

DERECHO MEDICINA^Y

Intersecciones y convergencias
en los albores del siglo XXI



ACADEMIA NACIONAL DE
MEDICINA DE MÉXICO



Suprema Corte
de **Justicia**
de la Nación



FUNDACIÓN MEXICANA
PARA LA SALUD A.C.

Primera edición: octubre de 2008

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Av. José María Pino Suárez, Núm. 2
C.P. 06065, México D.F.

D.R. © Fundación Mexicana para la Salud, A.C.
Periférico Sur, Núm. 4809
C.P. 14610, México, D.F.

D.R. © Academia Nacional de Medicina de México
Av. Cuauhtémoc, Núm. 330
Bloque "B" de la Unidad de Congresos del Centro
Médico Nacional Siglo XXI
C.P. 06725, México, D.F.

Impreso en México
Printed in Mexico

ISBN: 978-607-468-010-2

Esta obra estuvo a cargo de la Fundación Mexicana para la Salud, A.C. y de la Dirección General de Relaciones Públicas Nacionales e Internacionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Fundación Mexicana para la Salud, A.C. y de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Presidente

Primera Sala

Ministro Sergio A. Valls Hernández
Presidente

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas
Ministro Juan N. Silva Meza

Segunda Sala

Ministro José Fernando Franco González Salas
Presidente

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano
Ministro Mariano Azuela Güitrón
Ministro Genaro David Góngora Pimentel
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos

Comité de Publicaciones y Promoción Educativa

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Ministro Mariano Azuela Güitrón
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos

Comité Editorial

Mtro. Alfonso Oñate Laborde
Secretario Ejecutivo Jurídico Administrativo

Mtra. Cielito Bolívar Galindo
*Directora General de la Coordinación de
Compilación y Sistematización de Tesis*

Lic. Gustavo Addad Santiago
Director General de Difusión

Dr. César de Jesús Molina Suárez
*Director General de Casas de la Cultura Jurídica
y Estudios Históricos*

Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez
Director de Análisis e Investigación Histórico Documental

MESA DIRECTIVA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA DE MÉXICO

Dr. Emilio García Procel

Presidente

Dr. Manuel H. Ruiz de Chávez

Vicepresidente

Dr. Rafael Antonio Marín y López

Secretario General

Dr. Alejandro Treviño Becerra

Tesorero

Dr. Armando Mansilla Olivares

Secretario Adjunto

CONSEJO DIRECTIVO DE FUNDACIÓN MEXICANA PARA LA SALUD, A.C.

María Luisa Barrera de Serna

Presidenta del Consejo Directivo

Guillermo Soberón

Presidente Emérito

Manuel H. Ruiz de Chávez

Presidente Ejecutivo

Vicepresidentes

Juan Carlos Marroquín Cuesta, Juan Marc Duvoisin,
José Carlos Pérez y Pérez, José Alfredo Santos Asséo,
Héctor Senosian Aguilar, Misael Uribe Esquivel, Olegario Vázquez Aldir

Consejeros

José Manuel Agudo Roldán, Antonio Ariza Alducin, Jorge Bracero Cotty,
Jacqueline Butcher de Rivas, Clemente Cabello Pinchetti, Carmen Cabezut de Hill,
Oscar Francisco Cázares Elías, Frank J Devlyn,
Carlos Fernández González, Alejandro Galindo Acosta,
Pablo García Sainz, Emilio González López†, Erick Hágsater Gartenberg,
Flora Hernández Pons de Merino, Jorge Juraidini Rumilla,
Alejandro Legorreta Chauvet, Oswaldo Luiz Márquez Gola,
Francisco Lozano Martínez, Marta Mejía Montes,
Elías Mekler Klachky, Esteban Moctezuma Barragán,
Carlos Eduardo Represas de Almeida,
José Represas Pérez, Pilar Servitje de Mariscal,
Marco Antonio Slim Domit, Jacobo Zaidenweber Cvilich

Consejo Promotor de Competitividad y Salud

Pablo Escandón Cusi

Consejo Promotor de Tecnología para la Salud

Antonio López de Silanes

CONTENIDO

Introducción	11
Mensajes Iniciales	15
Dr. Manuel H. Ruiz de Chávez	17
Dr. Emilio García Procel	21
Mintro. José Ramón Cossío Díaz	25
Capítulo 1	
Medicina y Derecho: naturaleza y alcance	29
Dr. Manuel H. Ruiz de Chávez	31
Dr. Fernando Cano Valle	41
Mtra. Garbiñe Saruwatari Zavala	41
Dr. José Francisco Barragán Riverón	61
Capítulo 2	
Derecho y Salud	71
Lic. Rodolfo Lara Ponte	73
Dr. José Narro Robles	111
Alejandro Fernández Varela	111
Capítulo 3	
Pautas para el ejercicio y la práctica de la medicina científica	127
Dra. Carla Huerta Ochoa	129
Dr. Alberto Lifshitz	151
Capítulo 4	
Derecho penal	165
Dr. Raúl González Salas Campos	167
Dr. Gerardo Barroso Villa	197
Dr. Arturo Dib Kuri	207
Capítulo 5	
Derecho civil y derecho laboral	215
Lic. Eduardo Magallón	217

Dr. Carlos Campillo Serrano	253
Dr. Óscar Benacinni Félix	253
Dr. Juan Antonio Legaspi Velasco	267
Capítulo 6	
Seguro médico y valoración médico legal	279
Lic. Humberto Ruiz Quiroz	281
Dr. Luis Miguel Vidal	289
Capítulo 7	
Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED)	299
Dra. Eréndira Salgado Ledesma	301
Dr. Germán Fajardo Dolci	317
Dr. Heberto Arboleya Casanova	317
Dra. María del Carmen Doubon Peniche	317
Capítulo 8	
CONAMED. Revisión de casos prácticos	331
Lic. Sofía Gómez Ruano	333
Dr. Germán Fajardo Dolci	341
Dr. Heberto Arboleya Casanova	341
Dra. María del Carmen Doubon Peniche	341
Capítulo 9	
Bioética y el ejercicio de la práctica médica	367
Dr. Rodolfo Vázquez Cardozo	369
Dr. Guillermo Soberón	379
Capítulo 10	
Epidemiología y enfermedades infecciosas	393
Dr. Pablo Kuri Morales	395
Lic. Marco Michel Calderón	395

Capítulo 11	
Regulación farmacéutica. Elementos generales del marco jurídico	411
Psic. Luis Fernando Hernández Lezama	413
Capítulo 12	
Aspectos básicos del VIH/SIDA	429
Dra. Griselda Hernández Tepichin	431
Lic. Pedro Morales Aché	439
Capítulo 13	
Genómica y Biotecnología	455
Dra. Ingrid Brena Sesma	457
Dr. Gerardo Jiménez-Sánchez	471
Lic. César Lara Álvarez	471
Dr. Xavier Soberón Mainero	493
Capítulo 14	
Adecuaciones al marco jurídico vigente y elementos de derecho comparado	499
Dr. Manuel H. Ruiz de Chávez	501
Dr. Alejandro del Valle Muñoz	501
Dr. Gonzalo Moctezuma Barragán	519
Mensajes Finales	533
Dr. José Narro Robles	535
Dr. Manuel H. Ruiz de Chávez	537
Mintro. Guillermo I. Ortiz Mayagoitia	541
Índice de Autores	545

Introducción

La intersección de conocimientos y experiencias, la compenetración de disciplinas y campos del saber que inciden en los aspectos esenciales de la vida, el bienestar y la libertad de individuos y grupos sociales, como son el derecho y la medicina, se ha tornado imperativa en las últimas décadas.

Desde siempre, la medicina y el derecho han transitado firmemente enlazadas en una interacción que evidencia su mutua dependencia y revela un interés recíproco que supera coyunturas y circunstancias fortuitas, pues muestra una complementación que tiene que ver con el tipo de hombre y de sociedad que requerimos en el presente y queremos construir para el futuro.

Bajo esta perspectiva, su vinculación ha de ser vista, necesariamente, como un diálogo en donde las ciencias médicas y de la salud abren sus puertas y la ciencia jurídica ha de enriquecer sus bases para aplicar adecuadamente su normativa jurídica, a fin de resguardar tres valores básicos: la vida misma, la libertad y el conocimiento.

Los textos reunidos en el presente libro son una muestra fehaciente de esa vinculación estrecha entre derecho y medicina. Su origen es precisamente el **Seminario Derecho y Medicina**, celebrado de agosto a diciembre de 2007, cuya finalidad fue acrecentar y actualizar las bases y fundamentos que los sustentan, a fin de instrumentar la aplicación de la justicia en México.

El Seminario surgió a iniciativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, con apoyo de la Fundación Mexicana para la Salud y de la Academia Nacional de Medicina de México, consideró indispensable su realización para disponer de un espacio adecuado para intercambiar conocimientos, reflexiones y experiencias de destacados especialistas de ambas disciplinas quienes, en su oportunidad, abordaron los temas más significativos para nuestra sociedad, evidenciando esa vinculación que hemos encomiado.

Con estos objetivos claramente definidos, bajo la coordinación del Ministro José Ramón Cossío Díaz y del Dr. Manuel H. Ruiz de Chávez, Presidente Ejecutivo de la Fundación Mexicana para la Salud, A.C., se precisaron temas y programas de actividades, habilitándose el espacio de intercambio y convivencia de este foro selectivamente integrado por expertos en las materias a exponer, analizar y debatir, buscando arribar a una visión integral, global y actualizada de este vasto universo de relaciones de dos disciplinas multidireccionales en sus proyecciones científicas y humanísticas.

Así, las páginas siguientes recogen, a lo largo de catorce capítulos, las aportaciones de 30 reconocidas personalidades del derecho y la medicina cuya trayectoria profesional comprende diversos campos: desde médicos especialistas, investigadores en diversas áreas de la salud, la medicina y el conocimiento jurídico, hasta funcionarios públicos, representantes del ejercicio privado de la medicina y el derecho y, desde luego, profesionales de la impartición de justicia en nuestro país.

En sus textos se incluyen, asimismo, los mensajes y reflexiones expresados tanto en la sesión inaugural como en la de clausura del Seminario, que esencialmente estuvo dirigido a los miembros del Poder Judicial de la Federación.

Entre los principales temas que se abordan destacan: Medicina y Derecho: naturaleza y alcance; Características y ámbitos del derecho a la protección de la salud; Desarrollo del derecho a la protección de la salud a partir de las demandas sociales de los ciudadanos; Relación entre el derecho a la protección de la salud y los derechos humanos; La medicina genómica y el derecho; El VIH-SIDA y el derecho; El derecho a la protección de la salud desde la perspectiva comparativa de los sistemas latinoamericanos de salud y del derecho internacional, así como Adiciones y cambios a la Ley General de Salud.

La obra pone de relieve, como se señaló en la sesión inaugural, la voluntad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para fortalecer el modelo de impartición de justicia en el país y ponerlo al día sobre la base de los conocimientos científicos y la experiencia de los profesionales, en este caso de la salud, la medicina y el derecho.

Es a todas luces loable que la institución más alta del Poder Judicial en el país anteponga la necesidad de sentar sus bases en el conocimiento y la evidencia científica para, en última instancia, ofrecer a nuestra sociedad la mayor certeza en el ejercicio de su cometido.

Constituye una experiencia fundamental que la impartición de justicia en México esté íntimamente vinculada al desarrollo de la ciencia y a los nuevos conceptos y evidencias que derivan de la investigación y la práctica de la medicina en el mundo moderno, en donde prácticamente ningún fenómeno gravita en forma aislada.

El libro está destinado a todos aquellos interesados en poner al día los conocimientos y planos de intersección del derecho y la medicina. Así, puede ser un texto de consulta para estudiantes y profesores, así como también para investigadores y especialistas y, por supuesto, para aquellos que tienen la alta responsabilidad de hacer valer la justicia en México, a la luz de los avances de la ciencia y el conocimiento.

Los esfuerzos conjuntos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Fundación Mexicana para la Salud y la Academia Nacional de Medicina de México, vertidos en esta obra, constituyen frutos tangibles que ensanchan el horizonte y la vinculación de la

práctica de la medicina y el derecho. Por tanto, una de las principales conclusiones que derivan de esta tarea es que es esencial que ambas disciplinas –medicina y derecho– continúen caminando juntas y consoliden sus vasos comunicantes.

Es propio destacar y agradecer la concurrencia de los renombrados ponentes que participaron, especialistas del más alto prestigio, que abordaron temas de singular importancia en el terreno médico-legal actual.

Asimismo tomar la experiencia que se recoge en las páginas siguientes y hacer un esfuerzo para que este ejercicio de revisión de una gran diversidad de temas esenciales para la medicina, la salud y el derecho en nuestros días, tenga continuidad, se profundice y persevere en el cometido de poner al día los conocimientos y avances de estas disciplinas fundacionales de toda sociedad: la medicina y el derecho.

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Dr. Manuel H. Ruiz de Chávez

PRESIDENTE EJECUTIVO DE LA
FUNDACIÓN MEXICANA
PARA LA SALUD, A.C.

MENSAJES INICIALES

Dr. Manuel H. Ruiz de Chávez

Dr. Emilio García Procel

Mintro. José Ramón Cossío Díaz

DR. MANUEL H. RUIZ DE CHÁVEZ

Presidente Ejecutivo de la Fundación Mexicana para la Salud
Vicepresidente de la Academia Nacional de Medicina de México

El Seminario de Derecho y Medicina, que da comienzo el día de hoy, pone de relieve la voluntad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para fortalecer el modelo de administración de justicia en el país.

Este compromiso, encabezado por su presidente, el Ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia, reviste una importancia trascendental en el ejercicio de la impartición de justicia, al proponerse sentar sus bases a partir del conocimiento y la evidencia científica para, de este modo, ofrecer mayores certezas a la sociedad actual.

En mi doble carácter de presidente ejecutivo de la Fundación Mexicana para la Salud (FUNSALUD) y Vicepresidente de la Academia Nacional de Medicina de México –ambas asociaciones civiles–, me corresponde señalar que es altamente meritorio que la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos haya convocado para estructurar la temática básica de este Seminario, en la parte vinculada al ejercicio de la medicina y las ciencias de la salud en general.

Este acercamiento del Poder Judicial de la Federación a la sociedad, representada en esta oportunidad por un grupo de profesionales de probada excelencia en la materia, que sendas instituciones han tenido el privilegio de congregar, para recoger la información más actualizada en el campo y compartirla con los servidores públicos responsables de la impartición de justicia en el país es, a todas luces, una deferencia y una gran oportunidad.

Desde luego, entre el grupo de profesionales de la medicina y la salud que han accedido amablemente a nuestra convocatoria, se encuentran especialistas que desarrollan su actividad en distintas dependencias del sector público; destacados médicos que se desenvuelven en el ámbito privado y también brillantes académicos y científicos abocados a la investigación y a la enseñanza superior en las principales instituciones del país.

Esperamos que a través de este nutrido grupo de mexicanos destacados en el ámbito de la medicina, se logre plasmar y transmitir con la mayor claridad y pertinencia la información científica necesaria para coadyuvar a garantizar un alto nivel de protección de la salud humana, en la definición y ejecución de todas las políticas y actuaciones del Estado mexicano.

Ese es nuestro compromiso central: colaborar para que quienes son responsables de la administración de justicia cuenten con información y evidencia científica suficientes en el terreno de la medicina, para imprimir una fundamentación más sólida a su quehacer cotidiano.

El entorno de un nuevo siglo signado por la mundialización no sólo de los procesos del mercado sino de la información y el conocimiento mismos, señala este camino y obliga a los responsables de impartir justicia a compartirse de lleno en la tarea del análisis de la información y el conocimiento científico.

El esfuerzo que el Poder Judicial realiza tanto para hacer del método científico una herramienta cotidiana en sus prácticas, como para integrar la información más actualizada –en este caso, de las ciencias médicas y de la salud– asegura, primero, que las diferencias que se suscitan en torno al lenguaje que manejan las ciencias del derecho y las ciencias en general sean superadas; en segundo lugar, que el ejercicio de la justicia en México esté íntimamente vinculado al desarrollo de la ciencia y a los nuevos conceptos y evidencias que derivan de la investigación y la práctica de la medicina.

La vinculación de la ciencia en la práctica judicial ha demostrado ser paradigmática en casos de vital importancia para la sociedad, como lo fue el relativo a la presencia del VIH-SIDA en miembros del Ejército Mexicano.

El manejo y abordaje de la controversia generada y la feliz resolución a la que se llegó, fueron resultado del valor y de la plausible sensibilidad mostrada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al fundamentar su criterio de justicia en una atinada indagación sobre el criterio científico. Sólo de esta forma fue posible dirimir, con equidad, un caso de extrema importancia y, sin duda, de enorme trascendencia social.

Por todo lo anterior, me complace saludar la realización de este Seminario, cuyo desarrollo, estoy seguro, será sólo el inicio de una fructífera y profunda relación entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Fundación Mexicana para la Salud y la Academia Nacional de Medicina de México.

Introducir la evidencia científica en el proceso judicial, así como los resultados que derivan de la investigación en ciencias médicas, alrededor de problemas que con la mayor frecuencia aquejan a nuestra población como son los accidentes viales, los delitos sexuales o la identificación del ADN en la práctica forense –por referir algunos de los tópicos más recurrentes que pueden dar lugar a potenciales controversias–, constituye un requisito esencial para la efectiva aplicación de una justicia acorde al tenor de los tiempos.

