

LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE CONTENIDO PROGRAMÁTICO

La Constitución Mexicana ha dejado atrás los modelos que postuló el constitucionalismo clásico y que se movían alrededor de dos elementos que hoy se antojan insuficientes: el elemento orgánico y el dogmático. En esa corriente se ubica Escriche quien, en su ameritado diccionario jurídico, dice que una Constitución es un acto en el que están determinados los derechos políticos de una nación y la forma de su gobierno, es decir, la organización de los poderes públicos.¹ Montiel y Duarte,² jurisperito mexicano, remata la concepción clásica diciendo que una Constitución es la ley fundamental del país que estructura los poderes supremos y garantiza los derechos del hombre. En una Constitución clásica, que sólo instituye el poder público e introduce las garantías individuales, no hay cabida para los derechos sociales programáticos.

Las constituciones de la mayor parte del mundo, sean socialistas, capitalistas o de economía mixta, tanto en los países ricos como en los subdesarrollados, han añadido a los ya citados

¹ Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Bogotá, Editorial Temis, 1977, tomo II, p. 225.

² Isidro Montiel y Duarte, *Vocabulario de jurisprudencia*, México, Imprenta de la V. e hijos de Murguía, 1878, p. 83.

elementos orgánico y dogmático una dimensión programática que las acentúa como proyectos sociales. La Constitución mexicana de 1917, la austriaca de 1920, la alemana de 1919 y la española de 1978, como lo fue la de 1931, contienen una idea del derecho y, con ella, la visión de una sociedad más justa. La Constitución no es sólo el reflejo de la realidad; se trata de una representación social porque, como dijera don Ignacio García Téllez al comentar en 1932 el nuevo Código Civil, "la Ley debe corresponder fielmente a las necesidades de su medio y de su tiempo, a la vez que constituirse en un acicate de progreso".³ La Constitución, sostuvo Aristóteles, es más que una estructura jurídica, es también un espíritu moral, una forma de vida.⁴

En las constituciones como la mexicana se contienen disposiciones que se pueden llamar *preceptivas*, porque generan derechos y obligaciones; disposiciones *organizativas*, porque dan el arreglo de instituciones constitucionales, y disposiciones *programáticas*, que establecen simplemente directivas de acción para los poderes constituidos.⁵ Estas disposiciones directivas y programáticas, a las que pertenece el derecho a la protección de la salud, no se perfeccionan de manera automática, y de suyo no cambian la realidad social, a diferencia, por ejemplo, del artículo 2o. constitucional, que prohíbe la esclavitud como institución jurídica y que es un precepto autoaplicativo, autosuficiente.

Hay que recordar al efecto que los derechos sociales y los derechos individuales son radicalmente distintos; estos últimos, fundamentalmente, imponen al Estado una obligación *de no hacer*, pues lo obligan a abstenerse de violarlos, en tanto

³ *Motivos. Colaboración y concordancias del nuevo Código Civil Mexicano*, sin pie de imprenta, México, 1932, p. 2.

⁴ Rolando Tamayo, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, UNAM.

⁵ Paolo Biscaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, FCE, 1975, pp. 321-322.

que los derechos sociales conllevan obligaciones *de hacer* para el Estado; el Estado debe generar las condiciones necesarias para que el derecho social pueda darse, ejercerse. Las disposiciones programáticas de una Constitución son, para los agentes estatales, estímulo y guía de la acción pública, y para el pueblo representan la esperanza de que algún día se acatarán, como afirmara Karl Loewenstein.⁶

