



El Derecho Sanitario en México

Lic. Octavio Casa Madrid Mata

Egresado de la Facultad de Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, ha sido Profesor de Derecho Sanitario en el Diplomado y Maestría en Bioética en la Universidad Anáhuac, fue integrante de la Comisión Redactora de la Ley General de Salud, de tres de sus seis reglamentos, así como de diversas normas técnicas y oficiales mexicanas. Ha tenido cargos en la Secretaría de Salud, ha 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. Ha publicado varios libros sobre Derecho Sanitario, estudios y ensayos jurídicos, históricos y filosóficos. Autor de cinco libros de Poesía. Actualmente es Director General de Arbitraje en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

Quiero agradecer especialmente a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y en particular al Doctor Carlos Tena Tamayo el apoyo que ha estado dando a esta noble tarea, de trabajar el Derecho Sanitario. Me gusta cuando, hace veintitantos años, empezamos estas actividades y a veces buscábamos algún auditorio, algún lugar para presentar estos temas a veces era simplemente la asistencia de una, de dos, de tres personas y ahora creo que la asistencia no solamente lo reconcilia a uno con la vida, sino que se da uno cuenta que era correcto lo que estábamos haciendo y que ésta es la piedra de toque de algo que suena fascinante; suena interesante, y no sólo esto. Creo que el día de hoy, nos estamos dando cuenta que en esta materia jurídica, México está buscando la mayoría de edad y eso es lo que venimos a hacer el día de hoy.

Este trabajo está hecho a la memoria de Don Luis Jiménez de Asúa que, sin duda, fue quien rescató el Derecho Sanitario e inició la fase científica en Europa en los 20 y 30's.

Goethe ha dicho: El hombre ha nacido no para resolver los problemas del universo, sino para descubrir dónde empiezan los problemas y mantenerse, después, dentro de los límites de lo comprensible.

El presente trabajo tiene los siguiente elementos: iniciaré con algo de historia, hablaré un poco de lo que es el Derecho Sanitario y su sistemática y, por supuesto, en el contexto del Derecho Mexicano. Ya hemos obtenido la colaboración del destacado profesor Oswaldo Romo Pizarro, de Don Francisco Javier León Correa que nos han dado un poco la visión europea y latinoamericana del asunto. A mí me toca hablar de lo nacional, hablaré un poco del problema de la ley y para empezar a abrir boca, pues esto va hilado con la siguiente participación que es el análisis de los dilemas Bioéticos. Un poco al antagonismo ética y científicismo y, un poco, al visado sobre el futuro.

Siguiendo a Ignacio Roger Romo, la historia de la medicina puede ser estudiada en las siguientes etapas y, por supuesto, no me quiero meter en los terrenos de Don Carlos Fernández del Castillo que el día de hoy nos honra con su presencia.

Pero es de sobra sabido que hubo una edad de la fundación, una edad de la transición, una edad de renovación, un período erudito, un período reformador y un período de esplendor.

Como en cierto sentido quienes me han antecedido en el uso de la palabra se han referido a esto, no insistiré mucho, pero sí es importante tomar en cuenta que el Derecho Sanitario es tan antiguo, como la historia del Derecho.

El primer código escrito, el de Hammurabi, norma ya la práctica de la medicina así también, en el código de Ur Namur y en el Espejo de las Mujeres, ya se encontraban incipientes regulaciones de carácter sanitario. Quiero recordar, simplemente, que en el Levítico es donde se instaura el régimen jurídico de la atención epidemiológica.

En la Biblia y el Corán, por supuesto, la función médica se identifica con la sacerdotal; Hipócrates, Galeno y Pitágoras emiten ordenamientos específicos y vean ustedes la antigüedad de que datan las disposiciones de que estoy haciendo referencia. Desde Hipócrates, se establece el código y todavía sigue teniendo la

suficiente riqueza, tan es así que nos siguen teniendo con auditorios llenos, discutiendo estos temas.

En la edad de la renovación Jenner descubre la vacuna contra la viruela, hace la investigación clínica en él y sus hijos y esto lo cito porque esta situación desde el ángulo jurídico de nuestros días; por supuesto sería bastante más que opinable, pero en aquella época se permitió.

Cuando Crawford W. Long en 1842 duerme a sus pacientes, encontramos que las reglas de *Lex Artis* no eran exactamente las mismas. Es anestesiada la Reina Victoria y recuerden ustedes el gran impulso que dio la aceptación del uso de la anestesia por la Reina, para que se generalizara el procedimiento.