Para ello, a lo largo de 15 sesiones que inician el día de hoy y culminarán el 29 de noviembre, todos los Jueves tendremos la oportunidad de abordar temas torales para el ejercicio del derecho en su intersección con la medicina: desde los conceptos básicos sobre la naturaleza y alcance de ambas disciplinas; las características y ámbitos del derecho a la protección de la salud; la vinculación de este derecho con los derechos humanos en los planos nacional e internacional; las obligaciones del Estado en la materia; la situación que priva en el país en cuanto a los principales daños y riesgos que enfrentamos; la capacidad y alcance del Sistema Nacional de Salud; la responsabilidad profesional del médico y los derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud, hasta temas de punta como el caso de los trasplantes de órganos, el arbitraje médico, la bioética, las nuevas tecnologías para la salud, los problemas emergentes como el VIH-SIDA, el nuevo camino de la medicina genómica, la manipulación genética y,

desde luego, la revisión de las principales adecuaciones y cambios al marco jurídico vigente, así como algunos elementos de derecho comparado en la materia.

La temática es amplia pero suficiente para una primera aproximación articulada y actual del estado del arte de la medicina en su vinculación con el derecho. Sin duda, muchos tópicos se quedarán fuera de este Seminario; pero también, sin duda, la participación activa de asistentes y expositores será la pauta para tocar otros temas y enriquecer este ejercicio de análisis e información.

El objetivo del Seminario es proporcionar una visión global, integrada y actualizada de los temas que vinculan a la medicina, las ciencias de la salud y el derecho en sus distintos ámbitos y alcances jurídicos. Tengo la certeza de que al finalizar estos tres meses y medio de intercambio y reflexión, lo habremos alcanzado.

En nombre de la Fundación Mexicana para la Salud y de la Academia Nacional de Medicina, de nuevo celebro la realización de este encuentro que considero abre un horizonte inédito en el país.

DR. EMILIO GARCÍA PROCEL

Presidente de la Academia Nacional de Medicina de México

La medicina terapéutica del siglo XX se inició con el descubrimiento de la sulfamida y, posteriormente, con la introducción de la penicilina. A partir de ese momento se desarrolló un auténtico frenesí en la investigación farmacológica, con un marcado incremento en el uso de la quimioterapia. A ello se sumó la comprensión de los distintos mecanismos de operación de los sistemas orgánicos y el uso profiláctico de las vacunas. Por otro lado, el conocimiento endocrinológico y de las alteraciones hormonales permitieron el abordaje inicial de los aspectos nutricionales, la precisión del alcance y acción de las vitaminas y la utilización de la terapia insulínica para la diabetes.

Poco después de la Segunda Guerra Mundial se describió la estructura química de la molécula fundamental de la herencia: el ácido desoxirribonucleico (ADN), misma que sentó las bases de la biología molecular que, hoy en día, ha permitido diseñar nuevos tratamientos para el cáncer, las enfermedades cardíacas, el VIH/SIDA, las enfermedades infecciosas reemergentes como la tuberculosis o el dengue e, incluso, el trasplante de órganos. A través de la terapia génica y de la ingeniería genética se desarrollan varios productos farmacéuticos que permiten prever la posibilidad de administrar medicamentos de alta eficacia en las enfermedades crónicas; se vislumbra inclusive, la posibilidad de incidir en el crecimiento y la regeneración de los nervios.

Frente a este vertiginoso desarrollo, de la misma manera, la legislación médica se adecua y su análisis adquiere enorme relevancia entre las corrientes de pensamiento de

ambas profesiones: la medicina y el derecho. Debe entenderse que con esta interrelación se responde a la alta demanda de los cuidados de salud, a la aplicación de la tecnología moderna, al incremento de los costos de la atención, así como a la creciente comercialización de la práctica médica. Existe una tendencia empresarial o gerencial de los médicos y, en general, de los trabajadores de la salud, cuya actividad en no pocas ocasiones se asocia a conductas inadecuadas, negligencia, mala práctica e incorrecto manejo de los pacientes y aun de sus familiares.

Por ello, la ley regula y limita muchos aspectos de la conducta asistencial y su carencia puede ser invocada en la evaluación de los servicios médicos otorgados a los pacientes. Algunos ejemplos son la atención del embarazo y el parto, la realización de abortos, el uso de la llamada píldora del día siguiente, las circunstancias en que puede realizarse su prescripción, o en la delimitación de algunos aspectos que puedan relacionarse con la fertilidad y, en contraparte, la infertilidad.

Este sendero nos lleva a considerar el ámbito de las disputas médico-legales que tienen como finalidad obtener compensaciones debido a lesiones sufridas, supuestas o reales, relacionadas con negligencia en el tratamiento o la incapacidad de proporcionarlo. No debemos olvidar que la negligencia puede calificarse simple o criminal y, aunque el sistema legal no espera que los médicos actúen como buenos samaritanos, el temor a la demanda ocasiona que en muchos momentos pueda magnificarse; por ello muchos de esos casos requieren de una mayor atención y análisis y la revisión de los asuntos relacionados con la ética profesional.

La mayor parte de la argumentación me conduce necesariamente a tomar en cuenta las destrezas mínimas que deben poseer los médicos, los cuidados a considerar en el desarrollo de su práctica médica y los estándares de aceptabilidad local. Las decisiones deben ser las adecuadas ya que, en ocasiones por ejemplo, los enfermos, sobre todo con trastornos mentales, pueden vivir obsesionados por determinada resolución o con la realización de ciertos estudios, no siempre útiles ni necesariamente adecuados.

Esta situación trata de solventarse mediante la certificación y recertificación de los profesionales de la medicina y con el prerrequisito del consentimiento informado, que cada vez tendrá que pregonarse y difundirse con mayor insistencia; con ello se acepta que el individuo lúcido está en condiciones de valorar y tiene el derecho de opinar y, más aún, decidir sobre lo que acontece en su organismo incluyendo el tratamiento prescrito y aplicado. Hacerlo sin su consentimiento significa una agresión a su persona, siendo la única excepción válida la situación de urgencia y la incapacidad física por parte del paciente.

La preocupación ha ido en aumento; actualmente interesa la población infantil, para la cual son los padres los que otorgan su consentimiento al decidir cualquier intervención o procedimiento, y quienes deben actuar sobre la base de un pleno conocimiento y reflexión del criterio de tratamiento que busca la mejoría del menor, aunque también se sugiere que en los casos extremos, se demande una segunda opción.

Creo que se puede elaborar una lista muy amplia de posibles interrelaciones entre el derecho y la práctica de la medicina; señalo al menos los siguientes puntos: licencia médica; certificación y recertificación; mala y deficiente práctica médica; responsabilidad hospitalaria; formas de consentimiento de los pacientes; rechazo al tratamiento; decisión sobre la terminación o el mantenimiento del tratamiento; el mantenimiento artificial de la vida o decisión de la muerte de un tercero; la donación de órganos como práctica privilegiada de los hospitales; la confidencialidad de los reportes, notas o testimonios; los programas regulatorios de medicamentos o de los artefactos tecnológicos; los certificados o justificantes médicos requeridos por los pacientes.

A mayor diversidad de la temática anteriormente descrita, podemos considerar también que la medicina puede verse afectada por leyes de orden federal o estatal y su enorme variabilidad. Por otro lado, debemos tener presente y persistiendo en la misma argumentación, la necesidad de establecer principios legales, generales y específicos aplicables a todo el país.

Para finalizar quiero señalar que, independientemente de la enorme complejidad de los temas y asuntos a tratar tanto por parte del derecho como de la medicina, en este ejercicio de reflexión y análisis se conjuntaron personalidades de la más alta probidad, distinguidos académicos, investigadores, profesionales del derecho y de la salud, cuya sola presencia asegura los resultados y el éxito del Seminario.

DR. JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Este Seminario lo debemos entender en el ámbito de las funciones que actualmente realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, como muchos de ustedes saben, es el tribunal constitucional del Estado mexicano y, por lo mismo, sus funciones son de enorme complejidad.

La primera de ellas y la más importante es, sin duda, analizar la constitucionalidad de las normas generales que emiten los diputados federales y los senadores, los legisladores locales, así como los reglamentos que emite el Presidente de la República y los tratados internacionales que celebramos como Estado mexicano.

Una posibilidad de entendimiento de los problemas por la Suprema Corte de Justicia consiste en tratar de encerrarse en el mundo de los conceptos jurídicos para los cuales los abogados estamos formados y, en el caso de la Suprema Corte de Justicia –pienso yo–, bien formados. Sin embargo, existe otra posibilidad, es la de tratar de entender que el mundo de los conceptos jurídicos tiene su especificidad, pero que existen otras muchas cuestiones generales de la vida que le dan contenido a las leyes, a los tratados y a los reglamentos cuya constitucionalidad nosotros tenemos que entender y en las cuales no somos expertos.

Si, por ejemplo, vemos las leyes de competencia económica, nos percatamos que existen conceptos extraordinariamente complejos como mercado relevante, que muy difícilmente se van a enseñar en una escuela de derecho. Si vemos los aspectos de

las telecomunicaciones, conceptos como banda, frecuencia, espectro u onda, también muy difícilmente van a ser enseñados en una escuela de derecho.

¿Qué pasa entonces cuando los órganos jurisdiccionales y, en particular la Suprema Corte, tenemos que juzgar sobre estos conceptos? Necesariamente debemos acudir a conocimientos técnicos que no poseemos, y que sí poseen los profesionales de otras disciplinas pero que debemos conocer para resolver los casos. ¿Esto significa, entonces, que los Ministros debemos ser expertos en todo aquello que llega a la Suprema Corte para su solución? ¿Debemos saber física, química, economía, matemáticas, demografía, o poseer cualquier otro tipo de conocimiento? o, en realidad, debemos tener la humildad necesaria para saber que nuestro horizonte de conocimientos evidentemente tiene un límite y, a partir de ahí, tener la capacidad de hacer las preguntas adecuadas a quienes tienen los conocimientos específicos para resolver esos problemas.

Si esto es así, me parece que la primera cuestión consiste en tener los conocimientos suficientes para saber de qué tamaño es nuestra ignorancia; ¿cómo es posible saber que estamos frente a un problema químico, físico o el que tiene la complejidad de una situación médica, si no tenemos los conocimientos mínimos de física, química o de medicina? No estoy diciendo con ello que nosotros debamos tratar de sustituir a los profesionales, pero sí saber qué preguntar, cómo preguntar, cuándo preguntar y a quién preguntar.

Éste me parece que es el marco en el que debe ubicarse este Seminario, que ojalá sea el primero de muchos que la Suprema Corte pueda llevar a cabo en los años venideros. Hoy empezamos con medicina por ser un tema sustantivo; seguramente en un futuro tendremos que llevar a cabo otros; los ministros y, particularmente, los secretarios de estudio y cuenta en quienes nos apoyamos para la preparación de los asuntos, tendremos que saber más de economía, tenemos que saber algo más de telecomunicaciones, saber algo más de todas estas áreas.

De esta manera, empezar hoy un Seminario de una cuestión tan delicada como es la vida y la salud, y empezar con la Fundación Mexicana para Salud y la Academia

Nacional de Medicina de México es, en mi opinión, un muy buen augurio de los tiempos que le toca recorrer en el futuro a la Suprema Corte de Justicia a efecto de resolver de manera cabal los complejos asuntos de su competencia. En esta obra se recoge lo más importante de esta experiencia que, considero, brindará información de primera importancia para quienes se acerquen con verdadero interés a su lectura.

CAPÍTULO 1

Medicina y Derecho: naturaleza y alcance

Dr. Manuel H. Ruiz de Chávez

Dr. Fernando Cano Valle

Dr. Francisco Barragán Riverón

Medicina y Derecho: naturaleza y alcance

*Dr. Manuel H. Ruiz de Chávez **

Definición y características

Desde los albores de la civilización, la historia del hombre está marcada por dos formas de conocimiento y práctica vitales: la medicina y el derecho. Se trata de dos disciplinas fundacionales tanto en el plano individual como social.

La primera, la medicina, abrió la posibilidad de conocimiento orgánico del hombre, de conocerse a sí mismo, enfrentar la enfermedad y preservar su salud; la segunda, el derecho, instauró normas de convivencia para hacer posible la vida social; ambas convergen en hacer factible la vida y el bienestar colectivo y, en ese sentido, son las primeras ciencias sociales que expresan la particularidad del hombre *homo sapiens*.

La medicina, tal y como la conocemos hoy, es el resultado histórico de la conjunción de distintos saberes, de distintas culturas y de distintas épocas. Desde el antiguo Egipto

* Presidente Ejecutivo de la Fundación Mexicana para la Salud y Vicepresidente de la Academia Nacional de Medicina de México.

MEDICINA Y DERECHO: DISCIPLINAS FUNDACIONALES DE LA CIVILIZACIÓN

MEDICINA	DERECHO
<p>Conocimiento orgánico y vinculante del hombre con la naturaleza y el entorno, que le permite entenderse, contender con la enfermedad, preservar la vida. acotar los daños y restaurar la salud.</p>	<p>Conjunto de normas jurídicas que rigen y hacen posible la vida, a través de la regulación de la conducta individual y colectiva. para facilitar y asegurar la convivencia social.</p>

hasta los más modernos desarrollos de las sociedades actuales como es la medicina genómica, su función se ha mantenido prácticamente inalterada: es una disciplina a través de la cual el hombre busca su preservación y la comprensión de sí mismo.

A lo largo de la historia del hombre la búsqueda de la salud y la lucha contra la enfermedad han sido procesos constituyentes de la vida misma. Las dos formas principales en las que el hombre ha explicado los fenómenos tanto externos como internos que lo afectaban y regían su vida han sido la religión y la medicina. El desarrollo histórico de la medicina ha estado marcado por el desarrollo científico y tecnológico del hombre, pero también por su desarrollo cultural. Desde esta perspectiva podemos coincidir en que la medicina es el arte de conocer, preservar y restaurar la salud humana.

Así, más que reducirse a ser una respuesta a la enfermedad es un marco de comprensión de la salud y de los riesgos y daños vinculados a ésta, que engloba prácticas y saberes pertinentes a cada formación y ámbito social y cultural, y que conjunta, al mismo tiempo, tanto los parámetros positivos de la ciencia como los elementos simbólicos de la cultura.

Es un esfuerzo de indagación cuyo objeto de estudio, como disciplina científica y humanística, es la historia natural del proceso salud-enfermedad, así como los métodos, técnicas y procedimientos más adecuados para llevar a cabo acciones de prevención, curación y rehabilitación de las enfermedades que afectan a los seres humanos.

Por su parte, el médico, como uno más de los trabajadores de la salud y a quien no hay que confundir con la medicina, que es su materia, es el profesional responsable de

aplicar con vocación ética y sensibilidad humana, así como a partir de probados conocimientos científicos y técnicos, las medidas de identificación de las causas de enfermedad, de su profilaxis (prevención), de su diagnóstico oportuno, su pronóstico certero, su tratamiento eficaz y la rehabilitación integral de los daños que inciden en la salud humana.

Disciplinas y ramas del saber médico

Por ello, el *corpus* que integra las diferentes ciencias o disciplinas médicas es muy amplio: puede verse desde la óptica de los denominados aparatos y sistemas que forman parte del organismo o la economía humana –gastroenterología, oftalmología, neurología, etc.–; desde el punto de vista de los daños o riesgos a los que está expuesta la integridad orgánica del ser humano –infectología, reumatología, cancerología, etc.–; o bien, desde las diversas respuestas terapéuticas, diagnósticas y de servicio que también son expresión de su práctica especializada: endoscopía, cirugía, pediatría, gerontología, medicina general, medicina familiar o medicina legal, por citar sólo algunas.

Una forma de agruparlas, que ya se ha hecho tradicional, es considerar que *grosso modo* hay tres campos:

El primero sería el de la investigación, que en realidad atraviesa todas las expresiones del ejercicio de la medicina, pero que convencionalmente se agrupa como investigación biomédica (en bioquímica, fisiología, patología, genómica, etc.); como investigación en el terreno de la práctica clínica o quirúrgica y como investigación en el muy amplio campo de la salud pública y, por extensión, se aplica también a lo que llamamos investigación en ciencias de la salud o ciencias sociales afines a la salud, que van desde la antropología médica, la sociología médica y la economía, hasta las ciencias políticas, la filosofía y la historia aplicadas al desarrollo del conocimiento en el campo de la medicina, por citar sólo algunas áreas de estudio convergentes, que conforman el ámbito inter o transdisciplinarios del conocimiento de la medicina y la salud.



El segundo sería el campo de lo que propiamente conocemos como práctica médica o clínica, que incluye el ejercicio de la cirugía general o especializada y, el tercero, el de la salud pública como campo de práctica profesional para desarrollar y poner en operación formas diversas de organización y operación de los sistemas y servicios de salud; para diseñar e instrumentar políticas públicas de salud; para formular planes y programas locales, estatales o nacionales de salud, en donde, sobre todo, cobran un papel preponderante el conocimiento de la epidemiología, la planeación, la administración, la formación de recursos humanos y la gestión operativa para la provisión integral de los servicios de salud.

Asimismo, sin ser campos aparte, el desarrollo de la docencia –la enseñanza y el aprendizaje–, así como la investigación pedagógica, la difusión de la cultura de la salud y las tareas propias de la academia en general, constituyen el basamento indispensable para la reproducción, mejora y ampliación de la práctica médica y de su fundamentación científica.

CONCEPTOS BÁSICOS

ÁREAS ESTRATÉGICAS DE LA PROMOCIÓN DE SALUD

1. Establecer una política pública saludable
2. Crear entornos que apoyen la salud
3. Fortalecer la acción comunitaria para la salud
4. Desarrollar las habilidades personales, y
5. Reorientar los servicios de salud

Conceptos fundamentales en medicina y salud

Existen tres conceptos que me parece son fundamentales para aproximarnos al conocimiento actual de la medicina y la salud. El primer concepto por el que empezaré es el de salud.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), desde 1948, define a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad o dolencia” .

