

Si la información es sesgada y deshonestas, es un riesgo, decirle al paciente por ejemplo, urge que lo opere, cuando tiene 5 años con el problema y hoy que llegó conmigo, urge que lo opere, ese es un riesgo de la información, alarmar al paciente y como ya había dicho, como generador de medicina defensiva.

Aquí ven ustedes la problemática que nosotros en la Comisión encontramos al analizar más de 300 expedientes durante el año 2002 y 2003. Estos pacientes se sometieron a cirugías; 23 por ciento son elaborados en instituciones de seguridad social, y no tenían consentimiento bajo información, disminuyó con relación al 2002. En los servicios de salud para no-asegurados, 19% en el 2002, 10% en el 2003, y en los privados disminuyó de 47 a 40%. De todas maneras, es muy alto el número de pacientes que ingresan a cirugía sin este documento tan importante para el paciente y que además, insisto, es una obligación para todos los médicos.

Las excepciones, como ya he mencionado, para no obtener el consentimiento es que la no-intervención suponga un riesgo para la salud pública. Tal es el caso de las vacunas, pues no vamos a pedir consentimiento para vacunar a cada niño, hay que hacerlo porque hay un riesgo público. Otro caso es la urgencia, que no permite demoras porque puede causar lesiones irreversibles o puede existir riesgo de muerte, y cuando el paciente no esté capacitado para tomar las decisiones.

¿Qué es lo que significa tener la carta de consentimiento bajo información? Si existe, lo único que prueba es que se autorizó el procedimiento conociendo riesgos y beneficios. Entonces, el pensar que tener la carta de información nos puede eximir de cualquier culpa, no es cierto, es evidente que no puede ser así. Lo único que prueba es que se autorizó ese procedimiento conociendo riesgos y beneficios, y si no existe, simplemente no hay prueba de la autorización del paciente para la intervención o de la aceptación de los riesgos inherentes al procedimiento. Cuando el paciente acepta los riesgos, él se hace responsable de los riesgos. Cuando el médico no informa de los riesgos, el médico se hace responsable de los riesgos que no informó; es por eso importante informar. Hoy traemos el debate ¿Quién tiene que decidir la realización de un parto vaginal o una cesárea, el médico o la paciente? Cuando hay riesgos y hay beneficios para cualquiera de los dos procedimientos, simplemente preguntamos: ¿Qué prefiere, parto vaginal o cesárea? Sobre todo en la medicina privada. Cuando se acepta cualquiera de los procedimientos, pero no dijimos todos los riesgos de la cesárea, o no dijimos todos los riesgos del parto vaginal, y con esa ausencia de información se toma la decisión; entonces quién está asumiendo los riesgos no dichos al paciente; naturalmente que es el médico. Su ausencia implica, puede implicar responsabilidad administrativa, civil, penal e incluso violación de derechos humanos cuando atentamos contra la libertad procreativa de las mujeres.

En conclusión podemos decir que el consentimiento informado en un derecho del paciente basado en su autonomía y autodeterminación, podemos decir, el consentimiento informado es una exigencia ética, legal y administrativa para el médico, también podemos concluir que es un documento útil para la práctica médica.

## Derecho a la Protección de la Salud y Derechos Humanos

Por: Maestro en Derecho Gonzalo Moctezuma Barragán  
María Julia Prieto Sierra

*Es licenciado en derecho por la UNAM. Cuenta con Maestría por la Universidad de Georgetown, especialidad en amparo por la Universidad Panamericana. Actualmente realiza el Doctorado en la UNAM. Ha publicado tres libros en relación al derecho. Actualmente es Secretario Ejecutivo del Pleno del Consejo de la Judicatura y Consejero de la CONAMED.*

### I. Derechos Humanos

Los Derechos Humanos como señala Luigi Ferrajoli, en su libro *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, pueden ser definidos como:

Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas; entendiéndose por <<derechos subjetivos>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista por una norma jurídica; y por <<*status*>> la condición de un sujeto, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.<sup>1</sup>

Este tipo de derechos tienen como objetivo salvaguardar valores y principios como la vida, la libertad, la igualdad, la salud, la seguridad, la dignidad, la autodeterminación, el bienestar, así como la integridad física, psíquica y moral del ser humano, ya que son parte esencial para lograr una existencia verdaderamente humana.

