

CAPÍTULO PRIMERO

APROXIMACIÓN DEL BINOMIO DERECHO Y SALUD

I. EL MARCO DE REFERENCIA CONCEPTUAL

Es indispensable situar la definición del derecho, de menara general, para poder, concretamente, determinar la construcción de una definición sobre derecho sanitario, determinando sus elementos y características. En la concepción del “derecho” se han vertido una gran diversidad de tendencias en las posiciones ideológicas y filosóficas existentes; ahora bien, su vinculación con el tema de salud tiene cada día una mayor relevancia, teniendo como objetivo principal y medular el carácter facultativo que le marca la naturaleza de la ley.

En la antigua Grecia, Platón² concibió la creación del orden legal (del derecho) como el acto del legislador, quien dicta leyes en beneficio de la comunidad, encontrando su sentido en la idea de justicia, donde el gobierno no es sino un servidor de las leyes para poder cumplir su encargo de administrar. El concepto de “derecho” también ha sido concebido desde la idea de la naturaleza, la cual es una concepción jurídica, estoica y ciceroniana.

Marco Tulio Cicerón afirmaba que la naturaleza del derecho se debe buscar en la naturaleza humana, menciona que el derecho comienza en la ley y que ésta es producto de la razón suprema, comunicada a nuestra naturaleza que manda lo que debe hacerse y prohíbe lo contrario; luego entonces, esa naturaleza de la humanidad racional, en su vinculación entre derecho y salud,

² Platón, *Las Leyes*, México, Porrúa, 2008, pp. 150-153.

hace detonar su importancia y simbiosis para conjugar la denominación de “derecho sanitario”.³

Otra acepción del derecho lo atribuye como un producto comunitario, concepción que ha sido adjudicada a Richard Hooker y Thomas Smith,⁴ quienes consideran al derecho como un orden constitucional básico en que vive el pueblo y en el cual encuentra su soporte en temas generales y comunes para la sociedad, como la salud frente al Estado desde su basamento constitucional.

Gustavo Radbruch define al derecho como “el conjunto de las normas generales y positivas que regulan la vida social”.⁵ ¿El conjunto de normas generales en materia de salud, positivas y además vigentes pueden determinar la disciplina del derecho sanitario? Sí, si se utilizan para regular a la sociedad en su interacción con el sistema de salud en los diversos países del mundo.

Por otro lado, John Austin⁶ ha concebido al derecho como jurisprudencia analítica, pues menciona que la ley es mandato del soberano, limitando el estudio del derecho a los conceptos más generales que ofrece un determinado orden normativo, recomendando tratar sistemática y críticamente las expresiones básicas de todo orden normativo que son objeto de un análisis jurídico. El derecho sanitario ofrece un orden normativo en el sistema de salud que obedece a su análisis operativo y justo, para ser actualizado y adecuado a sus expresiones básicas del servicio como objeto de su existencia regulatoria.

³ Ideas que pueden ser consultadas en la versión de Pimentel Álvarez, Julio, *De la obra de Marco Tulio Cicerón en defensa de Murena*, México, UNAM, 2012, pp. 12-26.

⁴ Cfr. Trías Monge, José, *Teoría de adjudicación*, Puerto Rico, Universidad de Puerto Rico, 2000, pp. 69-82.

⁵ Radbruch, Gustavo, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 47.

⁶ Austin, John, “Una súplica por excusas”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1956-7, trans. de Andrew Chrucky, 23 de agosto de 2004. Disponible en: <http://www.diltext.com/austin/plea.html> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2018).

En la época de la Ilustración, Juan Jacobo Rousseau⁷ concibió al derecho como producto de la voluntad general, en donde las voluntades políticas individuales de los hombres que viven en sociedad producen la voluntad general o poder soberano por medio de un contrato social, y que éste se traduce en las leyes que el titular de la soberanía se da a sí mismo. La voluntad general, expresada y cedida para constituir el poder soberano del pueblo, propicia la interacción social para que, en materia de salud, sea justificada la existencia de la ley misma.

Robert Alexy señala que otra forma de conceptualizar al derecho se da desde su naturaleza cognitiva y sus posibilidades teóricas y prácticas:

El concepto de derecho se refiere a una entidad que conecta lo real con lo ideal de una manera necesaria. A pesar de su anclaje en el mundo real, el derecho no puede ser reducido a una clase natural o a un objeto, tal como ocurre con los conceptos de agua, agujero negro o matar. El concepto de derecho representa un paradigma de un concepto de una clase no-natural que está intrínsecamente ligado con clases naturales.⁸

La naturaleza cognitiva de la medicina se ve ejecutada y practicada bajo la vida ordenada y regulatoria de las leyes que constituyen la justificación y operación del sistema nacional de salud en la estructura del propio Estado.

Como podemos apreciar, estas son sólo algunas posturas en cuanto al concepto de “derecho” y su vinculación por justificar la naturaleza y objetivo del derecho sanitario; de ellas concluimos que, cualquiera que sea la posición ideológica que se tome, podemos afirmar que el derecho y, consecuentemente, el derecho sanitario son construcciones semánticas y lingüísticas de la salud y la medicina, logrando su enunciación a través de diversos textos legales de la materia.

⁷ Rousseau, Jacobo Juan, *El contrato social*, Madrid, Tauro, 1971.

⁸ Alexy, Robert, *Filosofía del derecho*, España, Marcial Pons, 2008, p. 78.

Algunos autores determinan este aspecto a partir de la denominación de norma jurídica, y debe ser así si se tiene como fin regir la conducta humana —en el caso que nos ocupa respecto a la convivencia o interacción de los sistemas de salud, al interior o exterior de los mismos— y con el objetivo de alcanzar, a través de su eficacia —es decir, del grado de aplicación o positivización—, que efectivamente contemple la ley los servicios y operación de los sistemas de salud. Ronald Dworkin lo refiere al señalar que “Los filósofos del derecho sostienen que seguimos reglas compartidas al utilizar cualquier palabra: estas reglas establecen criterios que proporcionan el significado de la palabra. Nuestras reglas para utilizar el derecho unen el mismo al hecho histórico evidente”.⁹

Reglas que constituyen al derecho sanitario mediante los criterios que son proporcionados o alimentados por el significado de las palabras en la ciencia médica o ciencia de la salud. En este sentido, el objeto de estudio del derecho sanitario es la norma jurídica en salud, Gustavo Zagrebelsky refiere que “con la palabra norma, se alude a que algo deba ser o producirse; en particular, a que un hombre deba comportarse de determinada manera”.¹⁰

Se debe especificar que no cualquier tipo de normas serán las vinculantes en temas de salud, pues existen algunas de trato social, religiosas y morales, todas ellas con sus respectivas características, y que a continuación se muestran con el fin de que queden mayormente establecidas estas diferencias básicas:

⁹ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general de derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Barcelona, Gedisa, 2008, p. 35.

¹⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2005, p.109.

<i>Tipo de norma</i>	<i>Aceptación</i>	<i>Jurisdicción</i>	<i>Origen</i>	<i>Violación</i>	<i>Pena</i>
Jurídica	Coercitiva	Impersonal	Estado	Delito	Sanción
Trato social	Voluntaria	Individual	Sociedad	Falta	“El ridículo”*
Religiosa	Voluntaria	Individual	Espiritual	Pecado	“Castigo divino”*
Moral	Voluntaria	Individual	Conciencia	Falta	Remordimiento

* Estas no son sanciones propiamente, sino creencias o estados de ánimo relacionados con los valores individuales de cada persona.

Bajo este orden de ideas, la singularidad de las leyes debe ser tomada de la misma manera, con la idea de poder determinar la distinción entre norma jurídica en materia de salud y ley en materia de salud; en este sentido, la norma es lo genérico y la ley es una especie de norma emanada del procedimiento legislativo en materia de salud desde el momento de su creación, tal y como son: la iniciativa, la discusión, la aprobación, la sanción, publicación o la iniciación de la vigencia.¹¹

Ahora bien, dentro del orden de las normas jurídicas en materia de salud, es decir, dentro de las características relacionadas entre sí por su creación, validez y eficacia que adopta el Estado para determinar y regular la vida del ser humano en la sociedad respecto a su marco legal en salud, deben considerarse dos clases de leyes:

a) *Norma constituyente en salud.* Es la primera norma que determina la validez de todo un sistema jurídico en materia de salud, esto es, la Constitución, la cual debe entenderse como:

La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en el objeto de medición. Es destinada en favor de una ins-

¹¹ Como es referido en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 71 y 72, dentro del título “De la iniciativa y formación de las leyes”.

tancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales.¹²

Sin embargo, dicha potestad es superada respecto a los tratados en materia de derechos humanos, siendo descriptivamente humanizados en protección de los derechos a la salud, también denominada humanidades médicas en su protección de los derechos humanos.

b) *Normas constituidas en salud*. Son todas aquellas normas derivadas del constituyente y que solamente tendrán validez jurídica si se apegan a lo que las reglas y principios constitucionales le determinan para lograr la aspiración en la protección a la salud.

Estas normas pueden ser, a su vez —de acuerdo con el ámbito de aplicación en materia de salud—, de carácter nacional o local. La ley debe ser establecida bajo el carácter general y abstracto.

La generalidad es la esencia de la ley en el Estado de derecho. En efecto, el hecho de que la norma legislativa opere frente a todos los sujetos de derecho, sin distinción, está necesariamente conectado con algunos postulados fundamentales del Estado de derecho, como la moderación del poder, la separación de poderes y la igualdad ante la ley.¹³

Se debe señalar que los reglamentos y las normas oficiales de salud son emanados bajo una característica adjetiva, es decir, con la idea de poder enunciar un procedimiento operativo o práctico de salud.

Ahora bien, la disciplina de derecho sanitario es establecida desde sus fundamentos originarios por la OMS, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York en 1946, la cual tiene como finalidad —según lo establece su

¹² Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 40.