El carácter declarativo de las normas programáticas conduce a que no sean *accionables*, o sea, a que no se puedan hacer valer en juicio. El ciudadano no tiene derecho a la tutela jurisdiccional para que la autoridad obligue coactivamente al Estado a que haga efectiva aquí y ahora una norma programática. El ciudadano que ve frustrado su derecho constitucional a la protección de la salud tiene el recurso de imponer al agente estatal las supremas sanciones políticas que pueden darse en un sistema democrático: negarle el voto en las próximas elecciones; deteriorar la legitimidad de su mandato; censurar su gestión pública; acusarle de iluso, de demagogo, de utópico o de inconsistente. Las normas programáticas son normas impropias, porque no están revestidas de coercitividad; no pueden hacerse cumplir por la fuerza ni pueden llevarse al órgano jurisdiccional, como en el caso de las normas que otorgan derechos individuales y buena parte de los derechos sociales. Empero, el derecho que comentamos, al igual que los individuales y el resto de los sociales, emanan de la naturaleza del hombre. Aun quienes sostienen las más añosas doctrinas aristocratizantes no pueden dejar de reconocer que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene el derecho a que se proteja su salud.⁷

⁶ *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979, pp. 211 y siguientes.

⁷ Es interesante, en ese sentido, señalar que el artículo 2o. de la Ley del Seguro Social (*Diario Oficial* del 12/III/73) establece que "la seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho humano a la salud".

No es improbable que como el derecho que comentamos no goza de tutela jurisdiccional, algún cínico social desestime la importancia de su constitucionalización, porque a menudo los legos en derecho dan a su naturaleza coercitiva un voto de confianza que no merece. Quien trabaja con normas jurídicas sabe que el derecho es más que un instrumento de coacción; sabe que el derecho –como ha dicho en páginas penetrantes Georges Burdeau–, su idea, es una representación del futuro, es creador del futuro social, porque es el motor de la dinámica política.⁸

El derecho es el coordinador de los valores sociales en juego dialéctico y no mero resorte coactivo.

El uso de la violencia legítima por parte del Estado, tendiente a que se observe una prescripción jurídica, siempre es excepcional y de última instancia. Por lo regular, el destinatario de la norma perfecta –la que puede hacerse efectiva por la fuerza– la cumple espontáneamente, porque coincide con sus valores; porque cree –como dijera Celso– que es arte de lo bueno y de lo justo.

El carácter excepcional de la coerción en las grandes aglomeraciones humanas de nuestros días ha llevado a la decadencia de la misma y a la revalorización política del derecho, así como a acentuar su carácter de proyecto social fincado en el consenso.

En 1983 se adicionó la Constitución para consagrar un nuevo derecho social: el derecho a la protección a la salud. La parquedad del nuevo dispositivo constitucional no impidió que el Poder Constituyente Permanente proporcionara lineamientos fundamentales para el cumplimiento del programa de salud que contiene la norma fundamental:

⁸ *Tratado de Ciencia Política*, México, UNAM, 1982, tomo I, volumen II.

a) A diferencia del derecho que en el campo de la salud otorga a los menores el último párrafo del artículo 4o. de la Constitución, el nuevo párrafo no restringe el carácter de sujeto pasivo (los padres y el Estado). Al no hacer esa precisión, y tomando en cuenta lo asentado en la exposición de motivos del Presidente De la Madrid, están obligados a proveer la protección de la salud el Estado, la sociedad y el propio interesado. Si no concurren armónicamente Estado, sociedad e individuo, el programa constitucional no podrá encontrar efectividad razonable.

b) El Constituyente, por otro lado, recogió una expresión más realista ("*derecho a la protección de la salud*") que la que estaba en boga tanto en los foros científicos como en los políticos ("*derecho a la salud*"), adscribiéndose así a la declaración americana de derechos humanos ("*preservación de la salud*") y a buena parte del constitucionalismo moderno.

"Proteger" la salud en lugar de asegurar el goce de la salud, es una postura programática mucho más sensata y viable.

c) El nuevo párrafo del artículo 4o. constitucional previene que la salubridad general se distribuirá entre la Federación y las entidades federativas, o sea, que para hacer frente al asunto sanitario habrán de concurrir esos dos niveles de gobierno, más el nivel municipal, puesto que las atribuciones de éste son fijadas por las legislaturas locales.

La suma de los esfuerzos de la Federación, las entidades federativas y los municipios responde no sólo a un sano federalismo, sino también a un inteligente pragmatismo, ya que, sin su concurso, la acción sanitaria federal sería ineficaz.