La lucha por el reconocimiento, salvaguarda y amparo efectivo de los Derechos Humanos ha estado presente en los diferentes periodos de la historia; sin embargo, su evolución, carácter dinámico e historicidad, como destaca Bidardt, en su libro *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, está estrechamente ligada a la diversidad de las técnicas de protección de los derechos.<sup>2</sup>

Por lo general, los registros historiográficos de la lucha por el reconocimiento de los Derechos Humanos en el derecho positivo se remontan a la Carta Magna Inglesa de 15 de junio de 1215, expedida por el Rey Juan Sin Tierra. En

dicha Carta se establecieron un conjunto de derechos tales como el de que ningún hombre podría ser detenido, aprehendido, desposeído de sus pertenencias o libertades, declarado fuera de la ley, exiliado o molestado, sino a través de un proceso legal entre pares y según la ley.

En Inglaterra en 1689, al promulgarse la Ley de los Derechos Individuales, en sus 13 artículos dio cabida a la libertad de conciencia, de elección de los representantes populares, así como a la obligación del Estado de no mantener ejércitos durante épocas de paz.

No obstante, los doctrinarios coinciden en que por vez primera surge una verdadera cartografía (declaración) de Derechos Humanos con la Constitución de Virginia de 1776, donde se reconoce el derecho a la vida, la igualdad, la seguridad, el derecho del pueblo a elegir su forma de gobierno, la libertad de sufragio, de elecciones libres, las garantías del proceso penal, la libertad de expresión, prensa y conciencia; además de establecer condiciones para la expropiación.

Otro hito en la evolución de los Derechos Humanos es la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que estuvo inspirada por las constituciones de las colonias norteamericanas. En esta se apunta que los derechos naturales al hombre (libertad, propiedad, igualdad, seguridad, y derecho a la resistencia) tenían un carácter imprescriptible. Por otra parte, dispuso que toda sociedad en la cual no existan medios para garantizar estos derechos, ni determine la separación de poderes, carece de una verdadera constitución.

En la actualidad algunos autores hablan de la existencia de por lo menos tres generaciones de Derechos Humanos. Los derechos de primera generación, denominados individuales, surgen a partir del constitucionalismo liberal clásico de finales del siglo XVIII y principios del XIX. Este tipo de derechos implican un deber de abstención por parte del Estado, es decir una actuación de carácter pasivo. Suponen no sólo el deber de garantizar el orden público dentro de un marco jurídico que permita ejercerlos de forma efectiva, libre y no discriminatoria, sino también presuponen la creación de las condiciones que permitan que se dé ese orden, donde sea posible ejercer la libertad. El titular de los derechos civiles es el hombre y en caso de los derechos políticos, por lo general el ciudadano, considerados como entes que actúan dentro de una realidad socio-política, y no como abstracciones autónomas y aisladas.

Los derechos de segunda generación, llamados también sociales y económicos, surgen del constitucionalismo de entreguerras, influenciados por la Constitución Mexicana de 1917, la Revolución socialista de octubre de ese mismo año en Rusia y del movimiento constitucional posterior a la Primera Guerra Mundial, en otras palabras, recogen la idea de la racionalización del poder, que se da cuando el derecho penetra en los fenómenos de la vida social. Este tipo de derechos implican la actuación del Estado o de otros sectores políticos que permitan su realización, es decir, entrañan

por lo general una obligación de hacer (otorgar los medios materiales). La obligación del Estado radica en un deber imperativo de dedicar, dentro de sus posibilidades económicas, los recursos necesarios para la satisfacción de tales derechos. Buscan habilitar a las personas para ser agentes de su propio desarrollo; encontrándose el derecho a la educación y el de protección a la salud, en la base de los demás.