¹³ *Ibidem*, p. 29.

artículo 1o.— alcanzar el grado más alto posible de salud para todos los pueblos.¹⁴ Así, el derecho sanitario, visto por algunos tratadistas, será “el derecho [que] dicta normas para reglamentar la salubridad pública”.¹⁵

El Derecho Sanitario es una rama transversal emergente del derecho que regula las relaciones jurídicas que tienen por objeto la salud humana individual y colectiva, y su protección, incluyendo las conductas, procesos, actividades, condiciones, servicios y productos pertinentes para su prevención, preservación, promoción, conservación y mejoramiento, así como en su vinculación con otros derechos fundamentales de los seres humanos interdependientes y los determinantes que pueden tener efectos significativo sobre ellos, considerando sus múltiples variables políticas, biológicas, científicas, sociales, ambientales, ecológicas, económicas financieras o de cualquier otra naturaleza, incluyendo la salud pública, la actuación profesional y la resolución de conflictos biojurídicos.¹⁶

La definición anterior describe más ampliamente su cobertura y determinación en su carácter inter y multidisciplinario con otras áreas. Ahora bien, para otros autores, el derecho sanitario “es una entidad científica instrumental esencial en la planificación, gestión, administración y tutela sanitaria, y es una dinámica de desarrollo e innovación del ordenamiento jurídico”.¹⁷ Retomando su justificación científica, se puede señalar que, des-

¹⁴ Disponible en: <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/SP/constitucion-sp.pdf?ua=1> (fecha de consulta: 29 de mayo de 2018).

¹⁵ Quero Molares, José, “El derecho sanitario mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 49, enero-marzo de 1963, p. 144. Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/49/dtr/dtr8.pdf> (fecha de consulta: 29 de mayo de 2018).

¹⁶ Madies, Claudia Viviana, voz “Derecho sanitario”, *Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria*, Argentina, marzo de 2017. Disponible en: <http://www.salud.gov.ar/dels/entradas/derecho-sanitario> (fecha de consulta: 29 de mayo de 2018).

¹⁷ Antequera Vinagre, José María, *Derecho sanitario y sociedad*, Madrid, Díaz de Santos, 2006, p. 2.

de su instrumentación, el derecho sanitario proporciona un conjunto de enunciados semánticamente ordenados en la lingüística, mismos que dan forma a lo que se denomina “ordenamiento jurídico”.

La Asociación Española de Derecho Sanitario, nacida en 1992 con la idea de realizar encuentros y temas de interés en derecho y medicina, ha denominado al derecho sanitario como:

[la] expresión acuñada de una realidad que, por un lado, supera el viejo término asistemático de legislación sanitaria y, por otro, hace referencia a una nueva disciplina emergente, que tiene que definir el sector acotado de su realidad (las relaciones entre los usuarios o pacientes y el Sistema Nacional de Salud y, fundamentalmente, entre aquellos y el médico o los profesionales sanitarios) y los principios que la sirvan de fundamento. [En el artículo 4o. de su Estatuto, claramente señala que] La Asociación Española de Derecho Sanitario tiene por fin favorecer, mediante sus actividades, la organización, promoción, difusión y progreso de estudios e investigaciones relacionados con el Derecho Sanitario y con la salud y su protección en relación con las normas jurídicas.¹⁸

Por su parte, Octavio Casa Madrid Mata afirma que:

...el derecho sanitario se integra con los precedentes consuetudinarios al curar y aliviar el dolor; es decir, en la integración de la *lex artis ad hoc* participa el médico al atender el caso concreto. [Esta] locución latina... literalmente “ley del arte”, también entendida como “estado del arte”, se refiere a un conjunto de reglas técnicas o estándares de cumplimiento necesario por el personal de salud.¹⁹

El Poder Judicial mexicano señala que esta locución debe entenderse como:

¹⁸ Disponible en: <http://www.aeds.org/information+estatutos> (fecha de consulta: 29 de mayo de 2018).

¹⁹ Tena Tamayo, Carlos y Casa Madrid Mata, Octavio (coords.), *Medicina asertiva. Acto médico y derecho sanitario*, México, Alfil, 2008, pp. 81-86.

LEX ARTIS AD HOC. SU CONCEPTO EN MATERIA MÉDICA. La medicina no es una ciencia exacta, por lo que no puede pronosticar ni asegurar resultados favorables en todos los casos, dado que hay limitaciones propias del profesional en la interpretación de los hechos, como cuando el cuadro clínico no se manifiesta completamente, el paciente no comprende los riesgos y beneficios de un procedimiento diagnóstico o terapéutico, o entrega información incompleta de sus síntomas; además, las circunstancias en que se da una relación clínica pueden limitar la certeza del diagnóstico y la eficacia de medidas terapéuticas. En estas condiciones, dada la gran variabilidad y complejidad que rodean a una condición clínica concreta, algunas dependientes del profesional, otras de las condiciones particulares del paciente, de los recursos o infraestructura que se disponga y, finalmente, por las circunstancias que la rodean, es imposible aplicar la misma normativa en todos los casos, sino que éstas deben adecuarse al caso concreto. Por tanto, puede decirse que la *lex artis ad hoc* es un concepto jurídico indeterminado que debe establecerse en cada caso, en el que el médico, a través de un proceso de deliberación, aplica las medidas con prudencia a la situación clínica concreta y en la medida de las condiciones reinantes. En la órbita del derecho comparado, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español ha delineado paulatinamente el referido término hasta definirlo como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina-ciencia o arte médico que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria— para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado). CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.²⁰

²⁰ Revisión fiscal 147/2013. Titular de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la Función Pública, encargado de la defensa jurídica del

En este sentido, la relación médico-paciente es valorada para ser encaminada al correcto acto médico ejecutado, además de que permite deducir la *lex artis ad hoc* con la certeza del diagnóstico y la eficacia de medidas terapéuticas, lo que se afirma como parte de la integración del derecho sanitario; sin embargo, no se podría establecer que su objetivo sólo se limita a las reglas del acto médico, sino, además, a tutelar los procesos de producción bajo los cuidados de calidad de todos los productos con que tiene contacto el ser humano.

Puede entonces considerarse al derecho sanitario como una disciplina jurídica autónoma de naturaleza interdisciplinaria, que lo hace actuar en diferentes campos del derecho, utilizando instituciones tradicionales del mismo conforme a la ciencia jurídica clásica (derecho constitucional, civil, penal, etc.), y creando otras a fin de satisfacer estos nuevos y actuales requerimientos normativos de su objeto de análisis, adoptando una perspectiva integradora que debe y puede superar los desafíos que propone la ciencia que estimula y da existencia a sus disposiciones.²¹

Ahora bien, es claro que la ciencia converge en los aspectos jurídicos y de la medicina: “Las ciencias, en su desarrollo histórico, van incorporando términos lingüísticos para nombrar sus descubrimientos y sus nuevos conceptos. Pero esos nuevos términos son elegidos o construidos siguiendo criterios que son varia-

titular del Área de Responsabilidades del Órgano Interno de Control en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. 20 de junio de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Décima Época, Registro: 2004722 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de tesis: aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXV, t. 3, octubre de 2013, Materia(s): Administrativa. Tesis: I.4o. A.92 A (10a.), p. 1819. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/wfDetalleTesis.aspx?SN=1&Clase=DetalleTesisBL&ID=2004722&Expresion=lexartis> (fecha de consulta: 4 de junio de 2018).

²¹ Tena Tamayo, Carlos y Casa Madrid Mata, Octavio, (coords.), *op. cit.*, p. 330.

bles, porque son dependientes de las circunstancias y teorías de cada momento histórico”.²²

Mario Bunge considera que “el concepto de ser vivo u organismo se presenta en la vida diaria, en la ciencia pura y aplicada, y en las humanidades, desde la biología hasta la biotecnología, y desde las ciencias sociales hasta la filosofía”.²³ El derecho sanitario une dichas características, como quehaceres de la construcción de sus saberes teóricos y prácticos, pues la teoría “consiste en poner en orden coherente un conjunto de ideas que fueron o que serán confrontadas con la experiencia”.²⁴

Así, el derecho sanitario se debe entender como una rama del derecho, con los aspectos interdisciplinarios y multidisciplinarios, contruidos lingüísticamente con la idea lógica de poder determinar el conocimiento de la regulación jurídica en el ámbito del quehacer de la medicina y el derecho, con el imperante propósito u objetivo esencial que es la conservación de la vida humana en la protección del Estado.²⁵

Nuestro futuro y sobre todo la calidad humana del mismo, está cada vez más ligado a eso increíbles poderes que, movidos por la lógica de su propio interés, pueden carecer de límites, y he aquí la fortaleza del derecho para evitar desmanes y afirmar el servicio al hombre al que desde siempre y para siempre está convocados el derecho y sus operadores.²⁶

²² Sánchez González, Miguel Ángel, *Historia de la medicina y humanidades médicas*, Madrid, Elsevier, 2012, p. 420.

²³ Bunge, Mario, *Epistemología*, México, Siglo XXI, 1980, p. 97.

²⁴ Hamburger, Jean, *La filosofía de las ciencias, hoy*, México, Siglo XXI, 2003, p. 32.

²⁵ Entendiendo al Estado con sus elementos: territorio, población y gobierno, como lo afirmaba Jorge Jellinek en su libro *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1970, pp. 101-104; o véase Reyna Lara, Mauricio, *El Estado democrático de derecho en México y sus mecanismos de participación ciudadana*, México, Porrúa, 2010, pp. 44-49.

²⁶ Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 24.