Pero veamos qué pasa con Pasteur y su impacto en lo jurídico, no nada más impactó este gran hombre, en las ciencias, en la medicina, en la salud pública; impactó el mundo jurídico y ahora procederé a explicar por qué.

Todos sabemos que Pasteur entre sus grandes contribuciones establece la teoría microbiana de la enfermedad. Pero ¿qué decía? y recuerden ustedes la emotiva comparecencia del maestro en la Academia Francesa: "El agua, la esponja y las hilas con que ustedes limpian y cubren la herida dejan sobre ésta los gérmenes que en muy corto tiempo causarán la muerte de los operados".

Es un gran brinco en la *Lex Artis*. Lister emplea la antisepsia y originalmente utilizó ácido fénico, lo utilizó más puro y se produjeron quemaduras bastante representativas. Después, utiliza una fórmula diluida y, ulteriormente, se desarrolla el sistema antiséptico. Si nos damos cuenta, es a partir de Pasteur, de Lister, en que se da el gran brinco, junto con ello Robert Koch identifica los agentes causales de diversas enfermedades.

En esos términos, a partir de ese momento la *Lex Artis* establece una serie de constantes que son válidas. Ahora nadie podría pensar, por ejemplo, en que alguien hiciera una cirugía a la manera de los antiguos cirujanos, previos a la época de Pasteur, en el cual se ponían aquel mandil de carnicero y generaban cirugías totalmente sépticas.

Pero qué pasa en México, pues hay quien dice que el Derecho Sanitario es muy nuevo o que es una moda extranjera o un tanto arcano o esnobista. Veamos qué pasa en nuestro país.

Según nos refiere Don Francisco de Asís Flores y Troncoso, el primer código sanitario se emitió nada menos que por Netzahualcóyotl. La primera autoridad sanitaria encargada de regular la atención médica en México fue el Tribunal del Protomedicato y veamos aquí la imagen del Generalísimo Morelos.

Morelos, nos habla en sus *Sentimientos de la Nación* de que la salud del pueblo es la suprema ley y la primera gran reforma sanitaria es iniciada por el que fue primer y único presidente médico: Valentín Gómez Farías.

El primero que emplea en una norma jurídica el término salud es Benito Juárez. Maximiliano es el que instaura el control sanitario de la prostitución, pero es importante porque además estableció una colaboración científica importante. Es el primero que establece un registro público fotográfico y fue necesario para esta difícil materia, ahora de salubridad local.

Benito Juárez instaura el Consejo Superior de Salubridad y a los pocos días de haber instaurado ésta que fue una de las tareas importantes de su vida, el Presidente del Consejo Superior de Salubridad fue el encargado de hacer la primera certificación médico-forense publicada en Diario Oficial. Y no fue ni más ni menos que la constatación científica de la defunción de Benito Juárez. Pero Benito Juárez también promovió la emisión del primer Código Sanitario.

No fue posible emitirlo inmediatamente, pero se instaura la Escuela Mexicana de los Higienistas y dentro de ella, me interesa destacar especialmente a Don Luis Hidalgo y Carpio, Padre de la Medicina Forense en México, señala que: *lesión es toda alteración en la salud*. Esta definición jurídica ha dado la vuelta al mundo y fue oriunda de un mexicano, de uno de los primeros sanitaristas mexicanos.

Más adelante a Porfirio Díaz, le tocó en suerte publicar dos códigos sanitarios pero en particular me interesa referirme al primero de carácter científico, que data de 1891. En 1908, propuesto a iniciativa presidencial de Porfirio Díaz, se instaura el régimen jurídico de la salubridad general de la República y quiero mencionar aquí que la salubridad general de la República es un concepto jurídico sanitario prevalente en nuestro país; es una definición de carácter constitucional a través de la cual, simplemente se establece el régimen competencial y se diferencia lo que son las atribuciones de la Federación y de las entidades federativas.

En 1917, en el contexto de la iniciativa constitucional que no fue prevista por él sino en el Congreso Constituyente se establece el Consejo de Salubridad General de la República.

Más adelante, en 1973, se emite el último Código Sanitario Nacional y se instaura el régimen de la disposición del cuerpo humano. En 1982, entre otros hitos importantes, se discute el derecho a la protección de la salud y, en 1983, forma parte de las garantías constitucionales.

En ese año, se inicia la reforma sanitaria que no hemos completado, llevamos 20 años y seguimos trabajando en esta empresa. En 1984 inicia su vigencia la Ley General de Salud, la que todos ustedes conocen.