Los derechos de tercera generación, no han concluido su etapa de gestación, presentando una regulación jurídica incompleta. Tienen su origen en las nuevas necesidades del hombre y de la colectividad, requieren de instrumentos jurídicos tanto del derecho internacional como nacional. Se distinguen por necesitar, para su definición un mayor grado de solidaridad que los derechos de primera y segunda generación, ya que son tanto de carácter individual como colectivo, toda vez que conforman el patrimonio común de la humanidad. Implican un alto grado de humanismo y universalidad, producto tanto de la eclosión de valores sociales, como del cambio paradójico que han traído consigo los últimos avances de la ciencia y de la tecnología, que entrañan una serie de retos y oportunidades para la existencia digna del ser humano, así como para la conservación de su hábitat.

El reconocimiento de los derechos de tercera generación a nivel constitucional ha puesto de relieve la problemática para el diseño de mecanismos eficientes y eficaces para garantizarlos. Como apunta Jellinek, se está ante el nuevo reto para dar respuesta a la llamada "contaminación de libertades" (*liberties' pollution*)<sup>3</sup>, en otras palabras, a la ignominia que soslaya a otros derechos ante el uso de los avances científicos y tecnológicos, que han producido colisión entre principios y normas jurídicas del mismo nivel, al tratarse de intereses difusos, que sólo pueden satisfacerse a nivel comunitario. Se trata de necesidades comunes a conjuntos indeterminados de individuos, no deslindables y por lo general, radican en circunstancias puramente fácticas. Lo que plantea el problema de la accionabilidad, es decir, el de la legitimación procesal.

La división por generaciones de los Derechos Humanos se ha realizado con un criterio histórico, porque en la medida que las sociedades van conociendo los elementos que se requieren para el auténtico desarrollo del hombre, los Derechos Humanos tendrán que ir ampliándose. Es por ello que todos los derechos que estas generaciones salvaguardan son igualmente importantes e interdependientes, ya que reflejan las necesidades que se van presentando al recorrer del tiempo.

## II. El Derecho a la Protección de la Salud, como Derecho Humano

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS): "la salud no sólo es la ausencia de enfermedad, sino un estado de completo bienestar físico y mental, en un con-

texto ecológico-social propicio para su sustento y desarrollo. La salud descansa en la esfera de prácticamente todas las interacciones, sociales y culturales, y es, con ellas, un componente sinérgico de bienestar social".<sup>4</sup>

Más tarde en 1978, la Conferencia Internacional sobre atención primaria a la salud (OMS-UNICEF) definió a la salud como: "el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades; es un derecho fundamental y el logro del grado más alto posible de la misma, es un objetivo social importantísimo en el mundo".

En tal virtud sostenemos que la salud es uno de los valores fundamentales y consustanciales al individuo y a la colectividad, pues sin una comunidad sana es difícil programar el desarrollo social. Así, la necesidad de proteger la salud individual y colectiva es de tal magnitud e importancia que se ha considerado, junto con la educación, como uno de los indicadores que gradúan el desarrollo de una nación.

De las definiciones de salud expuestas es posible concluir que no existe un derecho humano a la salud, en *strictu sensu*; sino sólo un derecho a la protección de la salud; en otras palabras, al establecimiento de las condiciones que permitan la prevención, el cuidado y la recuperación de la salud.

En la legislación supranacional existen dos normas que reconocen el papel de los Estados en la consecución del derecho a la protección de la salud. La de mayor relevancia la configura la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece en su artículo 25.1 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, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad."

La Declaración Universal de los Derechos Humanos se encuentra desarrollada por dos Pactos Internacionales, ambos suscritos por México. El primero de ellos se refiere a los Derechos Humanos de Primera Generación, y el siguiente a los de Segunda Generación (derechos económicos, sociales y culturales). Este último, concretó en su artículo 12 el reconocimiento del derecho de toda persona al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental; así como, las labores encomendadas a los Estados Firmantes para la efectiva protección del derecho a la salud, entre las que se encuentran: a) la reducción de la mortalidad y la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos los 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 y, d) la creación en condiciones que aseguren a todos asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad.

Como es posible advertir un concepto de salud de carácter estático resultaría discordante con lo establecido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el concepto de salud transmuta conforme cambia la realidad histórico-social y los avances técnico-científicos.

