantes pueden o no decidir poner los saleros en las mesas. En segundo lugar, tal como señala Carlos Bravo Regidor, la limitación no implica que la sal se encuentre prohibida o que, una vez solicitada, se haya fijado un límite de consumo al comensal. Por último, contrario a lo que se señaló en algunos espacios, la medida no restringe ni viola ningún derecho fun-

⁴⁷ Central Ciudadano y Consumidor, *Hacia un consumidor responsable contra el sobrepeso y la obesidad. Diagnóstico, análisis y propuestas*, México, Central CYC, 2013.

⁴⁸ Cfr. “The nanny state’s biggest test. Should governments make their citizens exercise more and eat less?”, *The Economist*, diciembre 15 de 2012, disponible en: <http://www.economist.com/news/special-report/21568074-should-governments-make-their-citizens-exercise-more-and-eat-less-nanny-states>.

⁴⁹ C. Bravo Regidor, “Un empujoncito”, *La Razón*, 8 de abril de 2013.



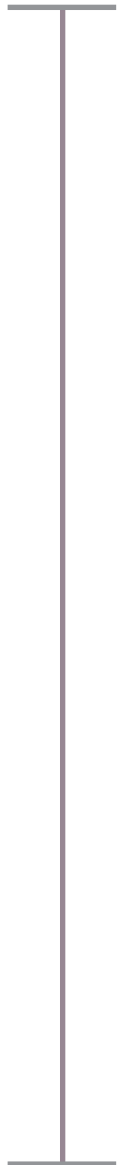
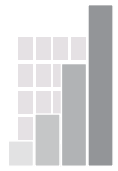
damental, al no traer aparejada ninguna prohibición que menoscabe alguno de los derechos contenidos en la Constitución o los Tratados Internacionales.

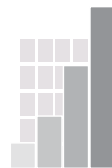
Ahora, en términos de legitimidad, podemos afirmar que la medida es controversial. Por un lado, si tomamos en consideración la gravedad del problema de salud pública que representa la obesidad en México, concluiríamos que esta pequeña medida es perfectamente legítima. Sin embargo, si incluimos en la variable de análisis las dos causales restantes: la prueba de daño y la eficacia en los resultados, nos enfrentamos con dificultades. Respecto de lo primero, resulta difícil comprobar que la ingesta personal de sal dañe a un tercero, mientras que en relación con lo segundo, no existen aún pruebas concluyentes que demuestren la eficacia de esta medida.

En el ámbito internacional, Nueva York presenta un caso interesante que permite evidenciar los posibles problemas de una legislación demasiado restrictiva en materia de regulación alimentaria y su efecto contraproducente. En 2012, el Consejo de Salud de la ciudad, nombrado por el alcalde Bloomberg, aprobó la prohibición a cines, restaurantes y otros establecimientos para vender bebidas azucaradas y refrescos de más de 16 onzas (aproximadamente 473 ml). Sin embargo, la medida fue apelada por diversos grupos empresariales aduciendo que era discriminatoria y específica, y ésta fue finalmente revocada por la Corte Suprema de Nueva York al considerar que el Consejo de Salud se había excedido en competencias realizando funciones que corresponden al Poder Legislativo y que la aplicación de este tipo de medidas a través de esa vía buscaba sobrepasar de manera ilegal el rechazo que este tipo de leyes había tenido en la sede legislativa.⁵⁰

⁵⁰ Para una discusión general sobre la medida, véase “A Legal Guide to the Soda Ban Ruling”, disponible en: <http://blogs.wsj.com/law/2013/03/11/a-legal-guide-to-the-soda-ban-ruling/>.

Aunque esta medida podría satisfacer los estándares de legalidad –al aducirse que se trata de una intervención que garantiza las obligaciones de prevenir y proteger que tienen los Estados en materia de salud, así como el derecho a una alimentación sana, equilibrada y adecuada–, tiene problemas fundamentales. Tal como señaló la Corte Suprema de Nueva York, la promulgación de leyes por la vía administrativa viola el principio de separación de poderes, por lo que, incluso si la medida puede tener efectos positivos e incidir efectivamente en la disminución del consumo de este tipo de bebidas, y por ende en los problemas con los que éste se encuentra asociado, atenta en su procedimiento de creación contra reglas fundamentales del Estado, cuya violación resulta inadmisibles y grave.

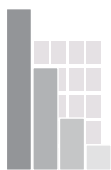




Conclusiones

A partir de la construcción de un marco teórico y jurídico para los derechos sociales fundamentales y para el derecho a la salud en específico, en conjunto con el análisis de algunos casos particulares de los ámbitos local e internacional, tenemos que, aunque el éxito de las medidas es multifactorial, pueden identificarse algunos lineamientos generales que ayudan a mantener el equilibrio entre las facultades de intervención del Estado en materia de salud y la capacidad de las personas para hacer elecciones individuales y ejercer en último término algunos de sus derechos fundamentales. Como señala Abellán Salort: “el límite del Estado viene marcado por su teleología, por sus fines esenciales, que dotan de legitimidad a sus actuaciones, y por su carácter de ordenamiento jurídico por el que sus procedimientos, políticas y actuaciones concretas están ordenadas y reguladas por el principio de legalidad”.⁵¹ Así, tomando en cuenta este balance, podemos decir que una cierta dosis de medidas paternalistas, especialmente si se trata de paternalismo suave, está justificada en aras de preservar los derechos sociales.