II. PRINCIPIOS DEL DERECHO SANITARIO

1. *Principio de legitimación constitucional*

Debe realizarse una aproximación desde una perspectiva de los valores y principios constitucionales (legitimación máxima).²⁷

Este principio no solo determina el basamento constitucional federal en el caso de México, además, hace referencia internacional, como es el caso de la Constitución de la OMS, así como de los tratados, declaraciones, convenciones internacionales en materia de derechos humanos, desde donde se especifica la importancia de proteger la salud y la vida. La Constitución de la OMS²⁸ define a la salud como

...un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. “El reconocimiento constitucional de la protección de la salud como derecho fundamental se deriva la necesidad de contar con un conjunto de garantías institucionales y recursos financieros, materiales y humanos para lograr su respeto y satisfacción, y reforzar los determinantes básicos de la salud”.²⁹ “[E]n la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad”.³⁰

2. *Principio de calidad jurídica de procesos*

Deben objetivarse y analizarse las variables jurídicas que pueden adherirse a todos los procesos asistenciales-sanitarios y

²⁷ Antequera Vinagre, José María, *op. cit.*, p. 7.

²⁸ Disponible en: <http://apps.who.int/gb/bd/s/> (fecha de consulta: 7 de junio de 2018).

²⁹ Murayama, Ciro y Ruesga, Santos M. (coords.), *Hacia un sistema nacional público de salud en México*, México, UNAM-Cámara de Senadores, 2016, p. 307.

³⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 40. La idea unificadora constitucional sobre la salud, desde su carácter internacional y nacional, para contemplarla como principio fundamental frente al Estado

organizativos, y así evitar disfunciones o fuerzas disruptoras. Este principio fundamenta su influencia en otorgar seguridad jurídica y confort en la administración sanitaria y en los profesionales sanitarios.³¹

Se trata de vincular leyes, reglamentos y normas oficiales de salud que puedan dar claridad a los administradores de la salud, así como a su personal y usuarios de los servicios, permitiendo regular su operatividad, producción, vigilancia, permanencia y mejora en los sistemas de salud de cada uno de los Estados, al interior, y con su participación, al exterior, de manera internacional.

DERECHO A LA SALUD. IMPONE AL ESTADO LAS OBLIGACIONES DE GARANTIZAR QUE SEA EJERCIDO SIN DISCRIMINACIÓN ALGUNA Y DE ADOPTAR MEDIDAS PARA SU PLENA REALIZACIÓN.

Del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, según el cual toda persona tiene derecho a la salud, derivan una serie de estándares jurídicos de gran relevancia. El Estado mexicano ha suscrito convenios internacionales que muestran el consenso internacional en torno a la importancia de garantizar al más alto nivel ciertas pretensiones relacionadas con el disfrute de este derecho, y existen documentos que esclarecen su contenido y alcance jurídico mínimo consensuado. Así, la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, por ejemplo, dispone que el derecho a la salud garantiza pretensiones en términos de disponibilidad, accesibilidad, no discriminación, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud y refiere que los poderes públicos tienen obligaciones de respeto, protección y cumplimiento en relación con él. Algunas de estas obligaciones son de cumplimiento inmediato y otras de progresivo, lo cual otorga relevancia normativa a los avances y retrocesos en el nivel de goce del derecho. Como destacan los párrafos 30 y siguientes de la Observación citada, aunque el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé la

³¹ Antequera Vinagre, José María, *op. cit.*, p. 7.

aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representa la limitación de los recursos disponibles, también impone a los Estados obligaciones de efecto inmediato, como por ejemplo las de garantizar que el derecho a la salud sea ejercido sin discriminación alguna y de adoptar medidas para su plena realización, que deben ser deliberadas y concretas. Como subraya la Observación, la realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado periodo no priva de contenido significativo a las obligaciones de los Estados, sino que les impone el deber concreto y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia su plena realización. Al igual que ocurre con los demás derechos enunciados en el Pacto referido, continúa el párrafo 32 de la Observación citada, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud.³²

Esta condición determina el estándar internacional para poder ser aplicado en México, según la misma tesis referida de interpretación basada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en 1966, donde se establece el compromiso de los gobiernos por establecer y garantizar el derecho a la salud de manera progresista y avalando jurídicamente la realización y posibilidad de otorgar el derecho a la salud, sobre el valor más alto posible de la humanidad.

³² Amparo en revisión 315/2010. Jorge Francisco Balderas Woolrich. 28 de marzo de 2011. Mayoría de seis votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, Jorge Mario Pardo Rebollo, Luis María Aguilar Morales y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarías: Francisca María Pou Giménez, Fabiana Estrada Tena y Paula María García Villegas Sánchez Cordero. El Tribunal Pleno, el 4 de julio en curso, aprobó, con el núm. XVI/2011, la tesis aislada que antecede, México, Distrito Federal, a 4 de julio de 2011. Novena Época. Registro: 161333. Instancia: Pleno. Tipo de tesis: aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIV, agosto de 2011. Materia(s): Constitucional, Tesis: P. XVI/2011, p. 29, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/wfDetalleTesis.aspx?SN=1&Clase=DetalleTesisBL&ID=161333&Expresion=DERECHO%20A%20LA%20SALUD> (fecha de consulta: 4 de junio de 2018).

Artículo 12. 1. Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados parte 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.³³

El principio de seguridad jurídica, para poder garantizar la protección al derecho a la salud, radica en sus procedimientos y la naturaleza de sus servicios, mismos que van desde la prevención hasta la atención y rehabilitación.

El derecho a la salud se considera un derecho humano fundamental básico. Es evidente que es imposible garantizar a todos una salud perfecta; por tanto, es preferible hablar del derecho a la atención a la salud. Por su parte, la atención a la salud comprende una gama variada de servicios, que van desde la protección ambiental, la prevención y promoción de la salud, hasta el tratamiento y rehabilitación de la vida del hombre en sociedad. Por lo tanto, la protección de la salud no se limita a la aplicación de tratamiento y a la promoción de la salud exclusivamente; involucra a todas las actividades relacionadas con la salud en los campos de saneamiento, ingeniería ambiental, vivienda, urbanización, agricultura, educación y bienestar social, factores todos ellos que determinan la salud directamente, y que se han considerado como una responsabilidad de la sociedad. Por su origen, el derecho de

³³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Disponible en: http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/PIDESC_1966_ES.pdf (fecha de consulta: 18 de junio de 2018).

protección de la salud está vinculado al derecho asistencial y al de la seguridad social.³⁴

3. *Principio de tutela del sistema nacional de salud*

Este principio se justifica desde una visión del derecho sanitario que asiente y fomente los vectores esenciales y definidores de nuestro sistema sanitario.³⁵

A lo que atañe este principio es a que cada país pueda contener, como principio rector de su Estado, los objetivos definitivos de su sistema nacional de salud. Para México, éstos estarían descritos desde lo que establece el sistema nacional de salud, al constituirse en el ámbito de la administración federal, local, social y privado, así como de sus objetivos.³⁶ En los principios básicos de la Constitución de la OMS,³⁷ se determina la exigencia de los gobiernos como: “[aquellos que] tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas”.

Cabe destacar que una de las legislaciones más actuales en México es la Constitución de la Ciudad de México, en la cual se advierte con mayor descripción lo que debe entenderse como la protección del derecho a la salud, particularmente en su artículo 9o., inciso D, éste describe enunciativamente dicho derecho a la salud, física y mental, con las mejores prácticas médicas que sean posibles y de calidad.

Toda persona tiene derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, con las mejores prácticas médicas, lo más avanzado del conocimiento científico y políticas activas de prevención, así

³⁴ Márquez Romero, Raúl (coord.), *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo D-H, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 1102.

³⁵ Antequera Vinagre, José María, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

³⁶ Ley General de Salud. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgs.htm> (fecha de consulta: 5 de junio de 2018).

³⁷ Disponibles en: <http://apps.who.int/gb/bd/s/> (fecha de consulta: 7 de julio de 2018).

como al acceso a servicios de salud de calidad. A nadie le será negada la atención médica de urgencia.³⁸

Esto queda determinado jurídicamente en la legislación para el cumplimiento del principio de derecho sanitario y, de acuerdo con el estándar internacional que establece, no se debe condicionar la atención ni los derechos en la salud.

4. *Principio de defensa de la dignidad y autonomía del ser humano*

El ser humano (el paciente y usuario) debe dinamizar en plenitud su dignidad u autonomía personal en la asistencia sanitaria; el derecho sanitario influye en una coherente visión de pleno desarrollo de tales postulados.³⁹

La protección a la dignidad humana —como un valor principal de la tarea del Estado frente al ser humano— para México queda determinada desde el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

Una vez concebida la identidad de todo ser humano, éste, por el elevado valor que representa su vida y por la naturaleza personal, única e irrepetible que ella ostenta, es poseedor y propietario de un estatus especialísimo, de un valor superior y un carácter sui generis que la doctrina nacional e internacional, y sus respectivos instrumentos jurídicos, han denominado dignidad humana, consecuentemente invocada, pero también, de manera más que frecuente, violada.⁴⁰

Esa relación entre el personal de salud y el paciente se establece con la idea de tener la sensibilidad de humanizarse, es decir:

³⁸ Constitución de la Ciudad de México, art. 9o. Disponible en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-2d3394b382ba95c64e72adaabb4333e7.pdf> (fecha de consulta: 18 de junio de 2018).

³⁹ Antequera Vinagre, José María, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

⁴⁰ García Fernández, Dora y Malpica Hernández, Lorena, *Estudios de derecho y bioética*, México, Porrúa, 2006, p. 2.

Qué define biológicamente la vida y la muerte, y cuál es la libertad del hombre frente a su muerte y frente a su cuerpo. Cuáles son las exigencias éticas que la nueva medicina impone la relación médico-paciente. Cuáles las consecuencias de la predicción de enfermedades para la vida moral de los pacientes. Cómo ejercer una medicina personalizada, humanizada, en un mundo sobrepoblado, donde prevalece un reclamo creciente del indeclinable derecho a la salud.⁴¹

La OMS ha enfocado a los principios de dignidad en el derecho a la salud, como un valor de los principales derechos vinculantes al derecho humano. “La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”.⁴²

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General, en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, establece, en su artículo 25, numeral 1, que

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 y

⁴¹ Vázquez, Rodolfo, *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 36.