### III. El derecho a la protección a la salud en México

El Estado no crea Derechos Humanos sólo los reconoce a través de su marco jurídico, es decir, precisa su extensión, así como sus modalidades, además de establecer los procedimientos para su tutela, como es visible en el artículo 1º de la Constitución: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las Garantías que otorga la Constitución, las cuales no podrán suspenderse o restringirse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece." Nuestra Constitución reconoce los Derechos Humanos y los positiviza con la figura jurídica de garantías individuales.

El Derecho Humano a la protección de la salud fue reconocido en nuestro sistema jurídico en la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación del 3 de febrero de 1983, al considerar el constituyente permanente urgente establecer las condiciones básicas de salud por la "innegable vinculación que existe entre el mejoramiento de la salud, el bienestar de la población, la distribución del ingreso, el empleo, el disfrute del tiempo libre, el incremento de la productividad y de la producción, todos ellos retos a los que se enfrentan las sociedades que buscan ser cada vez más igualitarias... Con la reforma constitucional se buscó dotar de un marco programático sólido para que la actividad gubernamental se encaminara a dar protección a la salud de todos los mexicanos, con la participación de la sociedad e individuos beneficiarios."<sup>5</sup>

La Constitución reconoce que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, sin embargo, para dar cumplimiento a éste derecho el propio texto constitucional establece que sea la ley la que determine la forma de acceder a los servicios de salud y las condiciones bajo las cuales se hará. Así, para hacer efectiva esta garantía se requiere de un adecuado sistema normativo que la dote de contenido real, la desarrolle y determine sus alcances; de una instancia que ejerza las funciones de rectoría en la materia, así como de la participación de la sociedad en el cuidado de la salud.

La Ley General de Salud determina las finalidades del derecho a que se hace referencia; define y clasifica a los servicios de salud, estableciendo cuáles son básicos; fija una clasificación de los prestadores de los mismos y, con base en ella, señala a los grupos de población que deben atender y las condiciones bajo las cuales ha de hacerlo, comprendiendo tanto a instituciones públicas como privadas. Adicionalmente, define quiénes son los usuarios de los servicios y reconoce que, independientemente de su situación económica, las personas tienen derecho a servicios de calidad.

Como se colige de lo expuesto, el derecho a la protección de la salud fue concebido como un Derecho Social,

que a decir de Héctor Fix Zamudio es “el conjunto de normas jurídicas nacidas con independencia de las ya existentes, y en situaciones equidistantes respecto de la división tradicional del Derecho Público y del Derecho Privado, como un tercer sector, una tercera dimensión, que debe considerarse como un derecho de grupo, proteccionista de los núcleos más débiles de la sociedad, un derecho de integración, equilibrado y comunitario». <sup>6</sup> Concebir el derecho a la protección a la salud sólo como un Derecho Social, implicó su definición como norma programática, ausente del elemento coactivo, ya que como señala José Ramón Cossío Díaz en su libro *Régimen autoritario y dogmática constitucional*, la concepción de la Constitución ligada al movimiento revolucionario, despojó a los Derechos Sociales de su carácter normativo, por no ser accionables a través del juicio de protección de garantías, porque este tipo de derechos se configuran como normas ideológicas que sólo establecen la obligación de hacer un plan de gobierno. Luigi Ferrajoli afirma que el simple enunciado constitucional de los Derechos Sociales, al no ir acompañado de garantías suficientes, tales como medios de defensa y tutela jurisdiccional, similares a las que tienen los derechos individuales no se traducen en prestaciones públicas suficientes.<sup>7</sup>

A dos décadas de su aplicación el derecho a la protección de la salud, es interpretado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como garantía individual, reconociéndole al gobernado el amparo y protección de la justicia federal ante la negativa de las autoridades a proporcionarle servicios de salud:

SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS. La Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud que consagra el artículo 4o., párrafo cuarto de la Carta Magna, establece en sus artículos 2o., 23, 24, fracción I, 27, fracciones III y VIII, 28, 29 y 33, fracción II, que el derecho a la protección de la salud tiene, entre otras finalidades, el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfaga las necesidades de la población; que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad; que los servicios de salud se clasifican en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social; que son servicios básicos de salud, entre otros, los consistentes en: a) la atención médica, que comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias, definiéndose a las actividades curativas como aquellas que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno; y b) la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud para cuyo efecto ha-

brá un cuadro básico de insumos del sector salud. Deriva de lo anterior, que se encuentra reconocido en la Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud, el que tal garantía comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos básicos correspondientes conforme al cuadro básico de insumos del sector salud, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte del sector salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que se encuentra consagrado como garantía individual, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos.<sup>8</sup>