A partir de estos científicos se genera un nuevo fenómeno jurídico, exigir el uso de medios de manera generalizada, esto genera el concepto jurídico de obligaciones de medios y se refiere al uso de medicamentos, equipo, órganos, tejidos y, en general, insumos, técnicas y procedimientos.

Ulteriormente, a partir de la experimentación científica y el humanismo de la post-guerra, se exige retirar de la atención insumos y prácticas ineficaces o inhumanas y esto origina una obligación adicional, la de actualizar el conocimiento.

Ahora se habla del concepto de impericia, el moderno concepto jurídico de impericia, no es el ignorante. solamente, también es el ignaro, el que no se ha actualizado.

La obra que inicia, insisto, el período científico del Derecho Sanitario contemporáneo es la obra clásica *Libertad de Amar y Derecho a Morir* de Don Luis Jiménez de Asúa.

Se acusó al maestro de haber vertido conceptos antisociales, como el amor libre y la restricción voluntaria de la maternidad; nada mas ajeno a esto. El maes-

tro habló de la eugenesia, la eutanasia. El veía la catástrofe que se cernía sobre la humanidad con la guerra, la política seleccionadora y, entonces, inició un conjunto de reflexiones jurídicas para que la legislación sanitaria internacional buscara privilegiar el humanismo y la persona humana; desgraciadamente esto costó al maestro suspensión de cátedra y medio sueldo, él daba cátedra en la Universidad de Murcia y él hablaba de las *diatribas naranjeras* porque, por supuesto fue calumniado, fue satanizado; pero la respuesta de los catedráticos, independientemente de que fueran menos liberales que Don Luis, fue unánime: Hubo una protesta pública de carácter universitario por la suspensión del maestro.

Esto llevó a la reinstalación inmediata de la cátedra y su obra sigue siendo clásica, insisto. Recuerden ustedes que Don Luis Jiménez de Asúa fue el Presidente de la Comisión Redactora de la Constitución de la República Española y, ulteriormente, fue Presidente de la República Española en el Exilio y creo que esto es, un poco, el corolario de lo que tuvieron que sufrir algunos sanitaristas.

Pese a la evolución médica en algunas disciplinas jurídicas, se ha mantenido una constante, analizar los problemas médicos exclusivamente a la luz de los modelos decimonónicos; todavía sigue padeciendo nuestra legislación de conceptos tan pedestres -diría yo- como que la legislación laboral, en lugar de estupefacientes y psicotrópicos, hablan de drogas enervantes; ésta era la clasificación del siglo XIX y no se ha actualizado, desgraciadamente.

Especialmente, es preocupante recurrir a modelos punitivos para analizar el acto biomédico. Hemos visto, que, a veces, los juicios son verdaderos procesos de residencia en contra del médico. Para los que no sepan qué eran los procesos de residencia, diré lo siguiente: En el Derecho Novohispánico, cuando el Virrey terminaba su encargo, se establecía un tribunal de residencia que juzgaba si había desvíos, esencialmente porque debía enterarse el dinero necesario a la corona española y quería saberse si no era deudor de alguna cantidad de dinero y, tal pareciera, que mediante estos modelos punitivos, el médico después de atender al paciente, tendría que pasar a una instancia que revisara *de oficio* si es culpable o no de desviaciones. Esto es intolerancia, un intolerable sistema que, por supuesto, no es justo y podrá ser legalista, pero no tiene nada que ver con la justicia.

En esos términos, hay, además, quien supone que el Derecho Sanitario únicamente se refiere a la atención médica, veremos cuál ha sido la visión, insisto, de los sanitaristas mexicanos desde el siglo XIX a la fecha porque el cuerpo de doctrina nacional, que en algunos casos ha establecido criterios exportables a otros países, podemos entenderlo *como la rama del derecho público encargada de regular los actos de protección de la salud en sentido estricto, particularmente la acción sanitaria, la asistencia social y la atención médica*.

Si nos damos cuenta, se refiere a los grandes rubros de la atención a la salud, esto es, la salud pública especialmente por la acción sanitaria, la asistencia social, cuyo régimen jurídico se incorporó de manera sistemática a partir de la Ley General de Salud y la atención médica, que ha sido uno de los rubros esenciales.

Pero, además, el derecho sanitario posee autonomía conceptual y sistemática, un cuerpo de doctrina propio y un número significativo de normas.