El segundo concepto esencial es el de promoción de la salud, que constituye un proceso político y social global que abarca no sólo las acciones dirigidas directamente a fortalecer las habilidades y capacidades de los individuos, sino también las dirigidas a modificar las condiciones sociales, ambientales y económicas, con el fin de mitigar su impacto en la salud pública e individual. La promoción de la salud es el proceso que permite a las personas y a los grupos sociales incrementar el control sobre los determinantes de su salud y en consecuencia, mejorarla. La participación es esencial para sostener la acción en materia de promoción de la salud.

Como resultado de la Primera Conferencia Mundial sobre Promoción de la Salud, organizada por la OMS, en 1986, las naciones participantes signaron la Carta de Ottawa en la que se identifican cinco planos de acción para la promoción de la salud.

1. El primer plano implica establecer políticas públicas saludables, las cuales se caracterizan por una preocupación explícita por la salud y la equidad en todas las áreas de la política, y por una responsabilidad sobre su impacto en la salud. La finalidad principal de

una política pública saludable consiste en crear un entorno de apoyo que permita a las personas llevar una vida saludable. Dicha política posibilita o facilita a los ciudadanos hacer elecciones saludables y convierte los espacios sociales y físicos en potenciadores de la salud. (OMS, 1986)

2. El segundo plano consiste en crear entornos saludables, que propicien la salud: en el trabajo, en los espacios públicos, en la escuela, en el hogar, etc.

3. El tercer plano exige fortalecer la acción comunitaria para la salud: la corresponsabilidad del individuo, los grupos, las empresas y toda forma de organización es fundamental para prevenir, mantener y mejorar la salud.

4. El cuarto plano se centra en desarrollar las habilidades personales; esto se expresa en destrezas, habilidades y conocimientos a partir de información y comunicación educativa, para alcanzar una cultura de la salud, sobre todo de su prevención. Es lo que algunos denominan empoderar a la población en el campo de su salud, que no es otra cosa que sembrar en las personas la capacidad de hacerse responsables individual y colectivamente del cuidado de su salud sin omitir, desde luego, el compromiso del Estado en esta tarea.

5. Por último, el quinto plano se refiere a reorientar los servicios de salud: en el sentido de lograr resultados de salud para la población, reflejados en las formas de organización y financiación del sistema de salud. Esto debe llevar a un cambio de actitud y de organización de los servicios de salud que se centre en las necesidades del individuo como una persona completa, en equilibrio con las necesidades de grupos de la población. (Ottawa, 1986)

La política, en el terreno de la salud, es expresada mediante planes, leyes y otras normas que regulan la prestación de los servicios y la instrumentación de programas, y hacen posible el acceso de la población a estos últimos.

La política de salud se distingue en estos momentos de la política pública saludable, ya que la primera se centra exclusivamente en los servicios y programas de salud. El escenario futuro de las políticas de salud deberá expresarse en términos de políticas públicas saludables.

Como con la mayor parte de las políticas, las políticas sanitarias surgen de un proceso sistemático de apoyo a las acciones para la salud pública basadas en la evidencia disponible junto con las preferencias de la comunidad, las realidades políticas y la disponibilidad de recursos.

Por ello, la Carta de Ottawa puso de relieve el hecho de que la acción de promover la salud implica ir más allá del sector salud, subrayando que la salud debe figurar en la agenda política de todos los sectores y a todos los niveles del gobierno. Un elemento importante en la creación de una política pública saludable es la noción de rendición de cuentas sobre la salud. Los gobiernos son los últimos responsables ante los ciudadanos de las consecuencias para la salud de sus políticas o de la falta de ellas.

El compromiso que deriva de las políticas públicas saludables implica que los gobiernos deben medir e informar sobre sus inversiones sanitarias y los consecuentes resultados de salud y sobre los resultados de salud intermedios de sus inversiones y políticas generales, en un lenguaje que todos los grupos de la sociedad comprendan con facilidad.

Estrechamente relacionada con los conceptos de promoción de la salud y de política pública saludable, está la estrategia de la inversión para la salud, destinada a optimizar el impacto de las políticas públicas en materia de salud.

El tercer concepto que quiero poner de relieve es el de salud pública.

La salud pública es un concepto social y político que implica mejorar la salud y prolongar la vida considerando elevar la calidad de vida de las poblaciones mediante la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y otras formas de intervención sanitaria. En la literatura sobre promoción de la salud se ha establecido una distinción entre la salud pública y una nueva salud pública, con el fin de poner de manifiesto los muy distintos enfoques sobre la descripción y el análisis de los determinantes de la salud, así como sobre los métodos para solucionar los problemas de salud pública.

Esta nueva salud pública basa su diferencia en una comprensión global de las formas en que los estilos de vida y las condiciones de vida determinan el estado de salud y en un reconocimiento de la necesidad de movilizar recursos y realizar inversiones

razonadas en políticas, programas y servicios que creen, mantengan y protejan la salud, apoyando estilos de vida sanos y creando entornos que apoyan la salud.

Esta distinción entre lo antiguo y lo nuevo puede no ser necesaria en el futuro, conforme se vaya desarrollando y difundiendo un concepto unificado de salud pública.

El nuevo concepto de salud pública incluye su dimensión ecológica y sistémica. Es decir, la respuesta de la medicina y de las ciencias de la salud frente a la naturaleza cambiante de los problemas de salud y su conexión con los problemas ambientales mundiales emergentes.

Estos nuevos problemas incluyen riesgos ecológicos como la destrucción de la capa de ozono, la contaminación incontrolada del aire y del agua, y el calentamiento de la tierra. Estos hechos ejercen un impacto considerable sobre la salud, que escapa, a menudo, de los modelos simples de causalidad e intervención.

La salud pública, desde esta perspectiva, enfatiza los puntos comunes entre la salud y el desarrollo sostenible. Se centra en los determinantes económicos y ambientales de la salud y en los medios para orientar la inversión económica hacia la consecución de los mejores resultados sanitarios para la población, una mayor equidad en salud y un uso sostenible de los recursos.

Como mencioné al inicio, quise poner de relieve los tres que he mencionado por su dimensión general y su alcance social, así como por su vigencia en los tiempos que corren desde una perspectiva amplia y convergente.

Bibliografía

Academia Nacional de medicina de México. *Las especialidades médicas. Programa académico, 2006-2007*, México, 2007.

Aguirre-Beltrán G, *Programas de salud en la situación intercultural*. México: Fondo de Cultura Económica; 1980; vol. 5: 179-185.

Álvarez Ledesma Mario, *Teoría general del derecho y notas de derecho positivo mexicano*. Edit. McGraw Hill.

Gil-Montes V, *Las ciencias sociales y sus vínculos con la ciencia médica. Política y Cultura* 2002; 18: 1-19

Korsbaek Leif, *La antropología y el estudio de la ley*, Revista Ciencia Ergo Sum UAEM 2002; 9: 1-13.

Lalonde M, *A New Perspective on the Health of Canadians*. Ottawa, Government of Canada; 1974.

OMS, *Carta de Ottawa para la Promoción de Salud*. Conferencia Internacional auspiciada por la Organización Mundial de la Salud y la Asociación Canadiense de Salud Pública. Canadá, 1986.

Restrepo H. *La promoción de la salud y la nueva salud pública*. Rev. Facultad Nacional de Salud Pública. Universidad de Antioquia. Vol.14 (1) jul-dic, 1996.

Secretaría de Salud (2002), *El enfoque intercultural: Herramienta para apoyar la calidad de los servicios de salud*. Disponible en: <http://dgplades.salud.gob.mx/2006/htdocs/Enfoque%20intercultural.pdf>. Agosto de 2007.

Winslow C.E, *The evolution and significance of the Modern Public Health*. En Cerqueira M.T. En: *La Promoción de la Salud y la Educación para la Salud en América Latina*. Umn. Análisis Un análisis sectorial. Editores H. Arroyo y M. Cerqueira. Universidad de Puerto Rico, 1997

Medicina y Derecho: naturaleza y alcance

*Dr. Fernando Cano Valle **

*Mtra. Garbiñe Saruwatari Zavala ***

Resumen

La salud no es un mero estado de bienestar físico y mental, sino que es un acervo de las personas en estrecha relación al contexto ecológico, social y cultural, es –en términos de la Organización Mundial de la Salud (OMS)– “un componente sinérgico de bienestar social” y, por lo tanto, un bien jurídicamente tutelado.

El derecho a la protección de la salud, consagrado en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es tanto una garantía individual, como un derecho social y parte también del derecho administrativo; por ello, el acceso a servicios básicos de salud debe considerarse un derecho fundamental de los ciudadanos.

Por el valor intrínseco que tiene la salud, como un bien individual y colectivo, es que también se convierte en objeto de estudio de la bioética y del –hoy llamado– bioderecho .

* Director General del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias Ismael Cosío Villegas.

** Investigadora del Centro Nacional de Derechos Humanos. Comisión Nacional de los Derechos Humanos (México).

La reflexión ética debe encaminarse a preservar y mejorar la salud y a encontrar más y mejores vías de desarrollo para ampliar la protección y atención a las necesidades de los individuos y el bienestar de la humanidad.

Introducción

Esta exposición inicia con una reflexión sobre el derecho a la protección de la salud, consagrado en el artículo 4o. constitucional, y prosigue con una descripción sobre la organización del sistema de salud en México.

En los siguientes apartados se analizan problemas específicos de la atención a la salud en México como el caso de los adultos mayores, los adolescentes, las personas que viven con VIH/SIDA y el impacto del tabaquismo. Son casos que requieren atención urgente ya que impactan a todas las capas de la población, tanto por lo que respecta al rango de edad, como por el espectro socio-económico.

La investigación médica también es otro de los temas analizados, pues el avance científico va de la mano del bienestar de la población y del crecimiento económico y cultural.

I. El derecho a la protección a la salud como un derecho social

El derecho a la protección a la salud está vinculado, por su origen, al derecho asistencial y al de la seguridad social. Al incluirse en el texto constitucional el derecho a la protección de la salud adquiere autonomía, incorporándose a la cada vez más larga lista de los derechos sociales.¹

Es conveniente aceptar que la salud es un acervo que poseen las personas. No es sólo la ausencia de enfermedad, es también la capacidad que cada quien tiene de desarrollar su potencial físico y cognoscitivo a lo largo de su vida; por ello el acceso a servicios básicos de salud debe considerarse un derecho fundamental de los ciudadanos. Además de tener un valor intrínseco, —ya que estar sano es una de las principales fuentes

de bienestar—, la salud tiene un valor instrumental por ser uno de los determinantes fundamentales del crecimiento económico.²

Al respecto los instrumentos internacionales destacan los siguientes puntos:

- La salud es vista como un derecho humano fundamental ligado al desarrollo histórico social de las sociedades.
- La salud es sólo posible de satisfacer en la medida que se pueda resolver el problema de la pobreza y el subdesarrollo.
- Existe o debe existir una corresponsabilidad entre los países pobres y ricos para lograr el desarrollo, la paz mundial y un trato más equitativo entre las naciones. Esto es, lograr un nuevo orden económico internacional.
- La salud no es un problema que un país pueda resolver por sí mismo, existe una marcada preocupación de que se trata de un problema y de una meta por alcanzar en forma regional y, en forma más ambiciosa, a nivel mundial. La salud es, pues, una problemática que declarativamente se reconoce como mundial.³

II. Organización de los sistemas de salud

Ante esta preocupación global los Sistemas Nacionales de Salud (SNS) de la mayor parte de los países del mundo se han enfrentado a dos problemas cuya solución definitiva no se vislumbra a corto plazo: la insuficiente calidad de los servicios que presta y el costo galopante de su financiamiento.

Para agravar más esta difícil situación, en la mayoría de los casos, el incremento en la calidad de la atención médica se acompaña, casi invariablemente, de un crecimiento correlativo de sus costos. Por el contrario, los recortes en el financiamiento en salud se ven aparejados, en forma más o menos notable, con una disminución en la calidad de los servicios. Ambos problemas poseen un punto de origen común: la estructura de la oferta y la demanda de atención.⁴

A los problemas inherentes a la organización del sistema de salud han debido agregarse, en las últimas décadas, los que resultaron del cambio en el perfil

epidemiológico, por el cual las enfermedades crónicas y las lesiones comenzaron a desplazar a los problemas infecciosos y agudos como causa principal de muerte. Además, el crecimiento de la población y su envejecimiento paralelo han aumentado la demanda de servicios hospitalarios y de alta complejidad, pues es mayor a la oferta disponible, capacidad que en la actualidad ha quedado prácticamente rebasada. Al mismo tiempo surge la pregunta de si la sociedad está preparada para recibir un número cada vez mayor de ancianos y de personas con algún grado de discapacidad.

El envejecimiento poblacional implica no sólo la creación de una amplia estructura de servicios hospitalarios y de salud pública sino, además, de una compleja red de apoyo social y sostén de un enorme grupo cuyas características le impiden –por sus propias condiciones– incorporarse de manera activa en los procesos productivos. La sociedad deberá aceptar este reto adicional con el apoyo de lo mejor del humanismo médico. Los servicios de salud deberán prepararse en un tiempo relativamente corto para hacer frente a esta formidable empresa.⁵

III. Población de adultos mayores en México, un reto

En 1950 el número de personas de 60 años era de 1,419,685; en 1970 alcanzó la cifra de 2,709,238; y en 1990 llegó a 5,969,643. La estimación para 2006 fue de 8,500,000 personas en esa edad.

Mortalidad

En el 2002 se registraron 267,794 defunciones de personas de 60 años y más, 58.2% del total de fallecimientos asentados. Por sexo, la proporción de muertes fue similar, 50.2% de hombres y 49.8% de mujeres.

Las principales causas de mortalidad de la población adulta mayor son las enfermedades del corazón, la diabetes mellitus, los tumores malignos y los padecimientos cerebrovasculares; en conjunto, fueron causa del 59.4% de las defunciones en ese año.

Por sexo, de cada 100 hombres casi 22 mueren por enfermedades del corazón, alrededor de quince por tumores malignos y trece por diabetes mellitus. Las mujeres, por cada 100, 23 fallecen por enfermedad del corazón, 17 por diabetes mellitus, trece por tumores malignos y nueve por problemas cerebrovasculares.

Morbilidad

La población de 60 años y más concentra 16.1% del total de los egresos hospitalarios en el Sistema Nacional de Salud (SNS) del país, lo que se traduce en más de 700,000 enfermos hospitalizados durante 2005.

Lengua indígena

En el 2000, poco más de 705,000 personas de 60 años y más declararon hablar alguna lengua indígena; cifra que significa el 10.1% de la población de este grupo de edad.

Tasas de hospitalización en Estados Unidos, un punto de comparación

La tasa de hospitalización se incrementa con la edad, la cifra para los mayores de 84 años es 77% superior que para los pacientes de 65 a 74. Los cambios físicos que van experimentando, tales como la disminución en el metabolismo y en la fuerza muscular y velocidad de contracción en personas de 60 en adelante puede conducir a pérdida de la función e independencia. El impacto se refleja en el incremento en la prevalencia de discapacidad para realizar actividades de la vida diaria. A partir de los 75 las mujeres, generalmente, tienen tasas más altas de discapacidad que los hombres. En términos generales, 22% de mujeres y 15% de hombres de 65 y más necesitan ayuda para vivir en casa o han sido llevados a una institución; de las personas de 85 en adelante, 62% de mujeres y 46% de hombres necesitan tal ayuda. El tipo de atención que reciben está relacionado con la severidad de la discapacidad.

La salud de los adultos mayores en el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS)

La población mayor de 65 años en México aumenta su volumen a un ritmo muy acelerado. Su rápido crecimiento implica que entre 1996 y 2014 se duplicará su tamaño, prácticamente se habrá quintuplicado en 2035 y se habrá multiplicado hasta casi ocho veces para el año 2050, cuando su monto supere los 32 millones de habitantes. La proporción de la población anciana en México pasará de 4.8% en 2000 a 24.6% en 2050. Como consecuencia directa de ese envejecimiento, la edad media de la población aumentará de 26.7 años en 2000 a 45.1 años en 2050. La esperanza de vida en los próximos años habrá aumentado de 73.9 años en la mujer (1990) a 79.9 en 2010, mientras que en los hombres pasará de 67.7 a 73.8 años.

IV. Los adolescentes, otro reto. VIH/SIDA - tabaquismo

La resignificación de los tradicionales principios éticos en el caso de los adolescentes

Desde el punto de vista de la biología, la adolescencia corresponde a la etapa que se ubica entre la infancia y la edad adulta en donde se presentan un conjunto de cambios biológicos bien definidos. Pero desde el enfoque de la antropología y la sociología es un periodo social en donde las distintas sociedades le han asignado diferentes valores y significados, por lo tanto, en algunas culturas no existe y se pasa de la niñez a la madurez en ritos de iniciación, luego de los cuales, el participante surge como adulto. Sin embargo, en nuestras sociedades, los adolescentes desarrollan capacidades distintas, y en otras, se duda de que tal desarrollo esté terminado.

Desde el punto de vista legal la adolescencia se incluye en la categoría de menor de edad, y se ubica dentro de un grupo vulnerable que amerita protección, ya que de acuerdo con este enfoque, en ocasiones no cuenta con la madurez necesaria para tomar decisiones.

Salud reproductiva y VIH/SIDA

Existe toda una corriente en el campo de la salud reproductiva que critica este concepto por ser eminentemente paternalista. La aparición de un enfoque holístico que toma en cuenta factores tales como la salud, la nutrición, la educación, las condiciones sociales, económicas y culturales en las que viven los jóvenes en diferentes sociedades es reciente. Así, cada vez más, se reconoce mediante este enfoque, el derecho de los adolescentes a contar con servicios de salud reproductiva dirigidos a atender sus necesidades, reconociendo su derecho a tener información sobre su sexualidad, sobre anticonceptivos y enfermedades de transmisión sexual, y VIH/SIDA, con lo cual se presupone un mayor grado de responsabilidad de los jóvenes. Otro problema creciente en esta edad es el tabaquismo.