⁴² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22 período de sesiones, Ginebra, del 25 de abril al 12 de mayo de 2000. Tema 3 del programa Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general núm. 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf> (fecha de consulta: 7 de mayo de 2018).

otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.⁴³

La salud es determinada en los más altos valores de convivencia y derecho humano de supervivencia, como ejemplo de ello se pueden mencionar el acceso al agua potable, las condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una 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.

No discriminación: el principio de no discriminación procura garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, por ejemplo, discapacidad, edad, estado civil y familiar, orientación e identidad sexual, estado de salud, lugar de residencia y situación económica y social.

Disponibilidad: se deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas de salud.

Accesibilidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

Aceptabilidad: todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, y sensibles a las necesidades propias de cada sexo y del ciclo vital.

Calidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico, y ser de buena calidad.

Rendición de cuentas: los Estados y otros garantes de los derechos son responsables de la observancia de los derechos humanos.

⁴³ Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (fecha de consulta: 7 de mayo de 2018).

Universalidad: los derechos humanos son universales e inalienables. Todas las personas, en cualquier lugar del mundo, deben poder ejercerlos.⁴⁴

Actualmente, en México se determina la protección contra cualquier cosa que dañe la dignidad humana, para una vida digna, y, en Ciudad de México, también a una muerte digna.⁴⁵

5. *Principio de asistencia jurídica*

Es consecuencia del principio de calidad jurídica de procesos; se legitima y fundamenta por ser esencial en el asesoramiento jurídico a profesionales sanitarios, pacientes y organizaciones sanitarias. Es un principio generador de confort jurídico.⁴⁶

El principio de asistencia jurídica en la calidad de la atención en salud, es enunciado, a partir del carácter internacional, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, citado en el principio anterior (número 4); la calidad debe ser la más apropiada posible, conforme a la ciencia y la tecnología, en beneficio de la salud humana; en la Ley General de Salud⁴⁷ se establece, en su artículo 6o., que el sistema nacional de salud tiene como objetivo brindar los servicios de salud a la población bajo el mismo margen de calidad y, a su vez, la población o usuario el derecho a recibirlo con su misma connotación, conforme la misma ley lo establece en su artículo 51.

⁴⁴ OMS, “Salud y derechos humanos”, 29 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health> (fecha de consulta: 7 de mayo de 2018).

⁴⁵ Establecido en la Constitución de la Ciudad de México en su artículo 6o., inciso A, del derecho a la autodeterminación personal. Disponible en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-2d3394b382ba95c64e72adaabb4333e7.pdf> (fecha de consulta: 18 de junio de 2018).

⁴⁶ Antequera Vinagre, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁷ Ley General de Salud. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_110518.pdf (fecha de consulta: 19 de junio de 2018).

La calidad en los procesos del ámbito de salud es un principio prioritario y de progresividad para el sistema de salud de un país. Los procesos de cambio y adaptación se han generado gradualmente con los beneficios que otorga la ciencia y la tecnología.⁴⁸

6. *Principio de innovación jurídica*

El derecho sanitario no debe ser observador de la realidad sanitaria, ni glosador de normas y desarrollos normativos, debe innovar e investigar en paralelo a las nuevas situaciones asistenciales que se generen.

Las nuevas adaptaciones científicas y tecnológicas deben ir de la mano con las adaptaciones legislativas en los temas de salud, un ejemplo de ello es el desarrollo de aplicación del genoma humano, orientado a ser delimitado por el carácter legislativo en la protección a la salud, prevaleciendo el respeto a los derechos y dignidad humana.⁴⁹

7. *Principio de ciudadanía y democracia sanitaria*

La orientación del derecho sanitario ha de ser una apuesta natural de la democracia sanitaria como un fundamento vital del nuevo concepto de “ciudadanía sanitaria”.

⁴⁸ Un ejemplo es el manual que reúne los estándares para implementar el modelo en hospitales en la edición 2018, disponible en: http://www.csg.gob.mx/descargas/pdf/certificacion-establecimientos/modelo_de_seguridad/hospitales/Estandares-Hospitales-Edicion2018.pdf (fecha de consulta: 19 de junio de 2018).

⁴⁹ Como lo que dispone la Norma Oficial Mexicana NOM-012-SSA3-2012, que establece los criterios para la ejecución de investigación para la salud en seres humanos. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5284148&fecha=04/01/2013 (fecha de consulta: 19 de junio de 2018). Así, como lo que establece la Ley General de Salud en su artículo 103 Bis 5. “La investigación científica, innovación, desarrollo tecnológico y aplicaciones del genoma humano estarán orientadas a la protección de la salud, prevaleciendo el respeto a los derechos humanos, la libertad y la dignidad del individuo; quedando sujetos al marco normativo respectivo”. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_110518.pdf (fecha de consulta: 19 de junio de 2018).

Ciudadanía es, desde su enfoque global, una ciudadanía cosmopolita, “donde los vínculos de unión entre ciudadanos se plantean más allá de las fronteras nacionales. Cabe afirmar que estos enfoques no son excluyentes”.⁵⁰ De ahí que la intención es poder determinar una ciudadanía con temas globales, como es la salud misma, que determine una contribución a los grandes temas para la población. Se debe señalar que los cuidados en salud no son exclusivos de una nacionalidad, su contribución infiere en temas internacionales de gobiernos y de ciudadanos.

Dentro de dichos temas, por ejemplo, se tiene al medio ambiente, en donde los procesos de producción en toda la industrialización de objetos garanticen la salud del ser humano a partir de su contacto y su alimentación. La distribución y permanencia de los recursos naturales se vuelve un objetivo prioritario para la salud. La protección de un derecho prioritario, como es la salud mundial, es uno de los objetivos más importantes del derecho sanitario, y por ello brinda un sentido de pertenencia a los derechos y obligaciones, con la intención de restar los problemas de la salud de los ciudadanos.

Según Adela Cortina, “la ciudadanía es una forma de pertenencia legal a una comunidad política, la forma plena de pertenencia que se certifica a través de un documento de identidad o un pasaporte”.⁵¹ Por su parte, atendiendo a la concepción de Jürgen Habermas: “los términos ciudadanía o *citizenship* se utilizan no solamente para significar la pertenencia a la organización que es el Estado, sino también para significar el *status* que, en lo que a contenido se refiere, viene definido por los derechos y deberes ciudadanos”.⁵²

⁵⁰ Pereda, Carlos, *Diccionario de justicia*, México, Siglo XXI, 2017, p. 41.

⁵¹ Cortina, Adela, *Justicia cordial*, Madrid, Trotta, 2010, p. 57.

⁵² Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2010, p. 625.

III. BREVES ANTECEDENTES DEL DERECHO SANITARIO

El derecho sanitario —a partir de su ordenación en la protección del ámbito de salud del ser humano— se justifica desde los antecedentes de la medicina en las civilizaciones más antiguas.

El examen del desarrollo histórico de la medicina en el mundo occidental señala como origen el surgimiento de la escuela hipocrática en la isla de Cos, en el archipiélago griego, en el siglo V a. C. Los primeros documentos pertinentes revelan influencia en el mundo griego de las culturas más antiguas, como los egipcios, fenicios, Israel y Mesopotamia, pero en los 700 años que van del siglo V a. C. al siglo II d. C. el crecimiento de la *polis* ocurrió junto con la afirmación de la cultura helénica clásica.⁵³

Hipócrates ha sido considerado el padre de la medicina, debido a la importancia de las diversas publicaciones que se le atribuyen, identificadas en una colección denominada “*Corpus Hippocraticum*”, del cual, en su contenido, son descritos aspectos tendientes a afirmar el objetivo de la medicina como una actividad preponderante, de obligaciones éticas, tendientes a preservar la vida por los médicos; de la misma forma, se determina la obligación de los enfermos en acompañar, con su cooperación, la prescripción de los médicos con el objetivo de salvaguarda su vida misma.

El objetivo de poder determinar los derechos del médico y del paciente ya eran tenidos como una conducta bajo el valor ético de sus acciones en su propia relación mutua de servicio, con el beneficio de poder atender la salud como un elemento necesario para salvaguarda la vida, sin sufrimiento y con dignidad. Para Ruy Pérez Tamayo, “el objetivo de la medicina es lograr que los hombres y mujeres vivan jóvenes y sanos toda su vida y finalmente mueran lo más tarde que sea posible sin sufrimiento y con dignidad”.⁵⁴

⁵³ Cossío Díaz, José Ramón y Pérez Tamayo, Ruy, *Modelos médicos y modelos jurídicos*, México, Tirant lo Blanch, 2015, p. 15.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 18.

De la misma forma en que surge la necesidad por la medicina, sobreviene la presencia de un experto que auxiliara a sus semejantes dotado de conocimiento para poder apoyarlo y curarlo, de esta manera se configura la necesidad de poder regular, jurídicamente, la relación médico-paciente, al principio vagamente y no con el rigor de nuestros días, pero sí con la idea de conducir y orientar el conocimiento bajo principios éticos derivados de las relaciones entre ambos actores.

De ahí que, desde el Juramento Hipocrático del siglo V a. C., hasta lo que engloba los derechos humanos de la salud y sus documentos bioéticos —como la Declaración de Helsinki—⁵⁵ se determina lo que el médico debe considerar mejor para su paciente, velando siempre por su salud; el conocimiento de la medicina debe subordinarse al cumplimiento de ese deber.