Pero ¿Cuáles son los rubros esenciales? Por una parte el derecho constitucional a la protección de la salud, el régimen de la acción sanitaria que lo voy a definir de la siguiente manera: *Es el conjunto de actos públicos para la prestación de servicios de sanidad o de salubridad.*

Esa es la connotación jurídica proviene del derecho francés y aquí cito a Savatier, a Pequinet, Avóy y a los dos grandes tratadistas franceses que son Jacques Moreau y Didier Trouchet, hablamos de la atención médica, de la asistencia social, de la salubridad general de la República, del sistema nacional de salud, de la teoría de la ley jus sanitaria, de la legitimación de los programas públicos. Hay un conjunto de reglas, de principios, de doctrinas que tienen por objeto estudiar si un programa público se justifica, si no se justifica, si es legítimo, si no lo es.

La teoría de la acción popular que es inspirada en las *class actions* del sistema británico y por la cual, en el artículo 60 de nuestra Ley General de Salud, cualquier persona puede denunciar ante la autoridad sanitaria cualquier acto que ponga en riesgo la salud de las personas, bastando para dar curso a esta acción, que se mencione la causa de riesgo.

Por supuesto, la ética médica y con ello la Bioética y la Deontología que no son lo mismo y ya lo veremos en la siguiente mesa, la teoría de la legitimación del acto biomédico que ha sido el *caballito de batalla* en los últimos años; un poco por la demanda, y no tanto porque sea el único problema que necesitamos investigar o atender.

Por supuesto, el régimen jurídico de la investigación para la salud; uno de los filones más ricos del Derecho Sanitario que ha obligado a revisar la teoría general del Derecho en los últimos 50 años, y la teoría de la disposición del cuerpo humano. En esta teoría de la disposición del cuerpo humano tenemos que referirnos a la situación jurídica de un individuo, desde antes de nacer, hasta de post-mortem, pasando por toda la parte de Biotecnología, clonación, derechos de decisión, autonomía, paciente terminal, etc.

El régimen de policía sanitaria y por favor no confundan a la policía sanitaria con el gendarme de la esquina, no va por ahí.

Emiglio Buzzi que es uno de los tratadistas clásicos, nos dice que el régimen de policía *es aquél, merced al cual, en aras del orden público y para proteger un bien público se limita la actividad de los particulares.* Esa es la definición clásica del régimen de policía que en México se ha interpretado bajo los rubros de control sanitario de productos, servicios, publicidad, atención médica, etc.

Dentro de la parte procesal debemos destacar dos grandes rubros: el proceso contencioso sanitario y el arbitraje médico y hay que diferenciar lo siguiente: El arbitraje médico no es un proceso administrativo, es de naturaleza civil y se diferencia del contencioso sanitario. En el contencioso sanitario solamente hay dos partes, la autoridad sanitaria y el particular que pudo haber o no infringido rubros de disposiciones de policía (publicidad, reglamentación, etc.). Pero en el caso del arbitraje médico, se trata de resolver controversias de naturaleza civil por un tercero imparcial, que es muy distinto.

Y finalmente, uno de los rubros clásicos, que es el régimen de los delitos contra la salud y aquí me pasma hablar o recordar lo que de repente dicen algunos juristas, que piensan que los delitos contra la salud son los del narcotráfico; esto no es cierto, esos son solamente unos cuantos. La gran mayoría de los delitos contra la salud se encuentran legislados en la Ley General de Salud y voy a citar algunos: disposición indebida de aguas, contaminación de insumos, disposición indebida del cuerpo humano, uso de agentes patógenos, mal uso de radiaciones ionizantes, investigación clínica irregular en seres humanos, etc..

Sin embargo, a pesar de todo esto prevalece una visión fragmentaria y la necesidad de mayor profundidad de análisis.

El Derecho Sanitario, por lo tanto, no es mera Biojurídica, es algo mucho más profundo que estamos analizando en esta ocasión.

En las universidades europeas existen cursos de postgrado en Derecho Sanitario; sin embargo, en México apenas empieza un período de divulgación.

Hasta ahora la mayor parte de la doctrina jurídico sanitaria ha sido elaborada por personal médico, lo cual no es deleznable, pero nos ha dado algunos problemas ya verán más adelante por qué.

Las instituciones doctrinarias del Derecho Sanitario surgen esencialmente de la *lex artis medica* y hemos visto que las dos grandes fuentes formales del Derecho Sanitario son la *lex artis* y la ética médica, pero van a ver por qué hablo de problemas. Vean ustedes.