Tabaquismo

En México hay más de 17 millones de fumadores y cerca de 60,000 personas mueren al año por enfermedades relacionadas con el tabaquismo. Esto representa alrededor de 165 defunciones diarias, de las cuales 38% son producto de enfermedad isquémica del corazón; 29% de enfisema, bronquitis crónica y enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC); 23% de enfermedad cerebrovascular, y 10% de cáncer de pulmón, bronquios y tráquea.⁶

Respecto a las disposiciones jurídicas destaca la generación de leyes, reglamentos o normas encaminadas a la protección de los no fumadores – ordenamientos que regulan el consumo de tabaco en lugares públicos cerrados. Hasta el momento, la totalidad de las entidades federativas cuenta con una legislación sobre este tema: doce estados tienen leyes específicas para la protección de los no fumadores; diez, reglamentos estatales específicos, y diez, leyes, que sin ser específicas, incorporan el tema dentro de sus preceptos.⁷

Medidas de control

“La política de salud para el control del consumo del tabaco ha sufrido importantes transformaciones. Desde el punto de vista normativo, hasta el año 2000 esa política se regía por un marco jurídico general y laxo. Antes del año 2000 la Ley General de Salud, ordenamiento que regula los productos de tabaco, ya consideraba la inclusión de leyendas de advertencia en el etiquetado de los paquetes de cigarrillo, la prohibición de venta o suministro a menores de edad y la asignación de áreas prohibidas para el consumo en unidades hospitalarias y clínicas del Sistema Nacional de Salud, así como requisitos específicos relativos al contenido de la publicidad y su difusión en medios de comunicación, entre otras medidas”.⁸

Hernández Ávila ha declarado que se fortalecerá la legislación y normatividad que prohíbe la promoción del tabaco en cine y televisión; se gestionará la inclusión en las leyes federales de la prohibición del uso de términos *light* o *mild* en las cajetillas de cigarrillos y en espacios de publicidad del tabaco; se estimulará el incremento gradual del IEPS y el IVA para el tabaco; se fortalecerá la vigilancia de la venta a menores y por menores; se fomentará la escuela para padres para detectar situaciones familiares que originan conductas antisociales en los hijos y promover su solución; se gestionará la integración de pictogramas, el aumento al 50% del tamaño de las leyendas precautorias en ambas caras de empaques y envases de tabaco, y se promoverá el aumento del número de empaques y envases con mensajes para orientar al fumador hacia programas de tratamiento para dejar de fumar.⁹

En esencia la población de adultos mayores crecerá y su demanda hospitalaria también; la adolescencia representa todo un reto ante las crecientes adicciones que se inician a partir del tabaquismo.

V. Diferencias metodológicas entre la medicina y el derecho

En *stricto sensu* la medicina y el derecho presentan una diferencia de método: la medicina, bajo el criterio meramente moderno de la Ilustración, sería considerada una

ciencia dura dependiente del método científico propuesto por Claude Bernard¹⁰ resumido en las siglas OHERIC: Observación - Hipótesis - Experiencia - Resultado - Interpretación - Conclusión. Mientras que el derecho es clasificado dentro de las ciencias sociales, y se caracteriza, de manera primordial, por priorizar los datos cualitativos sobre los cuantitativos. Pero ahora, en el siglo XXI, la medicina ya no es sólo una ciencia numéricamente-dura, sino que también es y debe ser social. Pese a que las estadísticas, las evidencias y las fórmulas tienen la función esencial de dar certeza y precisión a los conocimientos médicos, las consideraciones filosóficas, antropológicas, políticas, sociales y económicas hacen un contrapeso a la técnica.

Un ejercicio y entendimiento aséptico de la medicina, que separe las consideraciones valorativas y subjetivas de las consideraciones objetivas, ya no puede ser posible en un mundo interrelacionado y globalizado en el que las condiciones y calidad de vida influyen o determinan las prioridades médicas. Es en este sentido, en el que los métodos del derecho y de la medicina se asemejan de tal forma, que encuentran en la bioética y hasta en el llamado bioderecho, un espacio de actuación conjunta. Ambas disciplinas van encaminadas a la solución de casos; a la concreción de los principios y preceptos de la situación particular: tanto el médico como el Juez, deben dar respuesta eficaz e inmediata a las exigencias del caso y proveer la adecuación de las normas y los conocimientos teóricos dentro de las circunstancias del mismo.

El derecho, por su parte, no cuenta con un método único de aproximación a las controversias. Es necesario distinguir, a grandes rasgos, entre los dos principales sistemas jurídicos de occidente:

a) Romano-germánico: se caracteriza por la elaboración de códigos generales de los cuales el órgano aplicador de la ley –juez–, obtiene la solución a los casos concretos. Entonces, el razonamiento es deductivo, pues se obtienen o deducen conclusiones particulares en razón de un principio general. De aquí la importancia de la codificación, es decir, la elaboración de leyes y normas de carácter general de las que se desprenda la solución particular.

b) Anglosajón: se caracteriza porque partiendo de la labor del Juez y de sus conclusiones para los casos particulares, se obtienen precedentes –*writs*– que servirán

de referencia general y resolución futura para casos similares posteriores. El razonamiento es inductivo, el proceso de inferencia parte de datos particulares a principios o proposiciones generales. También se basa en la analogía, que parte de lo particular a lo particular coordinado; no puede, en rigor, construirse una verdad general por medio de la analogía, pero sí pueden resolverse casos similares.¹¹

Estos métodos de razonamiento lógico han conformado el distinto carácter hermenéutico de cada sistema, y han delimitado la identidad filosófica de cada uno, por eso corrientes éticas como el utilitarismo, el casuismo o el principialismo bioético han tenido una mayor acogida dentro del ámbito anglosajón, ya que se integran tanto al sistema normativo como a la cultura jurídica del colectivo. De esta distinción entre sistemas parte una significativa diferencia con respecto a las fuentes del derecho, a la forma como se abordan los conflictos, y a los roles del Juez y el legislador. En ambos sistemas se observa una estrecha relación con el método de la medicina actual.

1. En cuanto a las fuentes del derecho y el abordaje de conflictos

a) La legislación: en ambos modelos jurídicos tiene un lugar fundamental, aunque dependiendo de la organización política –federación, monarquía, etc.– se establece la jerarquía interna y el peso específico de cada tipo de norma. Claro que los países de tradición romana, a diferencia de los anglosajones, cuentan con un mayor número de normas y códigos generales, además de que tienden a firmar con mayor asiduidad tratados que generen una esfera de actuación jurídica. Esta afirmación se hace patente, verbigracia, en materia de derechos humanos, donde existe la tendencia a la universalización y elaboración de declaraciones y convenios –marco para preestablecer condiciones mínimas y máximas.

En cuanto a temas bioéticos y espacios compartidos con la medicina y la biología, a nivel supranacional, se están creando o propugnando diversos instrumentos internacionales jurídicos o deontológicos, que, independientemente de su fuerza vinculante, están influyendo de manera importante en las legislaciones nacionales.

b) La costumbre: se actualiza simplemente con el transcurso del tiempo, dependiendo de los valores de la comunidad. En Estados nacionales con una ideología hegemónica, muchos usos y costumbres han sido uniformados, unificados o hasta suprimidos. En el sistema anglosajón la costumbre se ha actualizado a través de los precedentes y las sentencias; se han conservado costumbres locales, sobre todo, en federaciones menos centralistas. Pero en la actualidad, ante el tema de las migraciones y libertades –de pensamiento, de culto, de cultura–, en los Estados pluriculturales se está viviendo una revalorización de las identidades minoritarias e indígenas y la aceptación de métodos alternativos de solución de controversias; un ejemplo es el artículo 2 de nuestra Constitución.

Esto ha llevado a que los legisladores y la sociedad ahora contemplen o discutan temas que hace una generación eran considerados tabú o propios de la clandestinidad, pero con los que la medicina y la psicología venían lidiando y resolviendo de facto, tales como la coincidencia entre sexo y género, el aborto o las adicciones.

c) La doctrina: tanto para el derecho como para la medicina, hoy en día, crece en términos cualitativos, debido al avance de la ciencia y la tecnología y, en términos cuantitativos, gracias al aumento en la publicación y en la cantidad de medios disponibles para difundir o allegarse información, sean virtuales o tangibles.

d) La jurisprudencia: dentro de la palabra jurisprudencia no sólo estoy contemplando la clásica definición plasmada en el artículo 192 de la Ley de Amparo, que la identifica como el criterio obtenido de cinco resoluciones dictadas en el mismo sentido de manera ininterrumpida, o como la resolución de una contradicción de criterios postulada por dos tesis previas; sino que la tomo en el sentido amplio de los tribunales internacionales, que la señalan como el conjunto de sentencias, decisiones y resoluciones.¹²

e) Los principios generales del derecho: José Ovalle Favela los define como “aquellas normas fundamentales o esenciales que inspiran y orientan al conjunto del ordenamiento jurídico, las cuales se encuentran explícita o implícitamente dentro de éste, y tiene la función primordial de integrar el propio ordenamiento jurídico supliendo las omisiones de la Ley” .¹³

2. En cuanto a los roles

Todo sistema jurídico cuenta con una jerarquía de fuentes jurídicas (*prelación de fuentes – Pirámide de Kelsen*) que determina el lugar que le corresponde a cada una y cómo han de ser puestas en práctica si se requiere integrar las lagunas o vacíos de las leyes¹⁴.

Si el derecho se declarara incapaz de resolver algún problema se anularía *ipso facto* a sí mismo y a su función. Si el biólogo, el filólogo o el historiador confiesan no haber resuelto todos los problemas que sus respectivas ciencias plantean, no se debe a que sean más modestos que el jurista, sino a la circunstancia de que los límites y las dudas del saber teórico no suspenden el curso de la vida. Pero, tratándose de regular las acciones humanas el derecho no puede dejar de emitir una sentencia o un fallo¹⁵, al igual que la medicina no puede dejar de abordar un nuevo fenómeno de salud. Aunque la ciencia jurídica reflexione y armonice diversas disposiciones, no puede detener su curso indefinidamente bajo el pretexto de tener cuestionamientos atemporales sobre un asunto particular.

La jurisprudencia en cuanto a la medicina y la bioética es la fuente que mayormente ha avanzado en términos cualitativos; en los países de tradición jurídica anglosajona, sentencias como las de Karen Quinlan o Nancy Cruzan se han convertido en paradigmáticas. Temas sin precedentes como la transexualidad, generarán jurisprudencia que cambiará al derecho civil y familiar para siempre. Por tal razón la jurisprudencia es fuente del bioderecho.

Diego Valadés define el concepto de bioderecho como el “conjunto de disposiciones jurídicas, decisiones jurisprudenciales y principios del Derecho aplicables a las acciones de investigación, de desarrollo tecnológico y de naturaleza clínica que incidan en la salud e integridad física de las personas, para que se ejerzan con responsabilidad, preservando la dignidad, la autonomía informativa, la seguridad jurídica y la integridad psicológica de los individuos y la equidad social”¹⁶.

El bioderecho está llamado también a la reflexión, a la prevención, a la regulación internacional y nacional, al mismo tiempo que a la adecuación de principios y normas a la realidad específica de un grupo o comunidad. La medicina está compelida a colaborar con el derecho en la solución del caso concreto, pero también en la reflexión axiológica y teleológica sobre la ciencia actual, es decir, en fijar los valores y los fines que persigue el avance técnico y científico con relación al bienestar y a la justicia.

VI. Investigación médica

La investigación científica y, en particular la de seres humanos, gira alrededor del propósito de la ciencia cuya intención siempre será la búsqueda de la verdad. Para el investigador, como médico, el beneficio del paciente debe anteponerse a todo; en el caso del investigador, como individuo, éste tiene su propio interés y motivación, en esta competencia de valores en que la investigación se desarrolla plena de dilemas que la sociedad misma permite o restringe.

Para cumplir de manera cabal su papel, los investigadores deben estar autorizados científicamente y ser competentes para aplicar la investigación propuesta, diseñada en forma adecuada y sometida a valoración del beneficio en relación al riesgo; asimismo, debe existir una selección imparcial de los voluntarios, obtenerse el consentimiento de cada una de las personas, bajo información apropiada, respetarse el anonimato del ser humano, y considerar el grado de seguridad y protección de los individuos contra los posibles efectos indeseables de las diversas intervenciones a que se sujeta al ser humano.

Debemos reconocer que los médicos no tenemos ni la misma información científica, ni la misma formación moral; cada uno se desarrolló en ambientes familiares que variaron de un medio donde reina la cordialidad, el respeto y la responsabilidad, hasta el otro límite, en donde la violencia, la pobreza espiritual, la precaria educación, la injusticia y la inmadurez predominaron.

La experiencia nos ha mostrado, lamentablemente, que no es necesaria una correlación entre ese prestigio y talento con una conducta moral.

Papel de la bioética en el campo de la investigación en México.

Personas voluntarias en la investigación médica

La palabra voluntad proviene del latín *voluntas*. En general, por voluntad, se entienden significados muy diversos que pueden aludir a lo que mueve o no a hacer una cosa; al libre albedrío o determinación; a la intención, el ánimo o la resolución de hacer alguna cosa; a la elección hecha por el propio dictamen o gusto, sin atención a otro aspecto; a la disposición o intención con que algo se hace. Desde el punto de vista del derecho privado, el término refiere la intención –de alguna manera exteriorizada– de un sujeto que intenta la consecución de determinados efectos jurídicos.

La teoría general se encarga de dilucidar, a este respecto, el origen, vigencia, extinción y vicisitudes de dicho fenómeno. La voluntad jurídica, pues, expresa la intención del sujeto de contraer o no un determinado vínculo jurídico frente a otro u otras personas, vínculo que, por tanto, provoca la aparición de efectos y consecuencias de derechos en general previstos por el emisor de tal contenido volitivo, ahora jurídicamente relevante. Pero ¿cuándo se dice de un sujeto de derecho que tiene voluntad? Es evidente que si intentamos tomar como referencia la vida o ciertos estados de la vida humana el asunto parecerá irregular. En efecto, aunque un niño de seguro sabe expresar con toda claridad su voluntad para la consecución de determinados propósitos, es obvio que tal manifestación volitiva carece de relevancia para efectos jurídicos. En realidad, conforme a nuestra legislación actual, no es sino hasta los 18 años que apenas nace esta capacidad para disponer con libertad de la persona y de los bienes. Y no es sino hasta entonces, por tanto, cuando la expresión del querer individual adquiere, con certeza, un significado pleno y vigoroso.

Es claro que los privados de inteligencia no pueden, en ninguna forma, manifestar su voluntad jurídica, esto es, su intención expresa de producir efectos determinados en el

mundo del derecho. Aun siendo mayor de edad, su voluntad resulta por completo irrelevante. El ordenamiento jurídico acude en su auxilio, merced a la institución del representante legal. La voluntad es, por tanto, un fenómeno mucho más amplio y complejo que la capacidad de ejercicio, supuesto que ésta es tan sólo una de las condiciones necesarias para que tal voluntad cobre efectos en el mundo del derecho. Además es necesario –lo repetimos– que tal declaración se manifieste en forma correcta y, luego, que se reúnan las condiciones especiales de procedencia que el acto exija. La diferencia puede apreciarse con especificidad en el caso de la representación legal por estado de interdicción; por ejemplo: la persona privada de sus facultades mentales puede ejercitar derechos o contraer obligaciones por medio del representante designado –tutor. De este modo, puede actuar legítimamente en el mundo del derecho.

En los últimos años la *Federal Drug Administration* (FDA) y el Congreso de Estados Unidos han incrementado el interés en desarrollar medicamentos en infantes, esta demanda ha creado iniciativas por parte de la industria, instancias reguladoras y la comunidad científica a fin de aumentar la infraestructura que involucra a niños en investigación; algunos estudios como asma y otras condiciones especiales han abierto esta posibilidad.

Los ensayos sobre SIDA, de prevención de enfermedades, estrategias de reclutamiento, planeación y diseño de estudios, actitudes de médicos y pacientes, adherentes y costo, por supuesto, encuentran barreras como son las poblaciones, el lenguaje, factores culturales, confianza en la investigación y seriedad en los protocolos. El registro de pacientes, la comunicación a los voluntarios por correo y medios electrónicos ahora abren un nuevo capítulo en la estrategia del reclutamiento. En resumen, el propósito de reclutamiento de voluntarios para participar en proyectos de investigación no es diferente para latinos, negros o blancos, se deben incluir tipos de diversas poblaciones de acuerdo al objetivo del estudio; la base científica, ética y moral, no establece diferencias.

Las naciones en desarrollo necesitan con urgencia una investigación que les ayude a combatir su elevada tasa de morbilidad. Las desigualdades de recursos entre los países

desarrollados y en desarrollo representan un riesgo real de exploración en el marco de la investigación patrocinada desde el exterior.

Si bien reconoce que los patrocinadores externos tienen motivos diferentes para realizar investigaciones en los países en desarrollo, considera que éstos deberían establecer prioridades relativas a sus necesidades de atención sanitaria. Cuando se propone alguna investigación patrocinada desde el exterior que queda fuera de las prioridades nacionales, su pertinencia se debe justificar ante los comités apropiados de ética de la investigación.

Creemos que los investigadores, los patrocinadores, las autoridades nacionales de atención sanitaria, los organismos internacionales y los comités de ética de la investigación deben examinar, con claridad, las siguientes cuestiones como parte de cualquier protocolo de investigación, antes de realizar las investigaciones:

- Necesidad, si procede, de vigilar los posibles resultados perjudiciales a largo plazo derivados de la investigación durante un determinado periodo después de concluida ésta.
- Posibilidad de proporcionar a los participantes la intervención que ha demostrado ser la mejor –si todavía pueden beneficiarse de ella– durante un determinado periodo de tiempo.
- Posibilidad de introducir el tratamiento que ha resultado eficaz y mantener la disponibilidad para una comunidad más amplia.