La medicina ha tenido diversas connotaciones y avances históricos, a partir de las cuales el derecho ha sido su mayor cómplice para justificar su vinculación como parte de su gestación metódica. Al respecto, Pérez Tamayo sostiene que

...en el mundo occidental la medicina nació, creció y alcanzó una estructura propia hasta que, a partir de la época histórica conocida como el Renacimiento, inició una serie de transformaciones progresivas que la fueron convirtiendo, poco a poco y en tiempos y formas muy heterogéneas, en lo que hoy conocemos como la medicina contemporánea.⁵⁶

El concepto de “salud” ha ido evolucionando a lo largo de la historia, y las modificaciones que ha sufrido son fruto de los cambios socioculturales que se han producido en la especie hu-

⁵⁵ Declaración de Helsinki de la AMM - Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humano, Asociación Médica Mundial. Disponible en: <https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-helsinki-de-la-amm-principios-eticos-para-las-investigaciones-medicas-en-seres-humanos/> (fecha de consulta: 23 de mayo de 2018).

⁵⁶ Ruy Pérez, Tamayo, *Las transformaciones de la medicina*, México, El Colegio Nacional, 2015, p. 5.

mana.⁵⁷ Durante la Edad Media y hasta los principios del Renacimiento, la medicina era proporcionada por las órdenes religiosas en los hospicios, centros de acopio o monasterios. La enseñanza de la medicina se debía a las primeras universidades en el mundo, por ejemplo, Bolonia, Oxford, París, Padua, entre algunas otras. En ellas, la enseñanza se debía principalmente a la discusión y a la práctica, sin que sus ideas pudiesen ser publicadas o difundidas.

Posteriormente, y con el surgimiento de la transformación científica, la medicina evolucionó, a partir de los avances tecnológicos del siglo XVIII con el periodo de la Ilustración, donde la racionalidad del ser humano pasó a convertirse en la esencia de las cosas para la reestructuración del quehacer social y sus necesidades, pero será hasta la concepción de conciencia social cuando deja de tener preferencia en el ámbito de lo privado y se centra la idea social de la medicina. Hacia 1859, un año después de la derrota de la revolución socialista, el canciller Von Bismarck dijo en un discurso que “La inseguridad social del trabajador es la causa de que sea un peligro para el Estado”.

Durante toda su carrera política, Von Bismarck trató de arrebatar a los logros a partir de 1883, años en que finalmente se aprobaron en el Parlamento las leyes del seguro en contra de los accidentes industriales y en contra de las enfermedades, que incluían atención maternal y funeraria. Estas leyes son las antecesoras de todas las leyes de seguridad social del mundo occidental. Una ley más, la de pensiones del retiro, fue aprobada en 1889, pero la ley del seguro obligatorio en contra del desempleo tuvo que esperar hasta 1927. Con estas leyes, el Estado tomaba la iniciativa de proporcionar atención médica a todos los trabajadores organizados, por medio de una institución a la que también contribuyeron económicamente los empleados y los empleadores.⁵⁸

La salud adquiere la importancia y preocupación del carácter público, centrando su función en uno de los objetivos princi-

⁵⁷ Antequera Vinagre, José María, *op. cit.*, p. 176.

⁵⁸ *Idem.*

pales del Estado y dejando de ser una práctica privativa de la religión. Sin embargo, la justificación más fuerte se dio después de la Segunda Guerra Mundial y la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en 1945. Tras declarar la necesidad de crear una organización mundial dedicada a la salud, dicho organismo entró en vigor el 7 de abril de 1948; su objetivo se centraba en alcanzar el nivel más alto de salud de los ciudadanos en el mundo, como obligación de los Estados en su carácter nacional y con la cooperación en los casos internacionales, estamos hablando de la Organización Mundial de la Salud (OMS).⁵⁹

De ahí, se disponen los diversos documentos emanados de su seno, como la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Derechos y Obligaciones de los Miembros Asociados y otros Territorios, la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados, los acuerdos con otras organizaciones intergubernamentales, los principios que rigen las relaciones entre la OMS y las organizaciones no gubernamentales, y otros diversos reglamentos y estatutos.

Los parámetros internacionales y los avances generados al interior de los Estados propician la necesidad histórica de una disciplina que se encargue, en el ámbito del derecho y la salud, de la creación de legislaciones jurídicas óptimas para la operatividad de los sistemas nacionales de salud, como es el caso de México. Y no solo en el ámbito positivista de contar con la legislación, sino de investigaciones en ámbito de la ciencia jurídica, con la idea de poder resolver la dinámica que se suscita entre la vinculación de la medicina y el derecho.

Otro de los grandes antecedentes que tiene el derecho sanitario es la necesidad del crecimiento poblacional y las distinciones gnomónicas de su sociedad, adoptando un marco jurídico que permita guiar y orientar la atención de salud, vista como un servicio bajo el quehacer público del Estado, posteriormente conce-

⁵⁹ Para mayor referencia sobre la Organización Mundial de la Salud, véase su sitio *web*, disponible en: <http://www.who.int/about/es/>.

sionado como ayuda en el sector privado, pero con la supervisión del orden público de los gobiernos.

La extensión y crecimiento de las ciudades por la población demográfica de los países en el mundo ha demandado mayores servicios de salud en sus diversos servicios de atención, lo que conlleva a una mayor necesidad de su regulación jurídica y de sus procedimientos, en busca de controlar la calidad de la atención:

La atmósfera que prevalece es de desánimo, de crítica y de frustración, cuando no de impaciencia y hasta desesperación, no sólo en el público sino también en muchos empleados de las instituciones de salud. No sorprende que con frecuencia se hable de la deshumanización de la medicina y de la pérdida de muchos de los aspectos positivos de la antigua relación médico-paciente, que ya no se da, ni puede darse, en el laberinto creado por la masificación de los servicios y la burocracia correspondiente.⁶⁰

Para el caso de México, una de las primeras instituciones que se encargaron de vigilar como autoridad administrativa con las perspectivas de un derecho sanitario, se puede rastrear en el ocaso novohispano con el Tribunal del Protomedicato, el cual se encargaba de tutelar la preparación de las diversas fórmulas autorizadas bajo el carácter farmacéutico:

En México independiente podemos advertir que el Tribunal del Protomedicato permanece vigente hasta el 19 de marzo de 1812, cuando se expide la Constitución de Cádiz, que le quita al Protomedicato su jurisdicción y su carácter contencioso, dejándole solo lo relacionado con la enseñanza y ejercicio de la medicina. Como se advierte, ese tribunal es el antecedente más antiguo de tribunal administrativo en México.⁶¹

⁶⁰ Cano Valle, Fernando *et al.*, *Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México. Hacia la reforma integral del sistema de salud mexicano*, México, UNAM, 2014, p. 75.

⁶¹ *Ibidem*, p. 72.

El constituyente de 1857 descentraliza el tema de salud a las entidades federativas, y la federación solo se queda con la tarea del control en los temas epidemiológicos, en el tránsito de productos y personas por puertos y fronteras:

En 1889, el Consejo, presidido por Eduardo Liceaga, promueve el primer Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos, que se emite el 15 de julio de 1891, [y con el mismo una serie de subsecuentes códigos y legislaciones, hasta] el 31 de febrero de 1983 se reforma el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para incorporar el derecho a la protección de la salud. Así, el 7 de febrero de 1984 aparece la Ley General de Salud.⁶²

En este sentido, es preciso tener en cuenta que, desde el 2 de octubre de 1902, ante la necesidad de motivar una conferencia internacional de sanidad, surge la Organización Panamericana de la Salud (OPS), principalmente debido a los temas de salud en la vida comercial de América. Así, se toma la determinación de poder contar con una organización dentro de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la OMS, que cumpla con los compromisos en materia de salud a partir del interés y carácter internacional. Por ende, se fortalece el carácter internacional y uniforma los criterios de salud para el cumplimiento de los objetivos más próximos de los países en América.

Y no sólo eso, sino que, al surgir la regulación jurídica, se generan aspectos que fueron interpretados en una séptima conferencia, en La Habana, Cuba, el 14 de noviembre de 1924, y se generó el Código Sanitario Panamericano, que en su artículo 1o. señala:

...los objetivos del Código... son:

1. Prevenir la propagación internacional de infecciones o enfermedades susceptibles de transmitirse a seres humanos.

⁶² *Ibidem*, pp. 73-75. Así como la publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4652777&fecha=07/02/1984 (fecha de consulta: 3 de julio de 2018).

2. Estimular o adoptar medidas cooperativas encaminadas a impedir la introducción y propagación de enfermedades en los territorios de los gobiernos signatarios o procedentes de los mismos.

3. Uniformar la recolección de datos estadísticos relativos a la morbilidad y mortalidad en los países de los gobiernos signatarios.

4. Estimular el intercambio de informes que puedan ser valiosos para mejorar la sanidad pública y combatir las enfermedades propias del hombre.

5. Uniformar las medidas empleadas en los lugares de entrada para impedir la introducción de enfermedades transmisibles propias del hombre, a fin de que pueda obtenerse mayor protección contra ellas y eliminarse toda barrera o estorbo innecesario para el comercio y la comunicación internacional.⁶³

A partir de ese momento, se comienzan a considerar los elementos característicos jurídicos y del derecho sanitario, resalta la preocupación internacional por que los Estados miembros de la OEA puedan observar al interior de sus legislaciones la sistematización de sus sistemas de salud como un asunto prioritario y de información constante entre países.

Como se ha observado, desde sus orígenes, salud y derecho son dos ámbitos del saber estrechamente interrelacionados y en función de los conocimientos médicos de un momento histórico concreto se han dictado normas diferentes para regular una misma situación. La impregnación médica en el mundo del derecho es patente en el propio itinerario vital de los sujetos, lo que se traducido en una labor legislativa en temas de trascendencia, como:

- La de despenalización del aborto en las doce primeras semanas de gestación en Ciudad de México;
- Las técnicas de fertilización asistida;
- La muerte digna;

⁶³ Disponible en: https://www.paho.org/par/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=otras-publicaciones&alias=25-el-codigo-sanitario-panamericano-hacia-una-politica-de-salud-continental&Itemid=253 (fecha de consulta: 3 de julio de 2018).