⁵¹ J. Abellán Salort, “Fines y límites del Estado...”, *op. cit.*, p. 383.



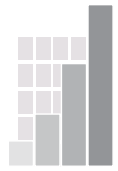
En el plano legal, si contrastamos el éxito de las políticas públicas antitabaco con los resultados obtenidos por las medidas de combate a la obesidad vemos que, aunque ambos tienen la misma legislación marco, la existencia de documentos regulatorios internacionales para la primera ha dotado de mejores herramientas al Estado para impulsar políticas públicas que restrinjan el ejercicio de algunas libertades. Por tanto, es pertinente que este tipo de intervenciones se establezcan en algún tipo de legislación en la materia. En este mismo rubro, resulta imprescindible realizar una ponderación de derechos y respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad de las medidas impuestas.

Por otra parte, consideramos que uno de los puntos de mayor conflicto y que no debería estar exento del análisis acerca de la legitimidad de la intervención del Estado en materia de políticas públicas es la realización de la prueba de daño. Como señalamos en el apartado teórico, la afectación de los derechos de terceros es una restricción legítima que justifica la imposición de medidas incluso para los teóricos más radicales. Por tanto, constituye una fundamentación poderosa, como podemos ver en el caso de la prohibición del tabaco en México.

En el caso mexicano es claro que las políticas públicas implementadas hasta ahora: 1. Satisfacen las obligaciones del Estado en materia de salud; 2. Han sido creadas a partir de un análisis detallado acerca de la efectividad de las medidas impuestas; 3. No constituyen una prohibición a las personas para realizar una actividad, sino que se encuentran orientadas a paliar el daño a terceros y a combatir los problemas más graves de salud pública. En su realización ha privilegiado la prevención a partir de medidas no prohibitivas para las personas –pero que ciertamente presentan prohibiciones (y pérdidas) para las industrias que comercializan los productos–, aunque son limi-

taciones, “*nudges*”, en tiempos, espacios y edades de consumo, por ejemplo.

Por último, consideramos que en el análisis para la aprobación de leyes o la implementación de políticas públicas en materia de salud que limiten de alguna forma la autonomía de las personas y por consiguiente el ejercicio de alguno de sus derechos, el Estado debería utilizar como brújula criterios científicos, datos duros y estadísticos y análisis comparados respecto de la gravedad del problema, la eficacia de la medida cuando ésta haya sido implementada en otras regiones y la proporcionalidad de la misma.



Comentarios sobre la tensión entre el derecho a la salud y el derecho a la libertad, fue editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. El cuidado de la edición estuvo a cargo de la Dirección de Publicaciones de esta Comisión Nacional. La copia se realizó en 1,000 discos.

Presidente

Luis Raúl González Pérez

Consejo Consultivo

Mariclaire Acosta Urquidi

María Ampudia González

Mariano Azuela Güitrón

Ninfa Delia Domínguez Leal

Rafael Estrada Michel

Mónica González Contró

David Kershenobich Stalnikowitz

Carmen Moreno Toscano

María Olga Noriega Sáenz

Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

Primer Visitador General

Ismael Eslava Pérez

Segundo Visitador General

Enrique Guadarrama López

Tercera Visitadora General

Ruth Villanueva Castilleja

Cuarta Visitadora General

Norma Inés Aguilar León

Quinto Visitador General

Edgar Corzo Sosa

Sexto Visitador General

Jorge Ulises Carmona Tinoco

Secretario Ejecutivo

Héctor Daniel Dávalos Martínez

Secretario Técnico del Consejo Consultivo

Joaquín Narro Lobo

Oficial Mayor

Manuel Martínez Beltrán

Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos

Julieta Morales Sánchez



CNDH
M É X I C O

ANTONIO RIVA PALACIO

Licenciado en Derecho por la UNAM, especializado en Derecho de la Inversión y Comercio Internacional, así como en Controversias Internacionales. Ha participado en arbitrajes administrados conforme a las reglas principales, incluyendo las reglas del CIADI, CCI y UNCITRAL. Actualmente es el representante principal en Beijing de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, donde asesora a inversionistas asiáticos en sus operaciones en México y Latinoamérica, y en sus controversias comerciales. Ha impartido clases sobre el derecho de los tratados y organismos internacionales. Contribuyó como coautor en el libro *Derecho Internacional Público*, publicado por IURE en 2006.

ISBN: 978-607-729-111-4



ISBN: 978-607-729-116-9