Doble estándar

La Declaración de Helsinki ha sostenido, como principio básico, que la preocupación por el interés del individuo debe prevalecer siempre sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad, algunos bioeticistas reclamaron por una revisión de la Declaración defendiendo lo que se ha denominado doble estándar –un tipo de terapia para países industrialmente desarrollados y otro para naciones empobrecidas en su desarrollo–, denominación, que aunque útil por su simplicidad, resultó insuficiente para dar cuenta de

las estrategias puestas en marcha a partir de entonces para flexibilizar el sistema internacional de revisión ética de las investigaciones biomédicas.

Bioética y biotecnología

La secuencia completa del genoma humano ha facilitado la identificación de todos los genes que contribuyen a la enfermedad. La clasificación funcional de las enfermedades genéticas y sus productos revelan que existen más de 1,000 enfermedades genéticas documentadas en donde la edad en que se expresan y la forma hereditaria varían en forma muy compleja.

La fibrosis quística o mucoviscidosis es la enfermedad hereditaria más común que acorta la vida de la población blanca aunque se encuentra en todas las razas. Descrita en 1938, afecta en Estados Unidos a 30,000 personas, su carácter es recesivo y se presenta un caso por cada 3,200 nacimientos vivos en población de origen europeo. La sobrevida no es mayor a 31 años, aun con todos los cuidados y gastos inherentes a la enfermedad.

El gene fue localizado en el brazo largo del cromosoma 7 en 1985 y clonado en 1989. Éste codifica el regulador de la conductancia transmembrana de la célula, la cual regula los líquidos y el canal de cloro; inhibe la absorción de sodio a través de las membranas epiteliales. Se han comunicado más de 700 mutaciones del gene, mismas que se expresan en diversas formas clínicas, por lo que la edad, diversidad de presentación, gravedad y tasa de progresión parecen estar dirigidas por la mutación genética específica.

La fibrosis quística es un trastorno multisistémico que afecta, según la mutación, las secreciones del páncreas, bronquial y **pulmonar hepatobiliar**, gastrointestinal y aparato reproductor.

La enfermedad pulmonar es la principal causa de mortalidad. Los mecanismos de defensa respiratorios, en particular el transporte mucociliar, conducen a bronquiectasis e insuficiencia respiratoria. Las infecciones bronquiales suelen ser severas y la presencia de *haemophylus*, *influenzae*, *klebsiella*, *pseudomona A* y *borkholderia C*, son muy difíciles de controlar.

Las personas que padecen esta enfermedad tienen persistentemente concentraciones de cloro y sodio alto en el sudor, manifestaciones respiratorias múltiples, diarreas severas, pancreatitis, retraso del crecimiento y cirrosis hepática en adultos. El análisis genético y prueba del sudor con sodio alto y la historia familiar son fundamentales. El tratamiento es multidisciplinario: médicos, enfermeras, terapeutas, nutriólogos.

La terapia de sustitución génica puede ser la clave en el manejo de la enfermedad, el uso de ADN para el gen CFTR ya se ha clonado con éxito y la reparación de proteína con técnicas sofisticadas puede reparar los defectos y mutaciones. A pesar de todo, 85% de los pacientes no sobreviven más allá de los 30 años. El trasplante pulmonar está lleno de contraindicaciones; sin embargo, un 60% logra sobrevivir de tres años.

Las compañías de seguros evitan asegurarlos y los pacientes que lo están ven con mucha dificultad el equipo multidisciplinario de salud; en Estados Unidos el gobierno ha establecido programas de manejo a domicilio con el fin de abatir costos. Empero, el gasto total de atención a este grupo poblacional equivale al presupuesto o financiamiento de programas de tuberculosis en América Latina.

El mal uso de la información médica, por parte de empresas o compañías de seguros, tal y como ocurre en la actualidad con algunas enfermedades, hace que el conjunto de recursos diagnósticos que traerán los avances biotecnológicos en el campo de la genética deban verse con cuidado por sus previsibles consecuencias en aspectos sociales como los ya señalados, con lo cual se podrían agravar las discriminaciones ya existentes. Así, las enfermedades genéticas se sumarían al conjunto de padecimientos que conllevan a una estigmatización social. No obstante, es necesario señalar que no son los avances biotecnológicos los causantes de problemas en cada país.

La genética es una ciencia compleja que incluye inferencias sobre patrones de herencia, conocimiento de estadística y tecnologías sofisticadas de costo elevado. El reto actual consiste en entender y traducir, en términos y conceptos accesibles, al público en general, esta revolución tecnológica.

La información genética ya ha influido en la práctica médica; existe la necesidad de educar al médico y al público en las implicaciones de la atención médica y sus expectativas. El uso, y no sería raro, el abuso del conocimiento genético es complejo y debe discutirse abiertamente.

Referencias

- ¹ Cano Valle, Fernando, *Protección a la salud en México, percepciones acerca de la medicina y el derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Facultad de Medicina de la UNAM, México, 2001, pp.1.
- ² Miembros de la Comisión Mexicana sobre Macroeconomía y Salud, *Síntesis ejecutiva, macroeconomía y salud*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp. 19.
- ³ Cano Valle, Fernando, *Protección a la salud en México, percepciones acerca de la medicina y el derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Facultad de Medicina de la UNAM, México, 2001, pp.19.
- ⁴ Cano Valle, Fernando, *Protección a la salud en México, percepciones acerca de la medicina y el derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Facultad de Medicina de la UNAM, México, 2001, pp.20.
- ⁵ Cano Valle, Fernando, *Protección a la salud en México, percepciones acerca de la medicina y el derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Facultad de Medicina de la UNAM, México, 2001, pp.24.
- ⁶ Hernández-Ávila, Mauricio, colb., *Perspectivas para el control del tabaquismo en México: reflexiones sobre las políticas actuales y acciones futuras*, Revista Salud Pública de México, suplemento 2, volumen 49/2007, pp.303.
- ⁷ Hernández-Ávila, Mauricio, colb., *Perspectivas para el control del tabaquismo en México: reflexiones sobre las políticas actuales y acciones futuras*, Revista Salud Pública de México, suplemento 2, volumen 49/2007, pp.303.
- ⁸ Hernández-Ávila, Mauricio, colb., *Perspectivas para el control del tabaquismo en México: reflexiones sobre las políticas actuales y acciones futuras*, Revista Salud Pública de México, suplemento 2, volumen 49/2007, pp.304.

⁹ Hernández-Ávila, Mauricio, colb., *Perspectivas para el control del tabaquismo en México: reflexiones sobre las políticas actuales y acciones futuras*, Revista Salud Pública de México, suplemento 2, volumen 49/2007, pp.307

¹⁰ Claude Bernard (Saint-Julien, 12 de julio de 1813 – París, 10 de febrero de 1878): fue un médico y fisiólogo francés, conocido fundamentalmente por el estudio del síndrome de Claude Benard-Horner. Se le considera uno de los principales iniciadores de la línea experimental hipotético-deductiva, a menudo formalizada como OHERIC.

¹¹ Cfr. Giorgio Del Vecchio, *Los principios generales del derecho*, (Trad. de Juan Ossorio Morales) 3ª ed., España, Bosch, 1971, p. 56.

¹² Cano Valle, Fernando y Jiménez Góngora, Antonio (coords.), *La administración de justicia en el contexto de la atención médica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003, pp. 3-4.

¹³ J. Ovalle Favela *citado por* Soberanes Fernández, José Luis, *Los principios generales del derecho en México. Un ensayo histórico*, 2ª reimpresión, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 12.

¹⁴ García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 1996, p. 311.

¹⁵ Cfr. Giorgio Del Vecchio, *Los principios generales del derecho*, (Trad. de Juan Ossorio Morales) 3ª ed., Bosch, España, 1971, nota (I) de la p. 41.

¹⁶ Valadés, Diego, *Problemas del bioderecho y del derecho genómico en SAADA*, Alya y Valadés, Diego (coords.), *Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-UNESCO, México, 2006, núm. 3, p. 389.

Medicina y Derecho: naturaleza y alcance

*Dr. José Francisco Barragán Riverón **

Resumen

Medicina legal: toda actuación o actividad que realice el médico-legista –médico cirujano, cirujano dentista, psicólogo, biólogo, químico farmacéutico, etc.–, que sea o pueda ser útil para el derecho en cualquiera de sus ramas, será una actividad o actuación médico legal.

Función de la medicina legal: ser copartícipe en la aplicación de justicia.

En su actuación como médico legista el profesionista no tiene límites en la elaboración de estudios, análisis y pruebas clínicas que considere necesarias; asimismo, opinará, en todo lo que crea útil, para auxilio del investigador.

La práctica forense del médico legista se da, en toda actuación, en la que los conocimientos médicos sirvan para auxilio en la investigación jurídica, en el proceso o juicio –en el foro–. ¿Cómo lograrlo? Con la emisión de opiniones, certificados,

* Asesor y expresidente de la Asociación de Medicina Legal Mexicana y Ciencias Forenses de la Secretaría de Salud del Distrito Federal.

dictámenes, constancias y demás documentos elaborados en la mejor forma posible mediante la capacitación y evaluación continua de los médicos cirujanos legistas.

Medicina legal

La variedad de definiciones que diversos autores han hecho de lo que es la medicina legal ha generado una serie de ideas confusas, por lo que es conveniente utilizar una definición que sea concreta y concisa, como lo señala el médico cirujano legista don Guillermo Ramírez Covarrubias en su texto que se refiere a la medicina legal como: “La aplicación de los conocimientos médicos en auxilio del derecho, en cualquiera de sus ramas”. Se puede conceptualizar que esta especialidad del quehacer médico tiene una acepción realmente amplia y no muy limitada como la han visto muchas generaciones de profesionales aun del área médica, que por error, la han considerado como la especialidad dedicada a determinar la causa de la muerte y el estado de ebriedad.

¡Oh, craso error! Creer que sólo lo anterior es lo que realiza el médico legista, ya que se olvidan de que *todo médico cirujano* realiza funciones de legista –algunas veces, tal vez en la mayoría de ellas– sin saberlo, como cuando elabora un *certificado* que es un *documento médico legal* de tipo público, como los de *defunción, muerte fetal, salud prenupcial, salud prelaboral, incapacidad, pérdida de vida o pérdida de un segmento corporal*, en los que la *autoridad del poder ejecutivo*, al no poder contar con un número suficiente de médicos que laboren para el Estado, se vale de *cualquiera* del área que cuente con cédula profesional para auxiliarse en estas funciones; o el sin número de *constancias de alumbramiento, de enfermedad, de incapacidad, etc.*, las que a pesar de ser documentos médico legales de tipo privado, el profesional tiene la obligación de expedir para auxilio de los pacientes.

Así también, la elaboración de la cotidiana *receta médica* es una actuación *médico legal*, pues en ésta se deben señalar los requisitos que establece la Ley General de Salud y el Reglamento de la misma en materia de atención médica, sin omitir como otras funciones médico legales que cumplen –o debieran cumplir– todos los profesionales del

área médica, como son la elaboración correcta del expediente clínico, de los avisos o notificaciones a las autoridades sanitarias o judiciales y ya, en casos especiales y a solicitud de parte, la elaboración de opiniones técnicas y de dictámenes, previo peritaje que debe ser aceptado ante autoridad competente. Todo lo anterior lo realiza el médico de cualquier especialidad simplemente apoyado en sus conocimientos y avalado por su cédula profesional que, con carácter de patente, le autoriza y obliga a ser copartícipe de la aplicación de la justicia; por ende, de actuar como médico cirujano legista aun sin saberlo e incluso sin desearlo.

Distaba mucho de la realidad ese absurdo concepto de la medicina legal de sólo considerarla unida al cadáver putrefacto y al hediondo ebrio, pues realmente el médico legista deberá valerse de todos sus conocimientos para cumplir con una de sus funciones principales, que es la de ser copartícipe de la aplicación de la justicia al auxiliarla en cualquiera de sus ramas, pues tanto en materia civil, como penal o administrativa, sanitaria, fiscal, etc., va a poder aportar sus vastos conocimientos y experiencia para que primero el investigador, tratando de ministrar justicia en forma pública –ministerio público de ley–, se base en la serie de certificaciones que le brinda el médico cirujano legista, con las que fundamente su proceder, ya sea para iniciar la averiguación previa al proceso o, para determinar que lo investigado se envíe al archivo y quede en reserva y, si con posterioridad aparecen otros hechos o las condiciones del caso se modifican, se pueda continuar con la investigación-averiguación.

Todo el aporte de conocimientos médicos al realizar el médico cirujano legista su diagnóstico médico-legal, a considerar son:

a) Si el sujeto está vivo o ha fallecido, y en esta segunda hipótesis, la causa, lugar, modo y tiempo del fallecimiento.

b) Si hay lesiones, la gravedad de éstas, su tiempo de sanidad, si dejarán secuelas ya sean estéticas, funcionales o psíquicas; determinar el tipo del agente agresor y el mecanismo de cómo se produjeron las lesiones, determinando la posición que posiblemente tenían el agredido y el agresor –la víctima y el victimario.

c) Si el sujeto o paciente que le presentan para examinarlo está psíquicamente capaz de entender y comprender el hecho por el que es presentado, si existe o no intoxicación y, en caso de haberla, por cuál (es) sustancia (s) se produjo.

d) La conducta del paciente, su *habitus exterior*.

e) En caso de requerirlo, los cuidados especiales que se le deben dar al paciente, motivo del estudio, ya sea enviarlo a un hospital o mantenerlo en estrecha vigilancia.

Lo anterior lo realiza en una actuación previa al proceso, cuando se está informando el investigador qué ha sucedido y, por ende, no es una actuación en el *foro* o *proceso* jurídico ante un Juez, por lo tanto, a pesar de lo que opinen múltiples autores, que en forma simplista, señalan que la especialidad puede ser llamada indistintamente medicina legal o medicina forense, en realidad se puede ver claro que si bien tampoco son antagónicas no son en esencia, iguales pues en su carácter de legista el médico aportará una serie ilimitada de datos, todo aquello que pueda ser útil para el investigador. Mientras que en su actuación el forense, ya ante el Juez, en el foro o juzgado, sólo responderá o señalará en su dictamen, en forma concreta y directa, aquello de lo que se le interroga. En la práctica *forense* el *médico* responderá, por ejemplo, si el agente agresor fue uno u otro de los que se le presenten y deberá señalar porque así lo asevera, pero ya no tiene que señalar otras condiciones, como sí lo hizo en su actuación como *legista*, en lo que aportó en el certificado de lesiones o de estado físico.

Tal vez es más sencillo explicar esto si lo comparamos con otra especialidad muy conocida como es la gineco-obstetricia, en la que recordemos que, si bien no todo ginecólogo realiza funciones de obstetra, sí, todo médico que realiza la obstetricia debiera ser ginecólogo, por ende, todo médico en actuación forense debe ser inicialmente legista.

Esto permite valorar que no es fácil señalar los límites de actuación del médico cirujano legista, pues si tal vez no son infinitos, sí se acercan mucho a este término, ya que definirá desde vida, sexo, lesiones, estado psíquico, intoxicaciones, limitaciones físicas o psíquicas para realizar actividades sociales o laborales, así como deberá ser un valioso apoyo para el cuerpo legislativo en la elaboración de leyes, reglamentos, normas, etc., que se realicen para aplicarse en su comunidad, y ser miembro de los comités de

prevención de accidentes, farmacodependencia, epidemias, etc., ya que sus conocimientos y aplicación de éstos, no deben tener cortapisas.

Al analizar lo anterior se demuestra plenamente porqué desde la década de los 90, en las postrimerías del siglo pasado, la Academia Nacional de Medicina, en forma conjunta con la Academia Mexicana de Cirugía, extendió una carta de reconocimiento y aval al entonces recién formado Consejo Mexicano de Medicina Legal y Forense, A. C., en el que se fusionó un importante grupo de médicos legistas con o sin práctica forense, pero que al laborar en diversas dependencias tanto oficiales como de la iniciativa privada –SSA, SSDF, PJGDF, PGR, SeDeNa, SeMar, TSJ, Procuradurías de Justicia de los Estados de la Federación y Tribunales Superiores de Justicia de cada Estado, Servicios Médicos Forenses de cada entidad federativa, ISSSTE, IMSS, Institutos de Seguridad Social de los diversos Estados de la Federación, compañías aseguradoras y empresas de la iniciativa privada–, se integraron con un mismo criterio de certificar y recertificar, cada cinco años, a todos aquellos profesionales que ejercen la especialidad, ya sea por haber realizado un curso universitario de dos años de duración, o por haberse capacitado con más de cinco años de ejercer como especialistas y haber cubierto más de 300 horas de asistencia a cursos de capacitación en el área de la medicina legal, evaluando sus conocimientos y destrezas mediante un examen teórico-práctico, con el que pueden demostrar al Consejo y, por ende, a la sociedad que tienen la capacidad teórica y lo que es más valioso, la capacidad deóntica para ejercer esta importante especialidad médica, en la que se unen los conocimientos de la biología y del derecho, en auxilio y para beneficio del sujeto que requiere de este especialista.

Esta evaluación debe realizarse en la actualidad cubriendo los parámetros que señala el Comité Normativo Nacional de Especialidades Médicas (CONACEM), órgano regulador y, como su nombre lo indica, normativo de todos los Consejos de Especialidades Médicas, que está formado por representantes de las Academias tanto Nacional de Medicina como Mexicana de Cirugía y por un grupo de representantes de algunos Consejos que se eligen al azar cada dos años para formar parte del Comité.