Escribe uno de los tratadistas clásicos del Derecho Sanitario Español, Ramón Martín Mateo y que, por supuesto, ha explorado el mundo de la Bioética y de la Deontología: *Ante la ausencia de una regulación adecuada y el escaso concurso de los juristas, han sido los profesionales de la medicina quienes han propiciado una auto-normación, recordemos que los bancos de semen, -vean de lo que estamos hablando- se constituyen entre nosotros como sociedades anónimas de naturaleza cultural.*

Vean ustedes si no esto no suena a un verdadero problema.

Por otra parte, por ejemplo, un constante vacío legal generó que la carrera espacial que también es parte del Derecho Sanitario, se llevara a cabo *de facto* empleando personal militar y esto era justificable pero cuál era la reglamentación: simplemente fueron órdenes militares y nada más. Pero ¿es correcto eso? Así, ante el conflicto entre el investigador y el regulador, algunos prefieren olvidarse de las normas del derecho. *Hay quien dice que no debe haber regulación en estas materias.*

En esos términos, no todo progreso tecnológico y, éste es un axioma del Derecho Sanitario, necesariamente entraña progreso moral.

La clonación, por ejemplo, supone generar, como dirían algunos autores, *fotocopias humanas*, hay que preguntarnos si queremos fotocopias humanas.

Y por ejemplo, aquí vean ustedes un ejemplo tomado de una revista *doce maneras de hacer un bebé*, interesante ¿No?

Escribe José Luis Pinillos en su obra *La Mente Humana*; al hablar de progreso, sin embargo, es preciso distinguir, por lo pronto, dos dimensiones del mismo;

progreso científico y técnico de una parte, y moral y artístico de otro. Indudablemente, es difícil demostrar que la humanidad, al menos la humanidad histórica, ha progresado sensiblemente en el orden moral y artístico, aunque también aquí el progreso es evidente si se opera con períodos de tiempo superiores a los que nos tiene habituada nuestra historia. De todas formas, en esta dimensión no técnica del progreso, siempre cabe argüir que las ciudades de los asirios no superaron a las de Dachau, Katar o Hiroshima.

Por otra parte, es menester señalar que la medicina es, además de ciencia y arte, un producto de la cultura; por ello existen, atendiendo al intérprete, diversos lenguajes de la medicalización; y esto es uno de los ángulos del problema, citaré aquí a uno de los tratadistas de la Bioética clásica Engelhardt que nos dice: hay distintos lenguajes de la medicina, uno de ellos habla de supuestas devaluaciones o defunciones, dolencias y deformidades “acceptables” pero en fin, opiniones sobre descripciones, otro habla de modelos explicativos causales y en fin, otro que habla de expectativas sociales.

El lenguaje técnico ha venido a convertirse en semiótica esotérica; esto genera divorcio con el no iniciado. En respuesta el no iniciado asume su medicina; decía Oswald Spengler que en esta época de alta tecnificación, se iba a regresar a un *charlatanismo funcional* y vean que ahora los charlatanes tienen Academias Nacionales de Charlatanismo y se anuncian como el último grito de la moda científicista.

Pero la misma enfermedad se asocia al sufrimiento, al *pathos*, es un desvalor que incide en la cultura, no siempre se acepta la idea de enfermedad y además, hay que reconocerlo, prevalece el inconsciente colectivo y el inconsciente colectivo también legisla, perdónenme, pero también legisla.

Y las expectativas sociales, por su parte, prohíjan duelos patológicos; se exigen resultados, se reta al juicio médico; existe un ámbito perfectamente pasional. Hay rechazo a la sobremedicalización también, pero da pábulo a la lucha ideológico-religiosa y aquí voy a decirles un problema, por ejemplo, en Derecho Sanitario, tenemos 30 años intentando modificar la legislación de aborto que es un problema de salubridad general de la República, para entender desde el ángulo de la salubridad general de la República el problema. Sin embargo, esto ha sido imposible. Hay dos posiciones extremas, como diría también mi queridísimo Maestro Don Mariano Jiménez Huerta, los liberalistas extremos y los tremendistas. Ninguno de los dos tiene razón. Lo que estamos viendo es que hay abortos sépticos, que hay problemas de salubridad general, hay individuos cuya vida no se salvó y estamos siendo partícipes de esto por una pésima legislación que todavía data del Siglo XIX y ha sido abandonada en todo el mundo.