En este aspecto conviene hacer reflexiones más detenidas. Desde la adición que en 1908 se hizo a la Constitución General es competencia de la Unión la *salubridad general de la República*, en tanto que quedó a los estados la competencia residual de la salubridad local.⁹ La Constitución de 1917, con la excep-

⁹ Diego Valadés, "Salud y federalismo", en *Cuadernos de la Coordinación de los Servicios de Salud*, México, Presidencia de la República, 1982.

ción de que instituyó el Consejo de Salubridad General y el Departamento de Salubridad (sustituidos por la Secretaría de Salubridad y Asistencia y más tarde por la Secretaría de Salud), no precisa la distribución de competencias sanitarias entre la Unión y los estados y deja, por tanto, que el legislador ordinario haga el reparto consecuente. Sin embargo, los códigos sanitarios, más que efectuar esa repartición, "federalizaron" la materia, ensanchando injustificadamente el concepto *salubridad general*.

La adición de 1983 responde al propósito de revertir ese proceso centralizador y previene el carácter concurrente de la materia sanitaria: "La ley establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades en materia de salubridad general..." Es decir, que las entidades federativas serán competentes en cuanto a la salubridad local y concurrirán con la Federación en la salubridad general, según lo disponga la legislación secundaria. Al efecto, se antoja necesario precisar el concepto "concurrente" a la luz de la doctrina y de la Constitución.

Un buen número de prestigiados constitucionalistas mexicanos ha hecho suya la teoría norteamericana de las facultades *concurrentes y coincidentes*:

Las primeras, dicen los constitucionalistas del vecino país, son las que pueden ejercerse por los estados, en tanto no lo hace la Unión. Una vez legisle ésta, la legislación local es abrogada. Las segundas, las coincidentes, son aquéllas de que están revestidos tanto la Unión como los estados. Si bien no se puede dejar de reconocer el esfuerzo doctrinal que apuntamos, debe considerarse que la Constitución Mexicana ha desestimado ese manejo terminológico: la fracción XXIX-C del artículo 73, en 1976, y el párrafo cuarto del artículo 4o., en 1983, denominan competencia "concurrente" a la que la teoría norteamericana tiene por "coincidente".

Así, el precepto invocado en primer término dispone que el Congreso está facultado "para expedir las leyes que establezcan la *conurrencia* del Gobierno Federal, de los estados y de los municipios en el ámbito de sus respectivas competencias,

en materia de asentamientos humanos..." La exposición de motivos de la iniciativa de adiciones constitucionales de 1976 aclara que no se está haciendo nuestra la postura norteamericana, cuando dice que "la multiplicidad de elementos y competencias que inciden en el fenómeno urbano nos lleva al principio de que la estructura jurídica que dé regulación al mismo deberá establecer la *conurrencia* de los tres niveles de gobierno a través de nuevas formas de colaboración de las entidades federativas entre sí, y de éstas con la Federación, como única forma de hacer congruente al federalismo, dentro de un cauce de responsabilidad institucional compartida".

La adición al artículo 4o. se ajusta, consiguientemente, a la postura que asumió el Poder Revisor al añadir la fracción XXIX-C del artículo 73, quedando la doctrina que comentamos abandonada en el cubículo de los estudiosos apartados de la vida constitucional.

Otro aspecto que invita a la reflexión es el relativo al reparto de la competencia a través de la ley secundaria: la Constitución es la norma que en un sistema federal distribuye la competencia entre los poderes nacionales y los estados, pero en casos excepcionales previene ella misma que esa distribución la lleve a cabo el legislador ordinario con sujeción a los principios que la propia Constitución establezca. El artículo 3o., en su fracción IX, dice que "el Congreso de la Unión, con el fin de unificar y coordinar la educación en toda la República, expedirá las leyes necesarias, destinadas a *distribuir la función social educativa entre la Federación, los estados y los municipios*, a fijar las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público y a señalar las sanciones aplicables a los funcionarios que no cumplan o no hagan cumplir las disposiciones relativas, lo mismo que a todos aquellos que las infrinjan". Por otra parte, la Ley General de Asentamientos Humanos, con base en el artículo 73 constitucional, según se manifestó en la exposición de motivos, "tiene por objeto *establecer la adecuada conurrencia* de las entidades federativas, de los municipios y de la Federación en dicha materia".