Los estatutos del CONACEM se encuentran en la página:

www.consejomexicanodemedicinalegal.com.mx.

La medicina legal ha crecido como ramas de este gran árbol a la criminología, la criminalística, la toxicología, la balística, etc., y ha reconocido el aspecto legista de otras especialidades afines, tales como la psiquiatría legal, la psicología legal, la odontología legal, la gineco-obstetricia legal, y se vale de conocimientos técnicos como los de la fotografía, la grafología, la cibernética, etc., para cumplir con su cometido, aplicando todos los principios científicos necesarios para servir a la investigación.

A continuación se enumeran algunas de las actividades a desarrollar en el presente y futuro por los médicos cirujanos legistas en apoyo de diferentes materias del derecho –penal, civil, medicina penitenciaria–; en materia administrativa, laboral, en auxilio de la legislación, etc., así como en materias afines a la medicina, tanto en nuestro país como en cualquier otro, lo que se espera sea de pronta aplicación.

En materia penal

a) Elaboración del diagnóstico médico legal para poder determinar:

- Estados de ebriedad o intoxicación.
- Evaluación del estado mental.
- Gravedad de lesiones y su tiempo de sanidad.
- Determinación de secuelas, tanto estéticas como funcionales.
- Contribución en medidas de rehabilitación.
- Diagnóstico de pérdida de la vida o muerte, y demostración de los mecanismos, medios y elementos que se relacionaron con el hecho.
- Diagnóstico de pérdida de la vida o muerte cerebral.
- Determinación de edad clínica.
- Diagnóstico de lesiones y daños por actos sexuales.
- Diagnóstico de cópula y/coito.
- Diagnóstico de enfermedades contagiosas.

- Diagnóstico de aborto.
 - Diagnóstico de vida extrauterina.
 - Interpretación de estudios genéticos para determinación de identidad, paternidad, etc.
 - Diagnóstico de inimputabilidad.
 - Valoraciones de peligrosidad.
 - Diagnóstico de maltrato tanto físico como psíquico y social.
- Certificación de pérdida de segmentos corporales humanos, etc.

b) En el campo de la criminalística:

En esta rama de la medicina legal, el médico cirujano legista auxiliará al investigador desde el lugar del hallazgo –crimen, de los hechos, etc.–, indicando cómo realizar la toma de huellas, indicios o muestras, y determinar quiénes deberán hacer y cuáles de los estudios o análisis requeridos, hasta revisar y evaluar los resultados de laboratorio y gabinete, interpretándolos en forma adecuada, llegando incluso a realizar la autopsia o necropsia computarizada, también llamada cibernética, basada en estudios toxicológicos, rayos X, tomografía axial computarizada y resonancia magnética.

En materia civil

- Diagnóstico de vida.
- Certificación de muerte.
- Determinación de salud prenupcial.
- Diagnóstico de interdicción.
- Determinación de paternidad.
- Determinación de tiempo de muerte, en casos de herencia.
- Diagnóstico de incapacidad física.
- Diagnóstico de capacidad mental.
- Certificación de edad clínica.
- Certificación de salud.

- Certificación de miembros amputados.
- Certificación de integridad corporal.

En “derecho penitenciario” –se pone entrecomillado por no ser totalmente aceptado por todos los abogados:

- Particularidad en la patología de los internos de Centros de Readaptación Social –cárceles.
- Prevención de adicciones.
- Prevención y tratamiento de epidemias.
- Coordinación en la inspección de visitantes, para evitar la introducción de drogas y/o patologías.

En materia administrativa

- Valoración de actividad profesional.
- Diagnóstico de enfermedades.
- Organización de actividades de rescate y asistencia social.
- Docencia.

En materia laboral

- Determinación de salud prelaboral.
- Determinación de riesgos de trabajo.
- Determinación de enfermedades.
- Determinación de accidentes de trabajo.
- Determinación de incapacidades.
- Diagnóstico de simulación o disimulación.
- Evaluación de tratamientos médicos.
- Evaluación de incapacidades.

- Determinación de intoxicaciones laborales.
- Aplicación de normas oficiales mexicanas relacionadas con la actividad laboral.
- Diagnóstico de incapacidad permanente.

En auxilio a la legislación

Auxiliar a los legisladores en materia médica.

Proponer cambios a la legislación.

Participar opinando sobre los proyectos de normas oficiales mexicanas.

Opinar sobre los proyectos de reformas a la legislación sanitaria.

Referencias

¹Ramírez Covarrubias, Guillermo, *La medicina legal mexicana*, Ed. Particular México, 1999.

²Martín Abreu, Luis, *Compendio de medicina general*, T. IV, Cap. Responsabilidad Profesional, Méndez Editores, México, 2000.

³Martín Abreu, Luis y Pérez Vela, Jorge, *Cirugía para el estudiante y el médico general*, T. I, Cap. 2., *Aspectos legales y normativos de la práctica quirúrgica*, Méndez Editores, México, 2004.

⁴Barragán Riverón, J. F., *La normatividad jurídica nacional para el médico y los trabajadores de la salud*, 1ª. ed., Ed. Trillas, México (en imprenta).

Ley General de Salud

Reglamentos de la Ley General de Salud en materia de:

- a)** Prestación de servicios de atención médica
- b)** De investigación para la salud
- c)** De insumos para la salud
- d)** De publicidad
- e)** De control sanitario de actividades, establecimientos, productos y servicios

CONAMED, *Diez años de arbitraje médico*, SSA, México, 2006

CAPÍTULO 2

Derecho y Salud

Lic. Rodolfo Lara Ponte

Dr. José Narro Robles

Derecho y Salud

*Lic. Rodolfo Lara Ponte **

Resumen

El presente texto tiene por objeto analizar algunos de los aspectos más relevantes del derecho a la protección de la salud tanto en el ámbito interno de México como en el contexto internacional. A efecto de precisar las características de este derecho se hace una revisión sobre conceptos básicos como derechos humanos, derechos fundamentales y garantías, para acabar encuadrando el mismo como uno de los derechos económicos, sociales y culturales que está estrechamente vinculado con los demás derechos humanos. Después se señalan los principales instrumentos jurídicos que han servido como antecedentes, tanto nacionales como internacionales, para el reconocimiento del derecho a la protección de la salud, hasta su incorporación al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para efectuar, por último,

* Secretario Ejecutivo de Servicios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

una breve enunciación de las principales obligaciones a cargo del Estado, relacionados con la protección, promoción y defensa de este derecho.

I. Marco conceptual

1. Concepto de derechos humanos

Hoy por hoy los derechos humanos tienen, para la mayoría de las sociedades, un carácter evidente, su trascendencia ha ocasionado que se llegue a identificar la justicia con los derechos humanos, pues “en torno a ellos giran todas las propuestas de legitimidad en las relaciones internacionales, hasta el punto de que la sospecha de su atropello sistemático puede convertir –felizmente– a un régimen político en un leproso dentro de la comunidad de las naciones”¹, erigiéndose, de este modo, como un paradigma de legitimidad en el contexto internacional, el que un régimen político promueva, defienda y respete los derechos humanos.

Si bien es obvio que cada ser humano tiene derechos que le son propios, la tarea de expresar una definición de los derechos humanos no resulta para nada sencilla, debiéndose advertir que aun dentro de los campos teóricos, las definiciones propuestas con frecuencia son imprecisas o con alcances limitados. Algunos de los problemas que presenta formular una definición de los derechos humanos tienen su origen en la fundamentación de los mismos, toda vez que se tendrá que adoptar una postura que quede comprendida entre una justificación de esos derechos derivada de un orden natural o trascendente, o la simple aceptación del carácter positivo y empírico de cualquier declaración de derechos.

Ubicarnos en un contexto sustentado en un orden natural o trascendente, o en uno basado en la positivización de los derechos humanos implica que el reconocimiento de los mismos tiene por objeto preservar ciertos valores o bienes morales que se consideran innatos, inalienables y universales, como la vida, la propiedad y la libertad. La noción de los derechos humanos es producto del devenir histórico en la búsqueda por acceder a

niveles y formas de convivencia comunitaria basadas en el insoslayable principio del respeto a la dignidad, en tanto razón y esencia de la sociabilidad del hombre². En consecuencia, la definición de los derechos humanos tendría que buscar un equilibrio o punto medio entre las posturas antes expuestas para su justificación.

La definición de derechos humanos que consideramos más adecuada para efectos del presente trabajo y que da pie a que se explique en forma muy sencilla el concepto de derechos fundamentales, es la que proporciona Pérez Luño al señalar que los derechos humanos son un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional³.

Por lo que hace a la clasificación de los derechos humanos, si bien es cierto que se podrían señalar diversas clasificaciones dependiendo del contexto en que nos ubiquemos, para efecto de la presente exposición adoptaremos la terminología utilizada, en lo general, por el derecho internacional y, específicamente, por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en sus documentos y resoluciones en la materia, conforme a las cuales, los derechos humanos se podrían ubicar en dos grandes grupos principales: el de los derechos civiles y políticos, y el de los derechos económicos, sociales y culturales.

Es pertinente señalar que no existe un consenso teórico sobre las características que son propias de los derechos civiles y políticos, y aquéllas que corresponden a los derechos económicos, sociales y culturales, y que las que se pretende sean definitivas de unos y de otros son comunes a ambos, aunque con diferencias de grado⁴; no obstante lo anterior, dentro del contexto del presente trabajo y sin pretender realizar una enunciación definitiva, tomando como base las definiciones y conceptos formulados sobre el particular por autores tales como Robert Alexy, Juan Antonio Cruz Parceró, Gerardo Pisarello y Carlos S. Nino, entre otros, podríamos señalar como algunos atributos o cualidades básicas que servirían para distinguir a estos derechos entre sí, los siguientes⁵.

- Los derechos civiles y políticos tales como la vida, la libertad, la integridad física y la igualdad son anteriores a cualquier manifestación institucional y, en todo caso, encuentran en el Estado un mecanismo para garantizar su protección. Los derechos económicos, sociales y culturales son derechos históricos cuya definición precisa una decisión previa acerca del reparto de los recursos y de las cargas sociales que no puede adoptarse en abstracto ni con un valor universal. En cuanto a los derechos civiles y políticos, su protección supone una mínima estructura estatal; en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales se requiere una organización de servicios y prestaciones públicas mucho más elaborada.
- En los derechos civiles y políticos la obligación del Estado fundamentalmente es de carácter negativo, pues consiste en una abstención u omisión para no comprometer el ejercicio de estos derechos, lo que crea un ámbito de inmunidad garantizado para las personas. En los derechos económicos, sociales y culturales la obligación del Estado es, sobre todo, de carácter positivo y consiste en un dar o un hacer que, por lo general, se traduce en el otorgamiento de bienes o servicios económicamente valiables. Este atributo ha generado que los derechos económicos, sociales y culturales hayan sido definidos, por lo común, como de carácter prestacional.
- Los derechos civiles y políticos se atribuyen a un hombre abstracto y racional, es decir, a todos los hombres; mientras que los económicos, sociales y culturales son de un grupo o sector específico, como consecuencia de su situación social particular, ya que se formulan para atender carencias y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales.
- Los derechos civiles y políticos buscan asegurar una libertad jurídica, mientras que los económicos, sociales y culturales buscan asegurar una libertad fáctica; estos últimos no son derechos de igualdad, entendida ésta en el sentido de igualdad material o sustancial, sino, por el contrario, establecen un régimen jurídico diferenciado en atención a una desigualdad ya existente de hecho, que trata de ser limitada o superada.

2. Derechos fundamentales y garantías

La vinculación entre los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos se da en el momento en que estos últimos incorporan a su contenido a los primeros, es decir, cuando se satisface la necesidad o la exigencia de que los derechos humanos sean reconocidos o positivizados por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, con lo cual adquieren el carácter de derechos fundamentales.

En concordancia con los términos en que hemos definido a los derechos humanos, consideramos igualmente válido el concepto que formula Antonio Enrique Pérez Luño en relación a los derechos fundamentales, los cuales, en su opinión, serían “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”⁶.

De este modo y, tomando en consideración los conceptos previamente señalados, para efecto del orden jurídico mexicano entenderíamos que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sobre el particular, es importante señalar que en el caso específico de México, atendiendo al título que tiene el capítulo I del texto constitucional, en la doctrina mexicana se ha tendido a equiparar las garantías con los derechos fundamentales, cuestión que, como Miguel Carbonell señala, no es correcta en tanto que el concepto de garantía no es equivalente al de un derecho⁷. La garantía es el medio para garantizar algo, hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado⁸. En un sentido moderno, una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales.

Para Pisarello⁹, las garantías constituyen técnicas de protección de los derechos. En su concepto, esa función de tutela se concreta en el establecimiento de una serie de obligaciones o deberes, de límites y vínculos que, en resguardo precisamente de los derechos, les son impuestos a los poderes públicos. Las garantías son los mecanismos para hacer efectivos los derechos.

Respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, la cuestión de las garantías es relevante, en tanto que uno de los puntos más discutibles en relación a los mismos es la posibilidad o no que tienen sus titulares de poder exigir judicialmente su cumplimiento, ya que bajo la tesis de que estos derechos tienen carácter programático, serían considerados como mandatos políticos o normas de efecto indirecto, mediato, cuyo principal beneficio o producto sería permitir una función de cobertura o de habilitación que posibilita que el legislador incursione en esferas que de otro modo tendría vedadas, es decir, le permiten acceder a campos que antes tenía restringidos en mayor o menor medida¹⁰.

En alusión a este punto, nos parece valiosa la opinión de Pisarello cuando señala que, en un sentido normativo estricto, es posible afirmar que el sólo reconocimiento de un derecho constitucional comporta ya alguna forma más o menos explícita, de garantía normativa. De esta manera, al materializarse o tornarse visibles estos intereses y pretensiones y quedar incorporados en un sistema de normas, el reconocimiento de derechos constitucionales encierra, por sí mismo, una serie de límites y vínculos para el propio legislador y, de manera indirecta, para la administración¹¹.

II. El derecho a la protección de la salud

1. Concepto

El derecho a la protección de la salud es uno de los derechos humanos considerado como parte de los derechos económicos, sociales y culturales, por lo que, en principio, contiene las características comunes a esta clase de derechos que han sido expuestas con anterioridad. En cuanto a las particularidades específicas de este derecho podemos señalar las que menciona el estudio elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) respecto a las Garantías Sociales¹², en el cual se precisa que este derecho:

- Sobresale del concepto de garantías individuales.
- Sus titulares pueden ejercerlo libremente.
- Es un derecho universal, pues protege a todo ser humano.
- Su parte medular consiste en el acceso a los servicios de salud.

En suma, podríamos agregar, como otra característica, la conclusión de dicho estudio en el sentido de que para que sea efectivo el derecho a la protección de la salud, es necesaria la participación del individuo, la sociedad y el Estado, pues sin la intervención conjunta y coordinada de estos elementos, difícilmente puede ser vigente.

Por otra parte, la Observación general número 14 del Comité de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU (2000)¹³ señala como una característica específica del derecho a la salud¹⁴, que es un derecho inclusivo, que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, que son el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas; el suministro oportuno de alimentos sanos y una nutrición apta; el contar con una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y el tener acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud. Del mismo modo precisa los elementos que se deben considerar como esenciales e interrelacionados al derecho a la salud:

- **Disponibilidad.** Contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.
- **Accesibilidad.** Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción de cada Estado. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información.
- **Aceptabilidad.** Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir,

respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

· **Calidad.** Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico, y ser de buena calidad.

2. Relación necesaria entre el derecho a la protección de la salud y los derechos humanos

Tal y como ha sido señalado, el derecho a la protección de la salud puede ser considerado como uno de los derechos económicos, sociales y culturales por lo que es, por sí mismo, un derecho humano que constituye, junto con los demás derechos, un cuerpo interdependiente, universal e indivisible. Estos principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos encuentran un primer antecedente en el ámbito internacional en la resolución 32/130 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 16 de diciembre de 1977¹⁵, en la cual se precisó que “todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, en atención a lo cual deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección, tanto de los derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales”.

Lo anterior fue ratificado en la Declaración y Programa de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial que se llevó a cabo en esa ciudad en 1993¹⁶, en cuyo punto I.5 se afirmó, entre otras cosas, que “todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.

De manera más específica, la Observación General No. 14 del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales de la ONU (2000) señala expresamente que el derecho

a la salud está vinculado de manera muy estrecha con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de los que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular los referidos a alimentación, vivienda, trabajo, educación, dignidad humana, vida, no discriminación, igualdad, no ser sometido a torturas, vida privada, acceso a la información y libertad de asociación, reunión y circulación.

Sobre el particular la Organización Mundial de la Salud (OMS) reconoce que¹⁷:

- Entre la salud y los derechos humanos existen vínculos complejos.
- Las violaciones a los derechos humanos pueden tener graves consecuencias para la salud.
- La desatención o mala salud evita un ejercicio pleno de los derechos humanos.
- Las políticas y los programas sanitarios pueden promover los derechos humanos o violarlos, según la manera en que se formulen o se apliquen.
- La vulnerabilidad a la mala salud se puede reducir adoptando medidas para respetar, proteger y cumplir los derechos humanos.

3. ¿Derecho a la salud o derecho a la protección de la salud?

Como se puede apreciar de la simple lectura de la mayoría de los instrumentos internacionales en la materia, éstos hacen referencia a un derecho a la salud, mientras que en el ámbito nacional, el derecho que está reconocido por el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es el derecho a la protección de la salud. Actualmente podríamos considerar que, en términos generales, ambos conceptos son equivalentes; sin embargo, hasta antes del año 2000, tal distinción parecía pertinente por las razones que se exponen a continuación.