- La crisis alimentaria porque los productos carecen de nutrientes ante la industrialización de alimentos;
- Las políticas públicas de salud en la protección jurídica por establecer cero muertes materno-infantiles en las instituciones de salud;
- La protección de los niños, niñas y adolescentes en temas de salud, y
- La protección a los grupos vulnerables en sus generalidades.

Además, se garantizan nuevas consideraciones jurídicas en los temas de avance científico y tecnológico que mejoran la cobertura y la calidad en los derechos de la salud. En cuestiones más puntuales, como la información clínica, la historia clínica o el secreto médico, es el derecho el que impregna a la medicina y termina imponiendo criterios normativos de organización y conducta establecidos o plasmados en la ley y las normas oficiales de salud.

IV. LAS PRINCIPALES CORRIENTES FILOSÓFICAS DEL DERECHO EN EL ÁMBITO SANITARIO

Es importante mencionar que, dentro de las diversas concepciones y definiciones que buscan describir al derecho sanitario se comprende la explicación enunciativa de conjugar el término “derecho” con medicina, contextualizando las cualidades básicas del saber con su ideología, así como el comportamiento de la salud frente a las estructuras sistemáticas de operatividad, desde los ámbitos nacional e internacional.

Ahora bien, dichas delimitaciones del estado del arte en materia de derecho sanitario son soportadas por una serie de corrientes filosóficas que la ciencia jurídica necesita utilizar para poder llevar a cabo, metodológicamente, sus resultados científicos sobre el tema. En otras palabras, ubicar, epistemológicamente

te, el saber del conocimiento del derecho sanitario para la construcción lógica y lingüística del pensamiento sobre la salud y su regulación o vinculación con el derecho.

En este sentido, es necesario recordar que la filosofía es entendida como el conjunto de saberes que buscan establecer, de manera racional, los principios más generales que organizan y orientan el conocimiento de la realidad, así como el sentido del obrar humano. Para el ámbito del derecho sanitario, le interesa tener como referente un corte diversificado como la filosofía analítica, que destaca la importancia del lenguaje, de su verificabilidad y precisión en el análisis de las proposiciones filosóficas, necesaria para comprender el carácter semántico de las leyes bajo contenidos lingüísticos de la medicina y la salud.⁶⁴

De la misma manera en que la filosofía se diversifica en una filosofía moral —que trata de la bondad o malicia de las acciones humanas—⁶⁵ con la intención de contribuir, determinar y encauzar la humanización, la medicina, sin perder de vista a la cientificidad, no puede llegar a la frivolidad de nuestras acciones por el sólo hecho de alcanzar los medio tecnológicos para salvar, conservar y alargar la vida misma; consideraciones necesarias para la justificación de la existencia de las leyes en la disciplina de derecho sanitario.

La filosofía natural —que investiga las leyes de la naturaleza—⁶⁶ puede ser entendida como parte de la necesidad contemplativa del derecho sanitario para comprender la naturaleza del entorno del ser humano en los objetivos y fines necesarios para la regulación de los procesos de operatividad en los sistemas de salud.

Si atendemos la postura de Robert Alexis, quien señala que la naturaleza de la filosofía debe entenderse como razonamien-

⁶⁴ Véanse las voces en, Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española* (sitio web), disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Hw9B3HA> (fecha de consulta: 26 de junio de 2018).

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Idem.*

to reflexivo,⁶⁷ la salud podría establecer estas razones en su entendimiento de la necesidad humana por alcanzarla, tanto en su particular entorno como en el mundo que le rodea, buscando la explicación para poder protegerla y procurarla en una objetividad jurídica del derecho.

Por su parte, Ricardo Guastini afirma que “la filosofía del derecho, a su vez, es un meta-metalenguaje —un lenguaje de tercer grado— cuyo lenguaje-objeto es el lenguaje de la jurisprudencia»⁶⁸. En este sentido —la construcción argumentativa del propio enunciado a través del lenguaje, plasmado en reglas lógicas que ayudan a transmitir las diversas ideas bajo un tema en común—, la salud encajaría dentro de este contexto, dando un sistema operativo a la vida cotidiana.

Además, se debe tener en cuenta a la argumentación respecto del derecho sanitario con la reflexión en el campo de la salud, sobre todo en el proceso de creación racional por el que se comprende a la naturaleza humana y la ciencia, el cual busca su aplicación por el mejoramiento y conservación de la propia vida.⁶⁹

El derecho sanitario parte, en su generalidad, de las corrientes del pensamiento filosófico, a manera de tener un punto de partida de su ubicación en el mundo del conocimiento de la filosofía sobre el propio derecho sanitario, obteniendo de la mis-

⁶⁷ La filosofía es reflexiva porque es razonamiento acerca del razonamiento. La filosofía es razonamiento acerca del razonamiento por su objeto, es decir, por un lado, la práctica humana de concebir el mundo por uno mismo y por los demás, y, por el otro lado, la acción humana está determinado esencialmente por razones. Véase Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 36 y 37.

⁶⁸ Guastini, Riccardo, “Las dos caras de la filosofía analítica del derecho positivo”, Instituto Tarello per la Filosofia del Diritto, p. 6, disponible en: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Guastini%20-%20Filosofi%CC%81a%20ana%CC%81litica%20del%20derecho%20positivo.pdf> (fecha de consulta: 26 de junio de 2018).

⁶⁹ La filosofía del derecho es la argumentación acerca del derecho. Las reflexiones en el campo de la filosofía del derecho son, entonces, reflexiones acerca de la naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho. Véase Alexy, Robert, *El concepto... cit.*, p. 53.

ma sus aspectos ontológicos (buscando el ser del derecho), axiológicos (los principios jurídicos), epistemológicos (los parámetros dogmáticos del derecho) y lógicos (los razonamientos concatenados y con sentido en lo jurídico), todos ubicados dentro del campo del derecho.⁷⁰

De esta manera, el derecho sanitario busca establecer una respuesta, por parte la ciencia jurídica, de su contenido filosófico a partir de las corrientes del pensamiento, tales como el iusnaturalismo (en vinculación con el derecho sanitario, orientado por un derecho divino a la salud y un derecho racional, de la naturaleza humana, por su existencia y permanencia),⁷¹ el iuspositivismo (en cuanto a la creación, existencia y vigencia de la ley),⁷² el psicologismo jurídico (por su comprensión del derecho con el sentido material, con arreglo al fin y las acciones económicas de la sociedad, siendo un derecho formal y racional, con

⁷⁰ Para mayor referencia puede consultarse la obra de Villoro Toranzo, Miguel, *Teoría general del derecho. Lo que es. Su método*, México, Porrúa, 2003, pp. 5-10.

⁷¹ Como parte de la separación de un derecho natural, habido en los tiempos de la divinidad, anterior al siglo XVIII, y un iusnaturalismo racional apegado a una concepción de la naturaleza propia del ser humano a partir del siglo de las luces, con la prospectiva racional y con mayor énfasis después de la Segunda Guerra Mundial. Para una mayor referencia sobre el tema, puede ser consultado el capítulo segundo denominado “El sistema de fuentes del siglo XX. Un lugar para el derecho natural”, de la obra de Orrego Sánchez, Cristóbal, *Análisis del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 55-73. La forma del pensamiento iusnaturalista, con sentido teológico, se encuentra en la concepción escolástica del medioevo, a partir de Santo Tomás y teniendo como precedente a San Agustín. Por último, la forma por excelencia del derecho natural, con base empirista, ha sido ofrecida por el empirismo inglés en Hobbes y Locke, véase Terán Mata, Juan Manuel, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, p. 231.

⁷² Entendido, desde sus aspectos más influyentes, en poder determinar al derecho codificador en ley por la propia ley, ante la necesidad de reunir una codificación en materia de derecho sanitario, con las tendencias de Kelsen, Hart y Bobbio. Para más información. véase Orrego Sánchez, Cristóbal, *op. cit., supra*, pp. 83-98.

aplicación en casos concretos)⁷³ y el iusmarxismo (por la idea de una filosofía con la tendencias e idealismos platónicos, y en la práctica a partir del establecimiento de una sociedad comunista desde la crítica del liberalismo económico y político).⁷⁴

En México, a partir de la reforma en 2011 del artículo 1o. de la Constitución, en la cual se da el pleno reconocimiento a los derechos humanos,⁷⁵ filosóficamente se ubicó un paradigma en el orden constitucional, permeado desde el iusnaturalismo, como un derecho natural y racional con apego al engrandecimiento protector del ser humano ante los poderes facticos del Estado.⁷⁶

⁷³ Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 498-648.

⁷⁴ Cerón Grajales, Russell y Leal Sáenz, Juan Enrique, “Poder político y derecho en la teoría marxista. Un enfoque crítico-estructuralista”, en Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 63. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2264/7.pdf> (fecha de consulta: 27 de junio de 2018).

El Estado y su poder político, así como el derecho, se corresponden con la superestructura jurídico-política. Y, en términos marxistas, es en la estructura económica donde debe buscarse el punto de referencia que nos conduzca a la explicación de los fenómenos sociales, que son consustanciales a la superestructura en sus diversas grabaciones políticas, jurídicas e ideologías. Véase *Revista Trimestral de Educación Comparada*, París, UNESCO, Oficina Internacional de Educación, vol. XXIV, núm. 1-2, 1993, pp. 279-297. Disponible en: <http://www.ibe.unesco.org/sites/default/files/owens.pdf> (fecha de consulta: 7 de junio de 2018).

⁷⁵ Para mayor referencia puede consultarse el decreto por el que se reforma el capítulo primero de la Constitución federal que puede consultarse en la página web del *Diario Oficial de la Federación*, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011 (fecha de consulta: 27 de junio de 2018).