En este tenor, la Ministra Olga Sánchez Cordero ha sostenido el criterio en el siguiente sentido: “aún cuando no pueda afirmarse que desde la Constitución Federal se otorgue al particular un derecho subjetivo que obligue coactivamente al Estado para hacer efectivo dicho derecho; en el preciso momento en que el legislador desarrolla los principios fundamentales en esta materia, o como lo dice expresamente el texto constitucional *define las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud*, surge de esta forma el derecho del gobernado el derecho para exigir, siempre que se encuentre dentro de la hipótesis legal, el cumplimiento de su derecho constitucional, y en caso de que éste sea desconocido, podrá acudir al juicio de amparo reclamando la violación a su derecho constitucional a la protección a la salud. De esta forma podemos concluir que una vez regulado a nivel constitucional el derecho a la salud, el legislador ordinario no puede desconocerlo; sino, por el contrario, se ve obligado a regularlo conforme a lo que dispone la propia Carta Magna, con lo que se materializa el derecho del individuo para combatir aquellas situaciones que llegaren a violentar sus garantías individuales.”<sup>9</sup>

“Sin embargo, este hecho no desmerece la enorme importancia de la norma constitucional en la materia, pues su a parquedad a la hora de pronunciarse sobre el tema de la salud no debe confundirse con un desinterés del legislador constituyente. Bien al contrario, la Constitución consagra la protección a la salud como valor superior del ordenamiento jurídico, obligando a los poderes públicos a organizar la efectiva tutela de la salud pública. La consagración constitucional de este valor jurídico lo torna indisponible para el legislador ordinario, que se ha de limitar por tanto a procurar el fin, siendo de elegir los medios... Y aún más, al constituir la Constitución un sistema de valores y no un simple

enunciado inconexo de principios, la protección a la salud opera necesariamente como valor vinculado a otros, formando el entramado básico en torno al cual se construye el resto del ordenamiento jurídico que da cuerpo al sistema político.<sup>10</sup>

Como puede apreciarse uno de los factores esenciales para lograr la eficacia en el Derecho es la tarea que realizan los jueces. Al interpretar el derecho lo actualizan, ajustando el criterio de aplicación a las nuevas circunstancias, a fin de que la norma responda a las exigencias de la realidad histórico-social.

Es "por esto, que las resoluciones judiciales deben de ser un factor a considerar en la formulación de instrumentos jurídicos. La función de los tribunales al interpretar la ley abre la posibilidad de accionar derechos y refleja la evolución respecto a la aplicación de cierta norma, por lo que es necesario que ésta se haga explícita en normas generales."<sup>11</sup>

Dentro de esta mecánica del cambio se inscribe la reforma a la Ley General de Salud para incorporar el llamado Seguro Popular. En efecto, el Diario Oficial de la Federación publicó el día 15 de mayo de 2003, la adición a la Ley del Título Tercero Bis "De la Protección Social en Salud". Mediante la citada reforma con apoyo en la base constitucional contenida en el párrafo tercero del artículo cuarto, se concede a todos los mexicanos el derecho a ser incorporados al Sistema de Protección Social en Salud con la garantía del Estado al acceso efectivo, oportuno, de calidad, sin desembolso al momento de utilización y sin discriminación a los servicios médico-quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios que satisfagan de manera integral las necesidades de salud, mediante la combinación de intervenciones de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y de rehabilitación, seleccionadas en forma prioritaria según criterios de seguridad, eficacia, costo, efectividad, adherencia a normas éticas profesionales y de accesibilidad social. Coincidimos con los doctrinarios, que sin protección a la salud por los poderes públicos, sin políticas públicas de salud, difícilmente podremos hablar de libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, de democracia. "Corresponde al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad <<cuando están en juego derechos fundamentales>>".<sup>12</sup>

#### IV. Violaciones a la Garantía Individual del Derecho a la Protección en Salud

En materia de Derechos Humanos la Constitución tiene una doble función. La primera como legitimizadora de la intervención del Estado; y la segunda como limitativa de los poderes de la unión.