Al proponerse la reforma constitucional al artículo 4º en el año de 1982¹⁸, se consideró que la enunciación de un derecho a la salud constituía un concepto demasiado amplio que impondría al Estado obligaciones que no estaría en capacidad de cumplir, toda vez que no podría garantizar que todos los habitantes del país gozaran de buena salud; en consecuencia, se generó el concepto de derecho a la protección de la salud, el cual se entendía como la obligación a cargo del Estado de desarrollar acciones positivas tendentes a proteger o reparar la salud cuando ha sido afectada.

No es sino hasta el año 2000 que se generó en un instrumento internacional, una definición o concepto detallado de lo que debe entenderse por derecho a la salud, mediante la Observación General No. 14 del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales de la ONU. En este documento se precisa, entre otras cosas, que el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano, ya que un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano, por lo que debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.

Esta identidad entre el derecho a la salud y el derecho a la protección a la salud ha sido reconocida, inclusive, en instrumentos internacionales tales como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000, misma que en su artículo 35 reconoce el derecho de las personas a la protección de la salud, el cual consiste en el derecho de todas las personas a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria, teniendo por objeto garantizar un alto nivel de protección de la salud humana¹⁹.

4. Desarrollo del derecho a la protección de la salud a partir de las demandas sociales de los ciudadanos

Como quedó planteado con anterioridad, generalmente se concibe que los derechos económicos, sociales y culturales surgen hacia la segunda mitad del siglo XIX como consecuencia de la agudización de los conflictos sociales entre las clases poseedoras y los sectores empobrecidos y excluidos por el capitalismo liberal. En el caso específico del derecho a la protección de la salud, si bien es evidente que no es sino hasta los últimos 40 años que empieza a configurar sus alcances y dimensiones actuales, también lo es que con antelación a esa fecha es posible considerar que algunos de los elementos constitutivos de este derecho ya habían sido asumidos, en mayor o menor medida, por un gran número de Estados tanto a nivel local como en el ámbito internacional.

El concepto de higiene pública nace cuando J.P. Frank publica en Austria, entre 1777 y 1788, un tratado en seis volúmenes sobre un Sistema completo de medicina política, que establece un programa de actuación, encomendado a los poderes públicos, desde el vientre de la madre hasta la muerte. Si bien estas ideas no son asumidas por los Estados hasta muchos años después, éstos ya tenían alguna intervención en la materia, generalmente motivada por las circunstancias. A manera de ejemplo, la sanidad para el siglo XIX en España no era una organización técnica o administrativa, ni se entendía como una obligación permanente del gobernante hacia sus gobernados, pero ya era considerada como una actividad gubernativa correspondiente al ámbito de la policía de salubridad confiada a jefes políticos y alcaldes, que tomaban medidas según el estado de necesidad de protección de un bien de propiedad individual como es la salud²⁰.

En cuanto a México, a reserva de señalar con mayor detenimiento los antecedentes jurídicos del derecho a la protección a la salud, encontramos que la intervención estatal en materia de salud existe en mayor o menor medida desde la época de la Colonia, destacando en la esfera internacional cuestiones tales como la creación, en el año 1902, de la Oficina Sanitaria Panamericana, que es la estructura internacional más antigua que participa en el área de cooperación técnica en materia de salud.

El análisis y estudio de la intervención estatal en materia de salud, a lo largo del tiempo, constituyen un tema que supera en mucho los alcances del presente trabajo, por lo que únicamente nos limitaremos a señalar los antecedentes generales más relevantes en el ámbito internacional a partir del año de 1946, así como los de carácter nacional.

5. Antecedentes internacionales

En el ámbito internacional podemos señalar que desde el año de 1946 cobró fuerza el reconocimiento del derecho a la salud, iniciándose un proceso evolutivo que ha llevado al concepto actual del mismo. Entre los documentos más importantes relativos a este derecho podríamos señalar los siguientes²¹.

- **Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1946):** Da un concepto de salud y se reconoce como principio la importancia de la misma.
- **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948):** Derecho a la preservación de la salud y al bienestar, y derecho a la seguridad social.
- **Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948):** Condensa los derechos básicos de todo ser humano. Establece el derecho a la salud.
- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966):** Reconoce el derecho a la salud y señala obligaciones de los Estados de adoptar medidas para hacerlo efectivo.
- **Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social (1969):** Se establece la necesidad de adoptar medidas sanitarias, un sistema de seguridad social y medidas para rehabilitación e integración de discapacitados.
- **Declaración de Alma-Ata (1978):** Reconoce como fundamental para el desarrollo el derecho a la salud y otorga reconocimiento internacional al concepto de atención primaria de salud.
- **Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador (1988):** Reconoce el derecho a la salud y refiere obligaciones de los Estados en atención primaria, servicios, prevención y educación en materia de salud.
- **Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (2000):** Define varios aspectos sobre el alcance, características, elementos y componentes del derecho a la salud en lo general; obligaciones de los Estados; define las violaciones al derecho a la salud.

6. Antecedentes nacionales

En el ámbito nacional, la intervención estatal en materia de salud se puede encontrar desde el año de 1541²², aunque en sus alcances y proyecciones actuales podemos

considerar que es con posterioridad a la emisión de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 y, en particular desde 1941, que se consolidan las instituciones estatales en materia de salud. A nivel de nuestros textos fundamentales encontramos como principales antecedentes del derecho a la protección a la salud en México, los siguientes²³.

- **Leyes de Indias (1541, 1570, 1587):** Ordenan que se funden y cuiden hospitales, se nombran protomédicos generales para las Colonias, y se regula el ejercicio de los médicos cirujanos y boticarios.
- **Constitución Política de la Monarquía Española (1812):** Reconocía como una facultad de las Cortes aprobar los reglamentos generales para la policía y sanidad del reino. Encargaba a los ayuntamientos la policía de salubridad y comodidad, así como el cuidado de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia.
- **Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana (1814):** Otorgaba al Supremo Congreso la facultad de aprobar los reglamentos que condujeran a la sanidad de los ciudadanos, a su comodidad y demás objetos de policía.
- **Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano (1823):** Confería a los jefes políticos la facultad de exigir a los ayuntamientos el cumplimiento exacto de sus obligaciones para el gobierno económico-político de las provincias, así como la vigilancia, en específico, de las relativas a la embriaguez, la salubridad de las poblaciones, su limpieza y alumbrado.
- **Leyes Constitucionales (1836):** Confería a las juntas departamentales potestad para dictar todas las disposiciones convenientes a la conservación y mejora de los establecimientos de instrucción y beneficencia pública. Encargaba a los ayuntamientos la policía de salubridad y comodidad, así como cuidar de los hospitales de beneficencia que no fueran de fundación particular.
- **Bases Orgánicas (1843):** Concedió como facultad de las Asambleas Departamentales crear fondos para establecimientos de instrucción, utilidad o beneficencia pública.

· **Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos (1857):** La materia de salud quedó reservada a los estados al no estar expresamente concedida a la federación. En 1908 se reformó para otorgar al Congreso la facultad para dictar leyes sobre salubridad general de la República.

7. El derecho a la protección de la salud en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917

Siguiendo la tendencia en materia de salubridad, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 en su redacción original, se limitó a establecer como atribución del Poder Legislativo la facultad de legislar en materia de salubridad general de la República, estableciendo, en lo general, las facultades del Consejo de Salubridad General, así como del Departamento de Salud.

El artículo 4o. constitucional en su texto original no hacía ninguna referencia al derecho a la protección de la salud, ya que estaba referido a la libertad de trabajo y al ejercicio de las profesiones. No es sino hasta el año de 1980 que se incluyó la materia de salud en este precepto al agregarse un tercer párrafo en el que se reconocía el derecho de los menores a la salud física y mental, pero se responsabilizaba a sus padres de preservar el mismo, reduciendo el papel de las instituciones públicas a brindar los apoyos para la protección de los menores que determinara la ley de la materia.

El establecimiento del derecho a la protección de la salud se da con la reforma al citado artículo, publicada en el año de 1983, mediante la cual se incorporó un párrafo penúltimo a dicho precepto que suscribió este derecho en sus términos actuales. Para esa fecha la actividad estatal en materia de salud ya era intensa, por lo que no debemos de entender que es hasta ese año que el Estado mexicano decidió intervenir en el tema. Más allá del reconocimiento formal de este derecho se ha señalado que esta iniciativa tuvo dos propósitos básicos: **1)** cumplir con los compromisos contraídos por México en el ámbito internacional, y **2)** disponer la bases para establecer un Sistema Nacional de Salud.

En sus términos actuales el derecho a la protección de la salud se establece en el artículo 4o. constitucional en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.

De este modo se incorpora el reconocimiento a nivel constitucional del derecho a la protección de la salud para todas las personas, se consignó expresamente la obligación a cargo del Estado de proporcionar los servicios de salud y se establecieron las bases para el Sistema Nacional de Salud, dejando a la ley reglamentaria la tarea de definir las bases y modalidades para proporcionar los servicios de salud, así como la concurrencia de la federación y de las entidades federativas en materia de salubridad general.

III. Sistema del Estado mexicano para garantizar el acceso al derecho a la protección de la salud

El derecho a la salud o el derecho a la protección de la salud tiene repercusiones tanto en el ámbito externo como interno de los Estados. Por lo que hace a México, para efectos internos, además del artículo 4o. constitucional, el instrumento básico que regula el derecho a la protección de la salud es la Ley General de Salud²⁴, la cual desarrolla las bases y modalidades de acceso a los servicios que materializan este derecho; considero relevante destacar los siguientes aspectos:

1. Finalidades (artículo 2)

- El bienestar físico y mental del hombre.
- La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana.
- Fomento de valores hacia la salud que contribuyan al desarrollo social.
- Responsabilidad de la población en materia de la salud.

- El disfrute de servicios de salud y de asistencia social.
- El conocimiento para el aprovechamiento y utilización de los servicios de salud.
- El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

2. Servicios básicos de salud (artículo 27)

- La educación, promoción del saneamiento básico y el mejoramiento del medio ambiente.
- La prevención y el control de enfermedades y accidentes.
- La atención médica.
- La atención materno-infantil.
- La planificación familiar.
- La salud mental.
- Enfermedades bucodentales.
- La disponibilidad de medicamentos y otros insumos.
- La promoción del mejoramiento de la nutrición.
- La asistencia social a los grupos más vulnerables (indígenas).

3. Sistema Nacional de Salud (artículo 5)

Está constituido por las dependencias y entidades de la administración pública, tanto federales como locales, y por las personas físicas o morales de los sectores social y privado que presten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones; tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud.

A) Objetivos del Sistema Nacional de Salud (artículo 6)

- Proporcionar servicios de salud a toda la población.
- Contribuir al desarrollo demográfico armónico del país.
- Servicios de asistencia social.

- Dar impulso al desarrollo de la familia y de la comunidad.
- Impulsar el bienestar y el desarrollo de las familias y comunidades indígenas.
- Mejoramiento de las condiciones sanitarias del medio ambiente.
- Impulsar un sistema racional de administración y desarrollo de los recursos humanos.
- Promover la medicina tradicional indígena.
- Modificación de los patrones culturales para la salud.
- Sistema de fomento sanitario.

B) Organización del Sistema Nacional de Salud (artículos 7, 8, 9, 10, 11 y 12)

En cuanto a su organización la Ley General de Salud establece que la coordinación del Sistema Nacional de Salud estará a cargo de la Secretaría de Salud (SSA). La concertación de acciones entre la SSA, las autoridades de las comunidades indígenas, y los integrantes de los sectores social y privado, se realizará mediante convenios y contratos, existiendo la posibilidad de que las instituciones de salud puedan llevar a cabo acciones de subrogación para la prestación de los servicios. Los gobiernos de las entidades federativas tienen la obligación de desarrollar sistemas estatales de salud y de coadyuvar al Sistema, en el ámbito de sus respectivas competencias y en los términos de los acuerdos de coordinación que celebren.

4. Competencias en materia de salubridad general (artículo 13)

El sistema de competencias en materia de salubridad general, en términos de la Ley General de Salud, se clasifica en: facultades exclusivas de la federación –previstas en el inciso A del artículo 13–, facultades exclusivas de las entidades federativas en su respectiva jurisdicción –previstas en el inciso B del mismo artículo 13–, y facultades concurrentes, que son aquellas en las que se establece el ejercicio coordinado de las atribuciones de la federación y de las entidades federativas, conforme a los acuerdos de coordinación que suscriba la SSA con los gobiernos de las entidades federativas, en el marco del Convenio Único de Desarrollo.

5. Cuadro y Catálogo básico de insumos (artículos 28 y 29)

La Ley General de Salud establece que habrá un Cuadro básico de insumos para el primer nivel de atención médica y un Catálogo de insumos para el segundo y tercer niveles, elaborados por el Consejo de Salubridad General, a los cuales se ajustarán las instituciones públicas del Sistema Nacional de Salud, y en los que se agruparán, caracterizarán y codificarán los insumos para la salud. En la elaboración del Cuadro y Catálogo participarán la SSA, las instituciones públicas de seguridad social y las demás que señale el Ejecutivo Federal.

La SSA determinará dentro del Cuadro básico de insumos, la lista de medicamentos y otros recursos esenciales para la salud, y garantizará su existencia y disponibilidad permanentes a la población que los requiera, en coordinación con las autoridades competentes

6. Sistema de protección social en salud

El 14 de mayo de 2003 se publicó la reforma y adición a la Ley General de Salud a efecto de incorporar un nuevo título relativo a la Protección Social de la Salud. Esta reforma implicó un importante cambio en el esquema de organización de los servicios de atención de la salud y en el financiamiento del sector salud, pretendiendo dar respuesta al reto de implantar mecanismos efectivos, equitativos y sustentables para financiar los servicios.

Como consecuencia de la necesidad de proveer una alternativa de protección social en salud para la población que no cuenta con servicios de esta naturaleza como la seguridad social, la protección social en salud es un mecanismo por el cual el Estado garantizará el acceso efectivo, oportuno, de calidad, sin desembolso al momento de utilización y sin discriminación a los servicios médico-quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios. Se plantea que el acceso a estos servicios se de mediante la combinación de acciones en materia de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

De este modo, se entiende por sistema de protección social en salud a las acciones que en esta materia provean los regímenes estatales de protección social en salud. La SSA coordinará las acciones de dichos regímenes, los cuales contarán con la participación subsidiaria y coordinada de la federación. Las familias y personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social o no cuenten con algún otro mecanismo de previsión social, se incorporarán al sistema de protección social en salud que les corresponda en razón de su domicilio. La unidad de protección será el núcleo familiar.

El Ejecutivo Federal, por conducto de la SSA, y los gobiernos de los estados y del Distrito Federal celebrarán acuerdos de coordinación para la ejecución del sistema de protección social en salud.

La SSA, los Estados y el Distrito Federal promoverán las acciones necesarias para que las unidades médicas de las dependencias y entidades de las administraciones públicas locales y federales que se incorporen al sistema de protección social en salud provean, como mínimo, los servicios de:

- Consulta externa
- Hospitalización para las especialidades básicas de medicina interna
- Cirugía general
- Ginecobstetricia
- Pediatría
- Geriatría

El sistema de protección social en salud será financiado de manera solidaria por la federación, los estados, el Distrito Federal y los beneficiarios, en los términos previstos por la Ley General de Salud. El gobierno federal cubrirá anualmente una cuota social por cada familia beneficiaria del sistema, equivalente a quince por ciento de un salario mínimo general vigente diario para el Distrito Federal.

El gobierno federal, los gobiernos de los estados y el del Distrito Federal efectuarán aportaciones solidarias por familia beneficiaria. La aportación mínima estatal para cada

familia será de la mitad de la cuota social; la del gobierno federal será de cuando menos una vez y media el importe de la cuota social. Los beneficiarios participarán con cuotas familiares que serán anticipadas, anuales y progresivas, las que se determinarán con base en las condiciones socioeconómicas de las familias.

IV. Obligaciones del Estado correlativas al derecho a la protección de la salud

En la actualidad los Estados tienen obligaciones derivadas del derecho a la protección de la salud, tanto en su ámbito interno como en el internacional. En el caso específico de México, las responsabilidades del Estado, en su contexto interno, se encuentran contenidas y detalladas básicamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Ley General de Salud, en los términos que se han señalado con anterioridad.

En el ámbito internacional, las obligaciones a cargo de los Estados están señaladas en diversos documentos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en diversas observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU; en la Observación No. 14 se resumen y detallan con mayor precisión las obligaciones referidas, mismas que se dividen en inmediatas, legales de carácter general, específicas, internacionales, básicas y de prioridad comparable.

1. Obligaciones inmediatas

- Garantizar que el derecho a la salud será ejercido sin discriminación alguna.
- Adoptar medidas deliberadas y concretas en aras de la plena realización del derecho a la salud.

2. Obligaciones legales de carácter general

- Avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización de dicho derecho a la salud.

- No adoptar cualesquiera medidas deliberadamente regresivas en materia del derecho a la salud.
- Obligación de respetar: exige que los Estados se abstengan de injerir directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. Dentro de esta obligación quedan comprendidas diversas obligaciones específicas.
- Obligación de proteger: requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías previstas en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales. Dentro de esta obligación quedan comprendidas diversas obligaciones específicas.
- Obligación de cumplir: requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud. Dentro de ésta quedan comprendidas diversas obligaciones específicas, aunque se reconocen dos tipos fundamentales: las relativas a facilitar –que implican que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a disfrutar del derecho a la salud– y las de promover –que suponen que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población.