Pero nos encontramos en algunos rubros al borde del nihilismo, no existe una forma de valoración secular general, hay un voluntarismo autoritario porque los grupos extremos que quieren reivindicar derechos, a veces, lo que buscan no es la reivindicación, no, es un autoritarismo para que los demás se plieguen a su punto de vista.

Incluso, de repente, nos vamos a enfrentar con que alguien llega y presenta una carta que es nula en el derecho mexicano, que la pretenden llamar Living

will, en donde dicen: perdóname, haz lo que yo quiera y si se me ocurre cambiar de opinión también y esto, por supuesto, es voluntarismo autoritario; pero también hay una moral de facto y hay quien pretende, como ya destacó el Doctor León Correa, buscar una moral de consenso y, por supuesto, no es la idea mediante la cual se puedan resolver los problemas.

Mientras el profesional busca la causalidad, el no iniciado busca el reforzamiento cultural. Ahora hasta el atavismo, insisto, busca expresión científica. Se pretende una teoría democratizadora de la enfermedad.

Por si fuera poco, no siempre es fácil hallar consenso en la *lex artis* y la deontología médica. Hay asuntos muy, muy difíciles, hay cuestiones de criterios.

Aquí vean ustedes una serie de los dilemas Bioéticos, simplemente lo hago para anunciar, para ir anunciando cuáles son, no los vamos a resolver en este momento, pero más adelante volveremos sobre lo mismo. Veán ustedes.

Existen tantos dilemas como intérpretes, frecuentemente existen planteamientos poco informados al respecto. Ese es uno de los grandes líos. Si bien el ámbito de examen, es por regla general, la medicina, se plantean situaciones extremas. Hay quienes han supuesto que existe un *derecho al suicidio*, el *derecho al hijo*, el *derecho al resultado curativo*, el *derecho a privar de la vida a seres sin valor* y no me cuenten que eso no existe. Se está pretendiendo entronizar de nueva cuenta en Holanda y estamos regresando al fantasma que ya veía Don Luis Jiménez de Asúa con la famosa y mal llamada eutanasia y recuerden ustedes que esto dio lugar a una doctrina jurídica atroz, aterradora, establecida por Carlos Binding quien dijo *no ver de ninguna suerte, impedimentos legales, éticos o sociales o médicos para privar de la vida a esta serie de seres sin valor*. Carlos Binding, fue el autor intelectual del régimen jurídico nazi.

Como podrá observarse, estamos actualizando, retrogradando a problemas que se supone debieron haber sido superados hace 50 años, lo menos.

Otros supuestos derechos: el *derecho a afrentar sexualmente a la mujer*, el *derecho a matar por motivos religiosos*. Mientras eso sucede, la medicina busca estudiar e incidir en la causalidad biopsicosocial *para curar y aliviar el dolor, insisto*.

Y entonces para evaluar un poco lo que es el progreso, nos dice el prestigiado tratadista español Don Manuel García Morente, que existen una serie de principios para establecer lo que sí es el progreso. **El primer grupo** se refiere a la realización de valores y en esto tendríamos que descubrir: se descubre o se inventa un valor, desde el punto de vista ético por supuesto. Transformar una cosa en bien, no es lo mismo una cosa que bien, y aquí quiero citar a mi queridísimo maestro Leandro Asuara Pérez, maestro emérito de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho que distinguía, que no es lo mismo una sociedad cosificada en donde los anti-valores son entronizados como los bienes fundamentales. Es un mundo al revés.

La institución destinada a realizar un valor, cuando se establece, también implica progreso. También lo implica la mejor realización de un valor. Los aumentos de bienes en cantidad y hablo de bienes en sentido filosófico, no nada más de acumulación de dinero, la disminución de males; por el contrario, **el aumento de los males siempre será un retroceso.**

En este primer grupo también, la conversión de un bien medio, en un bien fin, *no constituye progreso* y puede constituir detención o retroceso y aquí tenemos un gran antivalor en el mundo del Derecho Sanitario y la Bioética que se llama *instrumentalización*; esto es, *usar al individuo como medio y no como fin*. Granjas de individuos para órganos, para clonación, etc.