Otro tanto resolvió la Constitución en materia de salubridad porque, como dice el maestro Felipe Tena Ramírez: "Lo único singular en tratándose de salubridad consiste en que la distribución, o por mejor decir, la sustracción de facultades para integrar la competencia federal, en ciertos casos la realiza el Congreso de la Unión en funciones típicamente de Constituyente."¹⁰

Para justipreciar el alcance del nuevo párrafo cuarto ha de tenerse en la memoria que durante siglos, desde su fase española, la salubridad fue esencialmente competencia municipal. Gómez de la Serna, en sus *Instituciones del derecho administrativo español*, en las que recoge las lecciones que dictó en la primera mitad del siglo pasado,¹¹ señalaba que entre las atribuciones más importantes que las municipalidades ejercían figuraban las de "cuidar de la policía de salubridad, admitir y controlar facultativos y ejercer la inspección en los ramos de beneficencia".

En la *Novísima Recopilación* se decía que el objeto de la ley sanitaria "está sujeto a diversas circunstancias que no permiten establecer reglas generales sobre él; la autoridad local, por medio de bandos, establece las que cree necesarias para corresponder a la sagrada obligación que le impone su autoridad sobre la salud pública".¹²

Para terminar este punto, conviene traer a consideración el juicio del profesor Daniel Moreno: "Existen casos, pocos por cierto entre nosotros, en los que los estados pueden legislar coincidiendo con el Congreso General. El ejemplo típico es el de la educación. En tales casos se habla de facultades *concurrentes* o *coincidentes*."¹³

¹⁰ *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983, p. 377.

¹¹ *Instituciones del derecho administrativo español*, Imprenta de Vicente de Zalama, tomo I, p. 123.

¹² *Derecho constitucional mexicano*, México, Editorial Pax-México, 1976, p. 371.

¹³ "La Federación y los estados en los términos de Ley, podrán convenir la asunción por parte de éstos del ejercicio de sus funciones, la ejecución y aplicación de obras y la prestación de servicios públicos, cuando el desarrollo económico y social lo haga necesario."

d) El artículo 4o. reformado dispone que la legislación reglamentaria "definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud", pero con muy buen sentido no previene que ese acceso a los servicios de salud sea necesariamente *gratuito*. La ley secundaria podrá determinar criterios de solidaridad social y de equidad para que el costo de los servicios sanitarios se cargue al usuario conforme a su condición socioeconómica. Los servicios de salud, que prestan los sistemas de seguridad social primordialmente, seguirán descansando en el concepto de capacidad contributiva.

La adición que comentamos observó el carácter sintético que postulan los constitucionalistas pulcros. Harrison, en el breve libro que escribió para agrupar sus reflexiones sobre la Constitución una vez abandonada la Presidencia de la Unión Americana decía, a finales de la pasada centuria, que "una Constitución debe trazar, y generalmente traza, sólo los grandes y permanentes lineamientos. Deja los detalles y lo transitorio a las legislaturas. Es sólo un contorno o armazón".¹⁴ Castillo Velasco, el ameritado publicista decimonónico, decía precisamente sobre la materia sanitaria que "los reglamentos excesivos sofocan a los pueblos, y suelen ser una rémora para el adelanto de las naciones nuevas".¹⁵

El nuevo párrafo tercero del artículo 4o. constitucional es la médula del programa de salud del Estado mexicano, es el mejor acicate para la acción pública en materia sanitaria y es, en suma, un precepto al que deberán acomodarse las grandes decisiones que tomen los poderes públicos en cuanto a asignación de recursos y la descentralización de la vida nacional.

¹⁴ *Vida constitucional de los Estados Unidos*, Nueva York, Doubleday, Page and Company, 1919, p. 6.

¹⁵ *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*, México, impreso por Castillo Velasco e hijos, 1975, tomo I, p. 239.