"El derecho a la protección de la salud obliga a una protección de carácter activo por parte del Estado. En cualquier caso, esta intervención no es libérrima, sino que está sometida a ciertos límites, como los que derivan del ejercicio de otros derechos constitucionalmente protegidos. Así,

la libertad terapéutica del profesional sanitario y la libertad de elección del paciente forman un binomio de protección de la libertad individual frente a la intervención del Estado, que de ese modo no pueden tener carácter absoluto. La postura del ciudadano como receptor del servicio público de salud obliga también a tener en cuenta el necesario respeto a su derecho a la información, derecho que se materializa con la singular figura del consentimiento informado."<sup>13</sup>

El ordenamiento jurídico que se encuentra en constante cambio redefine el concepto de salud que merece protección, para reaccionar así ante las cambiantes demandas sociales, por lo que es posible afirmar que la salud es un valor dinámico.

Una definición actualizada del derecho a la protección de la Salud, nos lleva a afirmar que: es un sistema de normas jurídicas que tienen por objeto garantizar la protección de la salud como valor supremo del hombre, mediante la rectoría del Estado con la participación responsable de la sociedad y de cada una de las personas que la componen, con fines de justicia social, por medio de la equidad, calidad y apoyo financiero.

A manera de ejemplo, pueden llegar a constituir violaciones a la garantía individual de protección a la salud, casos relacionados con:

1. Negativa a la prestación de servicios de atención médica y básicos de salud.
2. Discriminación.
3. Carencia de recursos necesarios para atender ciertos padecimientos.
4. Eliminación o no inclusión injustificada de medicamento en el Cuadro Básico.

La *mal praxis* de los prestadores de los servicios de salud, no puede tratarse como violación de Derechos Humanos por no tener el carácter de garantía constitucional.

#### Referencias

- 1 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 2002<sup>3</sup>, p. 37.
- 2 Cfr., Bidart Campos, Germán, J. Herrendorf E., *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1991, p.p. 86,87.
- 3 Cfr., Jellinek, George, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Ed. Arbatros, 1980, p.p. 276-279.
- 4 Constitución de la Organización Mundial de la Salud, suscrita en Nueva York el 22 de junio de 1946.
- 5 Moctezuma Barragán, Gonzalo, "Perspectivas de la Legislación de la Salud", en: *Los grandes problemas jurídicos. Recomendaciones y propuestas. Estudios jurídicos en Memoria de José Francisco Ruiz Massieu*, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1995, p. 216.
- 6 Fix Zamudio, Héctor; citado por Díaz Alfaro Salomón, *Las Garantías Sociales en la Constitución de 1917*, Tesis Profesional, Ciudad Universitaria, México, 1979. p.60.
- 7 Cfr., Ferrajoli, Luigi, *op. Cit.*, p.p. 63,64.
- 8 Ministro ponente: Mariano Azuela Gútrón. Novena Época, Semanario Judicial de la Federación, Pleno; Tomo XI, marzo de 2000, Tesis XIX/2000, p. 112.
- 9 Sánchez Cordero, Olga, "El Derecho Constitucional a la Protección de la Salud. Su regulación Constitucional y algunos precedentes relevan-

tes del Poder Judicial de la Federación en México”, en: *Revista CONAMED*, Año 4, vol. 6, núm 17, octubre-diciembre, 2000, p.p.12, 13.

- 10 Acosta Gallo, Pablo, *Salud, profesiones sanitarias y Constitución española*, Ed. MAPFRE, Madrid, 2002, p.p. 3, 4.
- 11 Moctezuma Barragán, Gonzalo, “Técnica legislativa en Materia de Salud”, en: *Propuestas de reformas legales e interpretación de las normas existentes*, Ed. Themis-Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, 2002, T. II, p. 1513.
- 12 Acosta Gallo, Pablo, *op. cit.*, p. 29.
- 13 *Idem*, p. 25.