Segundo grupo. Es la estimación de valores, esto se consigue a través de la educación. Todo aumento en la capacidad humana para estimar valores es un bien, toda rectificación a aberraciones estimativas es progreso también y en el tercer grupo, cuando hablamos del juicio sobre el progreso universal, el fomento y desarrollo de un valor inferior, con detrimento de otro valor superior, es un retroceso. En cambio, el descubrimiento del problema y cambio de actitud sí es progreso. El fomento y desarrollo de un valor superior con detrimento de uno inferior, puede ser retroceso, **se debe buscar el paralelo desarrollo de los valores**. Los valores no son en sí incompatibles sólo la técnica de su realización puede ponerlos en conflicto. Vean ustedes, este es uno de los grandes problemas, que se están mal planteando, aquí surgen elementos metodológicos para resolver los dilemas, los cuestionamientos; **si se plantean correctamente, ellos mismos nos llevan a la solución**.

El progreso universal resulta de los progresos particulares, pero teniendo esencialmente en cuenta la jerarquía entre los valores y la lógica de lo razonable; por supuesto, no voy a insistir mucho en esto, está influida por la axiología, los valores, la realidad y la experiencia y recuerden ustedes, aquí deberíamos pensar en la congruencia entre los valores y lo posible.

En Derecho Sanitario se dice que **no todo lo que es posible, es permisible y por supuesto, no es justo** y me hago cargo que el problema es verdaderamente enorme, por una parte el imperativo categórico, esto es, la necesidad de actuar éticamente, se convierte en deberes, se convierte en máximas pero el imperativo técnico a veces se inspira en la necesidad; entonces, lo que **debemos empatar es la necesidad condicionada con el deber condicionado** y en ese sentido cumplir el imperativo categórico a la vez que el imperativo técnico. Esto es, la necesidad técnica, debe inspirar al imperativo categórico y retroalimentarse en el mundo de los deberes.

Esta es la gran tarea del Derecho Sanitario y de la Bioética, pero en medio de todo sabemos que existe un arbitrio, que cada quien es autolegisador y en este caso no estoy rescatando simplemente la idea Kantiana. En atención médica no se trata de establecer recetas de cocina, se trata de establecer criterios, parámetros generales, porque quien finalmente está estableciendo las normas, como derecho consuetudinario, *es el médico*.

Sin embargo, algunos soslayando este problema, vean por donde quieren orientar las cosas. Ya pretenden legislar un derecho penal tecnológico, se ha discutido la posibilidad de aplicar *congelación como pena*, ya hay corrientes en este sentido. Pero vean por ejemplo, qué pasa con el asunto de la congelación.

El Doctor James Bethword es el primer congelado. Falleció de cáncer. El 12 de enero del 67, los doctores Etinher, Nelson, Able, Prehoda y Hope introdujeron su

cadáver en una cápsula funeraria de 195 grados centígrados bajo cero y por qué creen que no hablamos en la Ley General de Salud de entierro, hablamos de destino final pues ya estaba prevista esta posibilidad de congelación, 195 grados bajo cero, mantenida con nitrógeno líquido. Todas sus células y bacterias están congeladas en espera de resurrección.

Pero el caso de Karen Quincan que también es verdaderamente difícil. Un tribunal autorizó en Nueva Jersey en 76, desconectar el respirador. La paciente sobrevivió una década en estado vegetativo. A veces los tribunales se equivocan.

Pero los problemas que hemos observado no solamente son de concepto, de criterio, de polemicidad sino que hay una invasión del ámbito federal en legislaciones locales. Por ejemplo, hay una entidad federativa, y no digo cuál, en donde hablan de sanidad marítima *cuando no tienen vista al mar*. No puede ser que exista ese tipo de legislación. Hay legislación a veces puramente conceptual. Ya han destacado que de repente legislan sobre clonación que no es un problema que se esté viviendo en estos momentos, recordando lo que decía Don Luis Recasinos Siches, *toda norma jurídica es la respuesta práctica a un problema práctico, sentido como de urgente solución* y perdónenme, hay asuntos sanitarios que requieren la atención inmediata del jurista y del sanitarista y no estar pensando, necesariamente, en principio, en la clonación.

Pero también, insisto, hay una cuestión que no parece muy justa: es una visión punitiva hacia el médico. Pero vamos a ver, por ejemplo, otro tipo de soluciones ineficaces, la legislación injustificada en el caso de fertilización asistida en el D.F. creo que es uno de los ejemplos de lo que no se debe hacer, inserción de delitos médicos injustificados, considerar, por ejemplo, al tráfico de órganos, delito de alta peligrosidad, se dice que es un crimen organizado, nunca hemos visto un caso y, sin embargo, están legislando con esto. Y en cambio, este tipo de normas ¿Saben qué están generando? que se pierdan por cada *periodicazo*, 80 transplantes de órganos en nuestro país, esto es lamentable.