⁷⁶ Juan Manuel Terán y Mata señala que, para el entendimiento histórico del derecho natural, es necesario situar de manera didáctica su entendimiento y reflexión en la siguiente interpretación: 1) universalidad de carácter racional: iusnaturalismo racional; 2) normas universales, cuyo origen y materia es de carácter divino: derecho natural de contenido teológico, y 3) normas de derecho natural desde un punto de visita empírico o realista; derecho natural con una fundamentación positiva. Véase a Terán Mata, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 231.

Dentro de los diversos planteamientos de la filosofía del derecho iusnaturalista e iuspositivista, nace la discusión entendida entre la ley y su distinción entre justa y la vinculación; desde el aspecto ético, el derecho sanitario se coloca como un factor de orientación vinculante entre el derecho y la medicina, para poder determinar que una cosa es lo que determina la ley, y otra la moralidad que justifique la conducta de las decisiones tomadas por el poder público.⁷⁷

Dicha consideración establece un dilema de apreciación acerca de las competencias en el ámbito de aplicación de las autoridades sobre la ley jurídicamente válida y, en su aplicación procedimental, la que puede o no ser justa al hecho determinado por la moralidad. En materia de salud, y de acuerdo con la teoría de Gustavo Radbruch,⁷⁸ la ley vigente y su justa aplicación nos llevaría a entender que la norma jurídica no debe causar sus efectos jurídicos para no provocar una extrema injusticia.

Visto de tal forma, la justicia en el pensamiento filosófico del derecho sanitario trata de desarrollar un derecho nacional, con estándares incluyentes de la sociedad globalizada, que comparta los temas de salud pública en la interrelación de la biosfera, para reducir los problemas de salud y que no produzcan un mayor riesgo para la humanidad en las diversas sociedades de intercambio ocasionado por el tránsito natural de personas y productos ante las necesidades del desarrollo de las actuales civilizaciones. Según Adela Cortina, se trata de:

...cultivar esa ética cívica transnacional que se expresa a través de los distintos informes, comisiones y comités, pactos regionales y mundiales en las distintas esferas de la vida social. Es la repre-

⁷⁷ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Madrid, Gedisa, 2008, pp. 78 y 79. La definición clásica de la validez jurídica que consagrará el paradigma dogmático iuspositivista se apoya en los tres requisitos de órgano competente, procedimiento establecido y compatibilidad con la norma superior. *Cfr.* Vigo, Luis Rodolfo, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2005, p. 6.

⁷⁸ Radbruch, Gustavo, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, pp. 31-45.

sión de lo que las sociedades van teniendo por justo, la fenomenización de la moral cívica en documentos e instituciones. No es derecho, es espera, es ética. Pero orienta las decisiones legales.⁷⁹

La filosofía dentro de la reflexión del derecho sanitario nos lleva a la deliberación de que existe la necesidad de un derecho fortalecido por sus contenidos en la interacción social, en donde las relaciones humanas van subsistiendo conforme a la vida en el entorno y la propia existencia de la humanidad. Así, dentro del entorno de la biosfera y la creación humana, la diversificación de la ciencia y la tecnología, permiten ubicar al derecho sanitario —dotado de una teoría filosófica— con la idea de justificar el vínculo cognitivo entre un iusnaturalismo y un derecho apegado a la racionalidad, y con una gran tendencia hacia los aspectos propuestos por el iuspositivismo común ante la realidad social.

En suma, el derecho sanitario integra las posturas del pensamiento filosófico en el derecho protector de la salud y frente a la garantía del Estado, en donde incluye las ideas, razonamientos, dogmas y acciones científicas que buscan dar respuesta apropiada a los procesos de conducta en nuestras formas de vida cotidiana, de manera individual y colectiva, con el propósito de prevenir, preservar, promocionar y conservar progresivamente la salud del ser humano, incluyendo todos los seres involucrados en la vida social que se imponen dentro de la estructura denominada Estado.

Así, en la filosofía del derecho sanitario se contempla la deontología médica como un conjunto de principios y reglas éticas que debe seguir el personal de salud hacia los usuarios o pacientes. Este fue el principal pronunciamiento en el nacionalsocialismo alemán, después de la Segunda Guerra Mundial, lo que hizo surgir, por ejemplo, en Londres, la Asociación Médica Mundial,⁸⁰ fundada en 1947, con el objetivo de difundir la humanización ética de la atención en el servicio del médico hacia los pacientes,

⁷⁹ Cortina, Adela, *op. cit.*, p. 144.

⁸⁰ Página *web* disponible en: <https://www.wma.net/es/que-hacemos/>.

estableciendo codificaciones universales internacionales que puedan ser atendidas en las diversas naciones.

A partir de ello, surgen documentos internacionales que, con el objetivo de orientar y desarrollar los sistemas de salud en el mundo, cuenten con estándares o parámetros éticos que implican acciones en el deber ser, con leyes, principios o reglamentos para fortalecer y ayudar al ser humano a conservar, perdurar y fortalecer la vida dentro de su entorno social.

Los pensamientos éticos que conllevan dichos principios, transportados en las leyes o reglas, deben ser la base para que los gobiernos construyan una serie de políticas públicas de protección y desarrollo de la humanidad en sus sistemas nacionales de salud, como parte de su estructura de Estado, lo que permitirá mejorar progresivamente, por un lado, al interior, con su administración pública, privada y asistencial, y por otro, al exterior, a partir de la convivencia internacional de sus organismos e instituciones, ya sea por la justificación de intercambio comercial y cultural, e incluso por el tránsito de personas.

Algunos de los documentos internacionales para evitar la utilización de la ciencia en contra de la humanidad, y ante la falta de protocolos o principios contrarios a la vida humana y a la biosfera, son la Declaración de Ginebra,⁸¹ la Declaración de Helsinki,⁸² la Declaración de Tokio⁸³ y la Declaración de Taipei.⁸⁴ De esta manera se desarrolla el pensamiento prioritario que entiende que el derecho a la salud es un derecho humano de primer orden.

⁸¹ Disponible en: <https://www.wma.net/es/que-hacemos/etica-medica/declaracion-de-ginebra/> (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2018).

⁸² Disponible en: <https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-helsinki-de-la-amm-principios-eticos-para-las-investigaciones-medicas-en-seres-humanos/> (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2018).

⁸³ Disponible en: <https://www.wma.net/es/que-hacemos/etica-medica/declaracion-de-tokyo/> (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2018).

⁸⁴ Disponible en: <https://www.wma.net/es/que-hacemos/etica-medica/declaracion-de-taipei/> (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2018).

El derecho a la salud quedó enunciativamente documentado, primero, en la formalización en la Constitución de la OMS, en 1946, con el objetivo de que todos los seres humanos alcancen progresivamente el más alto nivel de salud posible, definiendo a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.⁸⁵ De la misma forma quedó enunciado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, en su artículo 25:

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 y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.⁸⁶

Lo anterior queda confirmado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, al señalar en su artículo 12 que

1. Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados parte en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la morbilidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los

⁸⁵ Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Disponible en: <http://www.who.int/about/mission/es/> (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2018). La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

⁸⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2018).

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.⁸⁷

En el informe del relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental señala:

Desde finales del siglo XIX, la ciencia y la práctica de la medicina y la salud pública han generado numerosas oportunidades para evitar la mortalidad prematura y mejorar el bienestar de las personas y las sociedades. Se han conseguido llevar a la práctica con éxito multitud de descubrimientos científicos, lo que ha supuesto un incremento general de la esperanza de vida, una reducción de la mortalidad materno infantil, el triunfo en la lucha contra múltiples enfermedades infecciosas y una mejora general en la calidad de vida de la población mundial. La aplicación sostenible de un enfoque moderno de la salud pública no solo está en consonancia con los derechos humanos, sino que también es un instrumento eficaz para desarrollar y fortalecer la justicia social y la cohesión social. A ese respecto, no se debe subestimar la importancia de la cobertura universal de la atención de la salud.⁸⁸

De la misma forma, en la 39 sesión del Consejo de Derechos Humanos, en la declaración de apertura de la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, el 10 de septiembre de 2018 declaraba:

⁸⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2018).

⁸⁸ Püras, Dainus, Informe del relator especial sobre el derecho a la salud en su 26a. sesión en junio de 2014. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/HR-Bodies/HRC/RegularSessions/Session29/Documents/A_HRC_29_33_SPA.DOCX (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2018).

...una buena práctica médica se basa en la construcción de resiliencia: fortalecer los procesos de curación e intervenir para interrumpir los síntomas de la patología. [De la misma manera que sostuvo la gran necesidad de reiterar el derecho de la protección a los derechos a la salud que] incluyen protección y mitigación de los efectos del cambio climático; trabajar para defender los derechos de los niños, los derechos a la salud y a los servicios fundamentales; y medidas que permiten el desarrollo al defender el derecho del pueblo a participar libremente en la toma de decisiones sobre todos los asuntos que los afectan.⁸⁹

La OMS, preocupada por reunir las ideas o propuestas para construir políticas públicas para la gobernanza de la universalidad de la salud y su financiamiento, el 9 de octubre de 2018, señaló que

La cobertura sanitaria universal (CSU) implica que todas las personas y comunidades reciban los servicios de salud que necesitan sin tener que pasar penurias financieras para pagarlos. Abarca toda la gama de servicios de salud esenciales de calidad, desde la promoción de la salud hasta la prevención, el tratamiento, la rehabilitación y los cuidados paliativos.⁹⁰

La construcción cognitiva sobre la cobertura sanitaria universal nace a partir de lo establecido en la Constitución de la OMS, en 1948, al enunciar, literalmente, que la salud es un derecho humano y debe ser garantizado progresivamente y a los más altos niveles, consideración que predispone el pensamiento para la construcción ética y filosófica de la creación sobre los principios que guían la conducta humana en la sociedad.