## El acto médico y el derecho sanitario

Octavio Casa Madrid Mata

*Es licenciado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, académico de la Academia Nacional Mexicana de Bioética, consejero de Sociedad Mexicana de Bioética, asociado de la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística. En su desempeño profesional destaca el haber sido Subdirector de Apoyo Normativo y Concertación de la Dirección General de Regulación de los Servicios de Salud y Asesor Jurídico de la Subsecretaría de Servicios de Salud, ambos en la Secretaría de Salud. Así mismo, ha desempeñado los cargos de Director General de Compilación y Seguimiento y asesor del Comisionado Nacional. Ha sido profesor de derecho sanitario en el Diplomado y la maestría en Bioética en la Universidad Anáhuac. Ha publicado diversos estudios y ensayos jurídicos. Igualmente, ha publicado diversos ensayos y artículos jurídicos, de Filosofía, de Filosofía del Derecho y de Historia y es autor de cinco libros de poesía. Actualmente se desempeña como Director General de Arbitraje de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y Presidente de la Asociación Mexicana de Derecho Sanitario, asociación afiliada a la Asociación Iberoamericana de Derecho Sanitario.*

*“Estos son los preceptos del derecho, vivir honestamente, no ofender a otro dar a cada uno lo suyo.”  
Ulpiano.*

Agradezco mucho la invitación, es un gusto estar con ustedes; el tema que habremos de revisar el día de hoy, sin duda es uno de los más complejos del Derecho Sanitario, sin embargo, reviste un gran interés práctico; y amerita su abordaje por la literatura jurídica, especialmente en razón de ser exigua en cuanto al tema se refiere.

Los objetivos de esta presentación, son los siguientes:

- Señalar la naturaleza jurídica del acto médico.
- Plantear su clasificación jurídica y notas distintivas.
- Precisar sus diferencias con el acto administrativo y el acto mercantil.
- Presentar, a lo largo del mismo, algunas conclusiones sistemáticas.

*Y todo empezó en un acto médico...*

En los relatos bíblicos se refiere la creación del hombre, en ellos observamos algunos ejemplos de acto médico.

Así se refiere que Adán es *polvo insuflado de vida* y el **Pantocrátor**, es decir, el **Todopoderoso** otorgó al primer hombre el soplo divino.

Pero hay otros citables, es en la Biblia donde se hace famosa a la costilla de Adán; fue extraída para dar origen a una nueva vida. La anterior es, igualmente, una estampa del derecho sanitario, se trataría de una especie de ejercicio del derecho a la disposición del cuerpo humano. Quien esto escribe no podría establecer si se trató de un acto de trasplante, clonación o algo parecido, sin embargo, algo sucedió por ahí.

En el imaginario cristiano, la idea del trasplante está presente en el milagro de los Santos Cosme y Damián, tales santos reemplazan la pierna de un paciente con cáncer por la pierna de una persona fallecida. Es decir, la idea de acto médico ha estado presente desde siempre.

El tema a examen reviste enorme interés práctico y se inscribe en el estudio de la teoría general del derecho y la ley de causalidad jurídica que puede expresarse siguiendo a Fritz Schreier de la siguiente manera: *toda consecuencia jurídica hallase condicionada por determinados supuestos.*

En ese contexto, de la naturaleza jurídica del acto médico dependerá su tratamiento en la legislación positiva y, en consecuencia, la atribución de derechos y obligaciones a los elementos personales de la relación jurídica médico – paciente.

Debemos recordar: el derecho opera mediante ficciones, es decir, *construcciones ideales que se hacen en las normas de derecho, a las que se asigna un valor hipotético o instrumental, debido a su aptitud para facilitar una concepción jurídica o para provocar una realidad deseada e inexistente, considerada preferible a la actual y con la finalidad de facilitar la aplicación de los preceptos jurídicos.*

Es decir, la ficción es un supuesto del que parte el legislador para atribuir derechos y obligaciones.

Siguiendo a Federico Jorge Gaxiola Moraila, podemos señalar que la ficción en derecho tiene los siguientes propósitos:

- Servir a las instituciones establecidas.
- Introducir instituciones nuevas.
- Salvar el espíritu y forma de la norma.