Pero vean ustedes por ejemplo, los elementos "personales" o padres de una fertilización heteróloga, el aportante de espermatozoides, la madre de alquiler, aportante del óvulo y, sinceramente, no se necesitan mayores comentarios.

Vean ustedes un gran problema, a razón de dos aportaciones de células germinales, un aportante podría dar origen a 18,000 seres humanos, anualmente.

Pero vean lo que se legisló, van a ver qué interesante. Vean ustedes, es la fabulosa legislación y la reforma civil en el Código del Distrito Federal. *También se da el parentesco por consanguinidad en el hijo producto*. La Bioética ya no habla de productos sino de *nasciturus, de reproducción asistida y de quienes la consientan*. Entonces yo siempre les hago una broma: hay que decirles a los que votaron por parte de la Asamblea Legislativa, que *todos son los padres de esas criaturas*, entonces por favor *hay que demandarles pensión alimentaria*.

No es correcto legislar así. Esto tiene que ver con lo que en el derecho francés se llamaba pluralidad de padre y de madre que era una institución jurídica francesa que existía muchos años antes pero aquí la aplicaron mal pues ni doctrina había.

Pero vean otra regulación jurídica que me parece ineficaz, la omisión del informe médico forense. Creo que esto es muy claro. Y entonces vean ustedes este tipo de delito que yo no sé si simplemente era una violación administrativa y se les ocurre en el Distrito Federal, 6 meses a 3 años de prisión, perdóneme, me parece una reducción al absurdo.

Entonces la situación estriba en plantear estudios sistemáticos. Veán ustedes, estamos a tiempo de evitar el problema moral que se produciría de seguir el autoritarismo, ya vimos un ejemplo en Estados Unidos bastante lamentable. Veán ustedes, experimentos aberrantes y esto también es materia de Derecho Sanitario. Veán ustedes, está reportado, yo no lo he comprobado, pero se dice, lo he visto en varias publicaciones, cito la fuente *Muy Interesante*, que se han esparcido en Estados Unidos agentes patógenos en pequeñas poblaciones **para estudiar la resistencia de la población a la guerra biológica**. Yo no sé si esto sea cierto pero lo que sí les digo, que en México es un delito de alta peligrosidad y máxime si fueran agentes patógenos del grupo 4.

Veán ustedes a este personaje ampliamente conocido Frankenstein, vean lo que dice desde el punto de vista filosófico y aquí repito a Mary Shelley: *Maldito sea mi creador ¿Por qué me habrás dado forma de monstruo tan repugnante que hasta tú te alejaste de mí?*

Y es un problema filosófico, pero vean lo que dice Mary W. Shelley: *Una persona normal debe mantener siempre una mentalidad tranquila y pacífica sin permitir que esa tranquilidad se vea jamás trastornada por la pasión o los deseos transitorios, sin que piense que la búsqueda del conocimiento sea una excepción a esta regla.*

Tal sentencia debe estar inscrita en todas las legislaciones de investigación clínica: *si el estudio al que usted se dedica tiende a debilitar sus afectos y a destruir su inclinación hacia los placeres sencillos en los que no puede mezclarse contaminación alguna, entonces ese estudio es inmoral e inconveniente para la mente humana.*

Si se trata de un axioma del Derecho Sanitario, *si siempre se observara esta regla, si ningún hombre permitiera que ambición alguna se interpusiera en la tranquilidad de sus afectos domésticos, Grecia no hubiese sido esclavizada. César habría conservado su país, América hubiese sido descubierta más gradualmente y los imperios de México y el Perú no habrían sido destruidos.*

Por supuesto H. G. Wells, planteó la posibilidad de favorecer la infelicidad humana y recuerden *la Isla del Doctor Moreau*. Se trata de buscar nuevas posibilidades, ya se han previsto muchísimas situaciones, por ejemplo, posibilidad de borrar una memoria y qué hablar del genoma, etc. La alteración y reconstrucción de la personalidad humana, regeneración de órganos; entonces creo a título de conclusión operacional, a reserva de que habría mucho más que decir, pero simplemente en razón de tiempo, no quiero aburrirlos más.

En esos términos, los principios clásicos deben prevalecer, si bien interpretados a la luz de una nueva realidad y creemos que esa es la tarea de la Bioética y por supuesto del Derecho Sanitario. Les agradezco mucho su atención.