El pensamiento sobre el quehacer del derecho sanitario se ha orientado hacia la idea de poder construir una serie de reglas

⁸⁹ Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23518&LangID=E> (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2018).

⁹⁰ Definición de la Organización Mundial de la Salud, disponible en: [http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-\(uhc\)](http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-(uhc)) (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2018).

y dogmas que sirvan como estándares positivos y recreativos en la ciencia y en la vida diaria, para sostener y conservar la humanidad en su entorno, y así contribuir en el desarrollo social. Por ello, se tiene la necesidad de establecer un código ético universal que contemple los axiomas transcendentales, inmutables e independientes, dotados de intrínseca validez natural que conlleve la conducta y valoración de la vida y el entorno del ser humano.

La relación médico-paciente pronunciada por el Código Internacional de Ética Médica, adoptado por la 3a. Asamblea General de la AMM, en Londres, Inglaterra, en octubre de 1949, y enmendado por la 22a. Asamblea Médica Mundial, en Sydney, Australia, en agosto de 1968 y la 35a. Asamblea Médica Mundial, en Venecia, Italia, en octubre de 1983, señala:

DEBERES DE LOS MÉDICOS EN GENERAL

EL MÉDICO DEBE mantener siempre el más alto nivel de conducta profesional. EL MÉDICO NO DEBE permitir que motivos de ganancia influyan el ejercicio libre e independiente de su juicio profesional de sus pacientes. EL MÉDICO DEBE, en todos los tipos de práctica médica, dedicarse a proporcionar un servicio médico competente, con plena independencia técnica y moral, con compasión y respeto por la dignidad humana. EL MÉDICO DEBE tratar con honestidad a pacientes y colegas, y esforzarse por denunciar a los médicos débiles de carácter o deficientes en competencia profesional, o a los que incurran en fraude o engaño. Las siguientes prácticas se consideran conductas no éticas: a) la publicidad hecha por el médico, a menos que esté autorizada por las leyes del país y el Código de Ética Médica de la asociación médica nacional. b) el pago o recibo de cualquier honorario u otro emolumento con el solo propósito de obtener un paciente o recetar, o enviar a un paciente a un establecimiento. EL MÉDICO DEBE respetar los derechos del paciente, de los colegas y de otros profesionales de la salud, y debe salvaguardar las confidencias de los pacientes. EL MÉDICO DEBE actuar sólo en el interés del paciente cuando preste atención médica que

pueda tener el efecto de debilitar la condición mental y física del paciente. EL MÉDICO DEBE obrar con suma cautela al divulgar descubrimientos o nuevas técnicas, o tratamientos a través de canales no profesionales. EL MÉDICO DEBE certificar sólo lo que él ha verificado personalmente.

2.17. A. DEBERES DE LOS MÉDICOS HACIA LOS ENFERMOS

EL MÉDICO DEBE recordar siempre la obligación de preservar la vida humana. EL MÉDICO DEBE a sus pacientes todos los recursos de su ciencia y toda su lealtad. Cuando un examen o tratamiento sobrepase su capacidad, el médico debe llamar a otro médico calificado en la materia. EL MÉDICO DEBE guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente. EL MÉDICO DEBE prestar atención de urgencia como deber humanitario, a menos de que esté seguro de que otros médicos pueden y quieren prestar dicha atención.

DEBERES DE LOS MÉDICOS ENTRE SÍ

EL MÉDICO DEBE comportarse hacia sus colegas como él desearía que ellos se comportasen con él. EL MÉDICO NO DEBE atraer los pacientes de sus colegas. EL MÉDICO DEBE observar los principios de la “Declaración de Ginebra”, aprobada por la Asociación Médica Mundial.⁹¹

Estos y otros documentos se tornan básicos y complementarios en el ámbito ético de la salud, conformando, a su vez, las bases de un derecho sanitario, bajo un pensamiento reflexivo para valorar y consentir que lo más preciado del ser humano es la vida y su entorno. En este orden de ideas, se establece que no debe existir justificación alguna que pueda o deba obligar la voluntad humana a un acto de experimentación científica sin su consentimiento, ni mucho menos sin la previa información que justifique un protocolo científico debidamente documentado y aprobado para ponerse en marcha en la experimentación de seres humanos.

⁹¹ Código Internacional de Ética Médica. Disponible en: <https://www.wma.net/es/polices-post/codigo-internacional-de-etica-medica/> (fecha de consulta: 22 de septiembre de 2018).

Como se señala en el Código de Nuremberg,⁹² al recurrir al principio de precaución⁹³ (que permite reaccionar rápidamente ante un posible peligro para la salud humana, animal o vegetal, o para proteger el medio ambiente), así como al Informe de Principios y para la Protección de los Sujetos Humanos de Investigación, de abril de 1979,⁹⁴ en la Carta Social Europea que “Toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar”,⁹⁵ o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, que en su artículo 4o., numeral 1, describe que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.⁹⁶

Dichos argumentos generan un gran debate ético acerca de la actuación de las ciencias médicas.

La bioética y el derecho sanitario

La vinculación o conexión determinada por la bioética y el derecho sanitario nos lleva a poder identificar su cercanía y separación en el campo del conocimiento; ambos términos son frecuentemente confundidos y es oportuno aclarar la separación que existe para poder entender posteriormente su conexión.

⁹² Disponible en: <http://www.bioeticanet.info/documentos/Nuremberg.pdf> (fecha de consulta: 21 de septiembre de 2018).

⁹³ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A132042> (fecha de consulta: 21 de septiembre de 2018).

⁹⁴ Disponible en: http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/normatividad/normatinternacional/10_INTL_Informe_Belmont.pdf (fecha de consulta: 13 de diciembre de 2021).

⁹⁵ La primera versión fue elaborada en 1961 por el Consejo de Europa, la carta actual data de 1996, disponible en: <https://rm.coe.int/168047e013> (fecha de consulta: 23 de septiembre de 2018).

⁹⁶ Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (fecha de consulta: 22 de septiembre de 2018).

El término “bioética” surge propiamente con el oncólogo Potter⁹⁷ y su publicación de la oveja Dolí, con la idea de poder incluir cuestiones valorativas acerca del actuar de la vida y sus procesos biológicos y científicos, no necesariamente dentro del sistema de salud, como los temas ecológicos y de la vida en general, sino buscando resolver planteamientos científicos y de investigación con la realidad social.

Los contenidos sobre derecho sanitario se vinculan con la ética mediante el propio derecho, esto justificado por una necesidad social o colectiva, y la actuación del personal de los sistemas de salud, se debe hacer uso de un razonamiento ético legal que contenga las regulaciones y procesos adecuados para el desarrollo de la atención y prevención de la salud en la vida humana.

Es relevante comprender que, mientras en la bioética se racionaliza una moral constituida con los elementos éticos de la sociedad, en el derecho sanitario se identifica la voluntad jurídica por regular los procesos o procedimientos que delimitan la conducta ética del personal de la salud en su actuar como persona física y moral en la legalidad de un sistema de salud.

Para mayor claridad al respecto, entre el encuentro de la bioética y el derecho sanitario, se puede señalar, por ejemplo, la decisión para documentar al acto médico legal que pueda existir dentro de la obligación del consentimiento informado. Así, tenemos que, conforme a la Norma Oficial Mexicana de Salud 004,⁹⁸ del expediente clínico, un interrogatorio médico, con las precisiones para realizar un diagnóstico con la valoración del médico, tratándose de un cuadro clínico bajo un padecimiento por infecciones respiratorias, ante un resfriado, la consideración, en comparación sobre un diagnóstico de un padecimiento crónico degenera-

⁹⁷ Potter, Van Rensselaer, *Biological Science*, Nueva Jersey, Prentice Hall, 1971. Utiliza el término “bioética” para describir una nueva filosofía que buscaba integrar la biología, la ecología, la medicina y los valores humanos.

⁹⁸ Norma Oficial Mexicana de Salud del Expediente Clínico 004. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5272787 (fecha de consulta: 27 de septiembre de 2018).

tivo en etapa terminal, el paciente puede determinar una muerte por voluntad anticipada,⁹⁹ o que pudiera ser determinado hasta poder garantizar una muerte con dignidad.

Las condiciones y las decisiones cambian, los problemas de salud planteados determinan intervenciones distintas sobre la vida, mientras que para la bioética se contemplan:

...no sólo los múltiples y cruciales temas y problemas morales, propios de la ética médica, sino también la no menos vasta y decisiva problemática, filosófica y ética, que plantea la biotecnología y, en especial, la ingeniería genética, y se aboca asimismo a desenrañar los significados éticos de orden ecológico y demográfico.¹⁰⁰

Para el derecho sanitario, la bioética se determina como una “entidad científica instrumental esencial en la planificación, gestión, administración y tutela sanitaria, y es una dinámica de desarrollo e innovación del ordenamiento jurídico”.¹⁰¹ El derecho sanitario es, en esencia, la capacidad de vincular el sistema de salud con un carácter facultativo, reflexivo y regulatorio del derecho, lo que determina poder contar con las disposiciones jurídicas que autoricen los procesos de calidad, así como los procedimientos de la conducta profesional y del personal de la salud en los seres humanos, con la posibilidad de que su actuación procedimental y de competencia sea lícita para poder lograr la mejora y permanencia de la salud.

⁹⁹ La voluntad anticipada es la decisión que toma una persona de ser sometida o no a medios, tratamientos o procedimientos médicos que pretendan prolongar su vida, cuando se encuentre en etapa terminal y, por razones médicas, sea imposible mantenerla de forma natural, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona. Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, art. 1o. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/0B0qDIFGzsYQfaHFCQWQ0cXZKRzA/view> (fecha de consulta: 27 de septiembre de 2018).

¹⁰⁰ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.* p. 33.

¹⁰¹ Antequera Vinagre, José María, *op. cit.*, p. 2.