3. Obligaciones internacionales, entre las que destacan:

- Reconocer el papel fundamental de la cooperación internacional y cumplir su compromiso de adoptar medidas conjuntas o individuales para dar plena efectividad al derecho a la salud.
- Respetar el disfrute del derecho a la salud en otros países e impedir que terceros conculquen ese derecho, mediante su influencia legal o política, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional aplicable.
- Facilitar el acceso a los establecimientos, bienes y recursos de salud esenciales en otros países, siempre que sea posible, y prestar la asistencia necesaria cuando corresponda.

- Velar porque en los acuerdos internacionales se preste la debida atención al derecho a la salud y, con tal fin, considerar la posibilidad de elaborar nuevos instrumentos legales.

4. Obligaciones básicas, entre las que destacan:

- Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial en lo que se refiere a los grupos vulnerables o marginados.
- Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada, segura y que garantice que nadie padezca hambre.
- Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable.
- Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.
- Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud.

5. Obligaciones de prioridad comparables, entre las que destacan:

- Velar por la atención de la salud genésica, materna -prenatal y postnatal- e infantil.
- Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad.
- Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas.
- Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades.
- Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.

V. Vinculación del derecho a la protección de la salud con los derechos humanos en el ámbito del Estado mexicano y su exigibilidad

En el plano nacional el vínculo más evidente entre el derecho a la protección de la salud y los derechos humanos se materializa en la posibilidad de que las violaciones al primero puedan hacerse del conocimiento de los organismos encargados de la protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano. Estos organismos están regulados por el apartado B del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y son la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y las comisiones o procuradurías estatales de derechos humanos; estas instancias tienen competencia para conocer de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen los derechos humanos.

En 1996 se creó la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) como un órgano desconcentrado de la SSA, como medio alterno de resolución de controversias suscitadas por atención médica en las instituciones prestadoras de servicios de salud nacionales públicas y privadas, así como de prestadores de dichos servicios particulares individuales. No obstante lo anterior, debe reiterarse que dentro del sistema jurídico mexicano las únicas instancias con atribuciones para determinar violaciones a los derechos humanos son la CNDH y los organismos estatales de protección de los derechos humanos.

En el caso de la CNDH, los artículos 11 y 12 de su Reglamento Interno²⁵ se refieren a los casos que se hagan del conocimiento de dicha Comisión y que pudieran ser competencia de la CONAMED o que involucren a servidores públicos de la misma, contemplando en el primero de los supuestos la posibilidad de remitir de inmediato el asunto a dicha instancia para su trámite y conocimiento. La remisión a la CONAMED sólo opera cuando los casos planteados son estrictamente correspondientes a la práctica médica, y en los que no haya otro tipo de violaciones a los derechos humanos involucradas.

La CNDH en el *Manual para la calificación de hechos violatorios de derechos humanos*²⁶ señala las siguientes voces vinculadas con el derecho a la protección de la salud:

- Abandono de paciente.
- Aislamiento hospitalario o penitenciario por tener la condición de seropositivo o enfermo de VIH.
- Deficiencia en los trámites médicos.
- Falta de notificación de estado de salud de VIH.
- Investigación científica ilegal en seres humanos.
- Negativa de atención médica.
- Negativa de atención médica por tener la condición de seropositivo o enfermo de VIH.
- Negativa o inadecuada prestación de servicio público.
- Negligencia médica.
- Violación del derecho a la protección de la salud.

En cuanto a la incidencia de las violaciones al **derecho a la protección de la salud** resulta interesante revisar el contenido del documento elaborado por la CNDH, bajo el título de *Balance del 2000 al 2006 en materia de Derechos Humanos en México*²⁷. En éste la CNDH señala, entre otras cosas, que el gran número de quejas por deficiencias en los servicios de salud denota un preocupante fenómeno de degradación progresiva en la calidad de estos servicios.

Asimismo, precisa que en el periodo 2000 a 2006 se presentaron 4,035 quejas por negativa o inadecuada prestación del servicio público de salud; 2,098 por negligencia médica y 1,050 por incumplimiento de prestaciones de seguridad social. El Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) fue señalado como autoridad responsable de presuntas violaciones a los derechos humanos en 8,754 casos –el número más alto de los que se reportan– y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) en 2,384 casos -el sexto lugar más alto.

Continuando con el caso específico de nuestro país, en cuanto a la posibilidad de reclamar judicialmente los derechos económicos, sociales y culturales, es pertinente señalar que por lo que hace al derecho a la protección de la salud, el Poder Judicial de la Federación ha emitido diversas tesis relacionadas con la protección directa o indirecta a dicho derecho en aspectos tales como transplantes de órganos, dotación de medicamentos, accesos a servicios de salud, tratamientos para combatir adicciones e, inclusive, sobre las repercusiones de algunas normas fiscales en relación al mismo²⁸.

No obstante lo anterior, atendiendo al número de tesis emitidas, así como a su contenido, sería posible concluir que las reclamaciones que se han presentado ante las instancias del Poder Judicial de la Federación por violaciones al derecho a la protección de la salud son pocas y no comprenden la totalidad de los aspectos que son inherentes a este derecho, por lo que es necesario ampliar el debate sobre el tema y, tomando en consideración las experiencias de otros países al respecto, emprender las reformas legales que sean necesarias para reforzar la protección de este derecho mediante el establecimiento de mecanismos y parámetros concretos que posibiliten su plena exigibilidad por la vía jurisdiccional.

Una población sana es indispensable para elevar la productividad y las condiciones de vida de una sociedad, de este modo la provisión de servicios de salud es una inversión en capital humano y no un gasto social, por lo que constituye una de las responsabilidades esenciales del Estado mexicano²⁹. Sin embargo, aun cuando se realicen reformas jurídicas para procurar una mayor vigencia del derecho a la protección de la salud, su incidencia real no se verá afectada mientras no se tomen las previsiones presupuestales adecuadas para asignar el gasto público que requiere su realización, atendiendo a las condiciones y características de la sociedad mexicana. Los recursos económicos insuficientes constituyen, por sí mismos, uno de los principales obstáculos para la plena exigibilidad del derecho a la protección de la salud.

Es innegable que los esfuerzos realizados en materia de salud por el Estado mexicano, desde principios del siglo XX, han sido muy relevantes y, como consecuencia de ello, muchos mexicanos han tenido la posibilidad de acceder a una cobertura en

servicios de salud que no podrían sustentarse con sus propios recursos económicos; sin embargo, la meta de garantizar a toda la población que tendrá acceso a los servicios de salud que necesite, con independencia de las situaciones económicas, sociales, culturales o geográficas que tengan, todavía resulta un objetivo que para ser alcanzado requerirá, en un futuro, adecuaciones en los ámbitos jurídicos y económicos.

Conclusiones

1. El derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el nivel más alto posible de salud. No es un derecho a estar sano, ya que un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano.

2. El derecho a la salud es un derecho humano que, conforme a la clasificación generalmente usada en el ámbito internacional, pertenece al grupo de derechos económicos, sociales y culturales. Tiene un carácter eminentemente prestacional, en tanto que para su realización es necesaria la intervención del Estado mediante el otorgamiento de diversos bienes o servicios relacionados con el mismo. En la mayoría de los instrumentos internacionales se hace referencia a un *derecho a la salud*, mientras que en el ámbito nacional, el derecho que está reconocido por el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es el derecho a la protección de la salud, no obstante lo cual, podríamos considerar que ambos conceptos son equivalentes.

3. Generalmente se concibe que los derechos económicos, sociales y culturales surgen hacia la segunda mitad del siglo XIX como consecuencia de la agudización de los conflictos sociales entre las clases poseedoras y los sectores empobrecidos y excluidos por el capitalismo liberal. En el caso específico del derecho a la protección de la salud, si bien es evidente que no es sino hasta los últimos 40 años que el mismo empieza a configurar sus alcances y dimensiones actuales, también lo es que con anterioridad a esa fecha es posible considerar que algunos de los elementos constitutivos de este derecho

ya habían sido asumidos, en mayor o menor medida, por un gran número de Estados tanto a nivel local como en el ámbito internacional.

4. Al estar reconocido por el orden jurídico mexicano, el derecho a la salud o derecho a la protección de la salud es, asimismo, un derecho fundamental que, en principio, tendría que ser exigible judicialmente por sus beneficiarios, no obstante lo cual, al haberse entendido durante muchos años como una más de las normas de carácter programático contenidas en nuestra Constitución, no se le ha dado en el ámbito teórico y práctico la atención debida a este tema. En México el Poder Judicial de la Federación ha emitido diversas tesis en relación a la protección de este derecho, no obstante lo cual queda mucho camino por recorrer en relación a su exigibilidad por la vía jurisdiccional.

5. El derecho a la salud o el derecho a la protección de la salud tiene repercusiones tanto en el ámbito externo como interno de los Estados. En el ámbito internacional, las obligaciones a cargo de los Estados están señaladas en diversos documentos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en diversas observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, siendo la Observación No. 14 en la que se resumen y detallan con mayor precisión las obligaciones en cuestión.

6. Por lo que hace a México, para efectos internos, además del artículo 4o. Constitucional, el instrumento básico que regula el derecho a la protección de la salud es la Ley General de Salud, la cual desarrolla las bases y modalidades de acceso a los servicios que materializan este derecho, mediante mecanismos tales como el Sistema Nacional de Salud y el Sistema de Protección Social en Salud.

Como consecuencia de los esfuerzos realizados en materia de salud por el Estado mexicano una gran parte de la población ha tenido la posibilidad de acceder a una cobertura en servicios de salud que no podría sustentar con sus propios recursos económicos, sin embargo, la meta de que se pueda garantizar a toda la población el que tendrá acceso a los servicios de salud que necesite, con independencia de las situaciones económicas, sociales, culturales o geográficas que tengan, todavía resulta un objetivo

que para ser alcanzado requerirá, en un futuro, adecuaciones en los ámbitos jurídicos y económicos.

Referencias

¹Ollero Tassara, Andrés, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p.119.

²Lara Ponte, R., *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, Ed. Porrúa-IIJ, México 1998, p.3.

³Pérez Luño, A., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Ed.Tecnos,Madrid, 1999, p. 48.

⁴Abramovich, Víctor, *et al*, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2004, p.25.

⁵Carbonell, Miguel, *et al*, *Derechos sociales y derechos de la minorías*, (Comp.), IIJ-UNAM, México, 2000, pp. 15-143.

⁶Pérez Luño, A., *Los derechos fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p.29.

⁷Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-IIJ/UNAM, México, 2004, p.6.

⁸Fix-Zamudio, H., *Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho Procesal constitucional*, en Ferrer MacGregor, E. (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 273.

⁹Pisarello, G., “El estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia”, en Abramovich, Víctor, *et al* (Comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Ed. Fontamara, México, 2006, p.35.

¹⁰En relación a la exigibilidad de los derechos sociales: Abramovich, Víctor, *et al*, *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales, en derechos sociales. Instrucciones de uso*, Ed. Fontamara, México, 2006, pp. 55-78, así como el capítulo Los derechos

sociales y su protección jurídica, en Memoria del Coloquio sobre Derechos Sociales, SCJN, México, 2006, pp. 153-203. Por lo que hace al carácter programático: Cossío, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, Ed. Fontamara, México, 2005, pp. 75-97.

¹¹Pisarello, G., "El estado social como estado constitucional: mejores garantías, más democracia", en Abramovich, Víctor, *et al* (Comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Ed. Fontamara, México, 2006, p.35.

¹²Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías sociales*, SCJN, México, 2005, p.70.

¹³Página web de la Biblioteca de Derechos Humanos de la Universidad de *Minnesota*: www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm.

¹⁴En un apartado posterior se hará referencia a la similitud que actualmente existe entre el derecho a la salud mencionado principalmente en el derecho internacional y *el derecho a la protección de la salud* reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁵Página web del Centro de Documentación de la Organización de las Naciones Unidas: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/320/13/IMG/NR032013.pdf>.

¹⁶Página web de la Biblioteca de Derechos Humanos de la Universidad de *Minnesota*: <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/SI1viedec.html>.

¹⁷Organización Mundial de la Salud, *Veinticinco preguntas y respuestas sobre salud y derechos humanos*, OMS, Ginebra, 2002, p.8.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Derechos del pueblo mexicano*.

¹⁸*México a través de sus constituciones*, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión-Ed. Porrúa, México, 2006, Tomo VII, Sección primera, pp. 607-617.

¹⁹Página web de la Unión Europea:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C2000:364:0001:0022:ES:PDF>

²⁰ Viñez Rueda, José Javier, *La sanidad española en el siglo XIX a través de la Junta Provincial de Sanidad de Navarra (1870-1902)*, Gobierno de Navarra/Departamento de Salud, Pamplona, 2006, p. 25

²¹ En relación a los documentos internacionales se utilizaron, básicamente, las versiones contenidas en las páginas web del Centro de Documentación de la Organización de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/spanish/documents>, así como de la Biblioteca de Derechos Humanos de la Universidad de Minnesota: <http://www1.umn.edu/humanrts>.

²² La versión consultada de las Leyes de las Indias fue la versión digitalizada que aparece en el archivo digital de la Legislación en el Perú:

<http://www.leyes.congreso.gob.pe/ntley/LeyIndiaP.htm>.

²³ Los textos consultados son los que aparecen en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1989*, Ed. Porrúa, México, 1989, así como en la página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://www.juridicas.unam.mx/infur/leg/conshist>.

²⁴ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984.

²⁵ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de septiembre de 2003.

²⁶ Soberanes Fernández, José Luis, “La protección de la salud en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, en Muñoz de Alba Medrano, Marcia (Coord.) *Temas selectos de derecho y salud*, IIJ-UNAM, México, 2002, pp. 182-183.

²⁷ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Balance del 2000 al 2006 en materia de Derechos Humanos*, CNDH, México, p. 4. (Consultado en la página web de la CNDH: <http://www.cndh.org.mx/lacndh/informes/espec/balance00-06.pdf>).

²⁸ Dentro de las tesis emitidas por el Poder Judicial de la Federación destacan las nominadas bajo los siguientes rubros: *Trasplante de órganos entre vivos. El artículo 333, fracción VI de la Ley General de Salud, que lo permite únicamente entre personas relacionadas por parentesco, matrimonio o concubinato, transgrede los derechos a la salud y a la vida consagrados en el artículo 4o. de la Constitución Federal.* (Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, agosto de 2003, Página 54; Tesis: P. IX/2003, Aislada; Materia: Constitucional); *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.* (Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XI, marzo de 2000, página 112; Tesis: P. XIX/2000, Aislada; Materia: Constitucional); *Salud, derecho a la. autoridad del ramo no puede negarse a proporcionar tratamiento a un procesado.* (Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo II, diciembre de 1995, página 574; Tesis: VI.2o.37 P, Aislada; Materia: Penal); *Salud, derecho a la transgresión cuando no se ordena el tratamiento sobre la adicción de un sentenciado toxicómano.* (Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo 57, septiembre de 1992, página 43; Tesis: I.2o.P. J/44, Jurisprudencia; Materia: Penal); *Valor agregado. Los artículos 2o-A, fracción I, inciso B) y 9o, fracción II de la Ley del Impuesto relativo, que establecen la tasa del 0% para la enajenación de medicinas y la exención para la venta de construcciones adheridas al suelo destinadas a casa habitación, respectivamente, no violan el artículo 4o. de la Constitución Federal (legislación vigente en 2005).* (Novena Época; Instancia: Primera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIV, julio de 2006, página 338; Tesis: 1a. CVI/2006, Aislada; Materia: Constitucional, Administrativa); *Militares, sus familiares carecen de interés jurídico para impugnar en amparo la declaratoria de retiro del servicio activo.* (Novena Época;

Instancia: Segunda Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, enero de 2005, página 542; Tesis: 2a./J. 200/2004, Jurisprudencia; Materia: Administrativa); Militares, para resolver sobre su retiro del activo por detección del VIH, debe estarse a la interpretación sistemática, causal, teleológica y por principios de los dispositivos constitucionales que protegen el derecho a la salud, a la permanencia en el empleo y a la no discriminación. (Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, octubre de 2004, página 2363; Tesis: I.4o.A.438 A, Aislada; Materia: Administrativa).

²⁹ Urbina Fuentes, M., *Rezagos y desafíos*, en Urbina Fuentes, M. *et al* (Comps.), *La experiencia mexicana en salud pública. Oportunidad y rumbo para el tercer milenio*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006. p. 681.

Bibliografía

Abramovich, Víctor, *et al*, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", en del mismo autor, *et al* (Comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Ed. Fontamara, México, 2006, pp. 55-78.

Abramovich, Víctor, *et al*, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2004, pp. 19-116.

Alexy, Robert, "Derechos sociales fundamentales", en Carbonell, Miguel, *et al* (Comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México, 2000, pp. 67-85.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión - Ed. Porrúa, México, 2006, Tomo VII, Sección Primera.

Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-IIJ/UNAM, México, 2004.

Chávez, Ignacio, *México en la cultura médica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Balance del 2000 al 2006 en materia de Derechos Humanos en México*, (consultado en la hoja electrónica de la CNDH: <http://www.cndh.org.mx/lacndh/informes/espec/balance00-06.pdf>).

_____, *Manual para la calificación de hechos violatorios de derechos humanos*, CNDH, México, 1998.

_____, *Normatividad de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, CNDH, México 2007.

Cossío, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, Ed. Fontamara, México, 2005.

Cruz Parceró, Juan Antonio, "Los derechos sociales como técnica de protección jurídica", en Carbonell, Miguel, et al (Comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, Comps.), *La experiencia mexicana en salud pública. Oportunidad y rumbo para el tercer milenio*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp. 25-39.

Fajardo Ortiz, Guillermo, et al. *Perspectiva histórica de atención a la salud en México 1902-2002*, México, Organización Panamericana de la Salud/UNAM, 2002.

Ferrajoli, Luigi, "Derechos fundamentales", en Antonio de Cabo, et al. (edit.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001. pp. 19-56.

Fernández de Castro, Jorge, "Las primeras epidemias", en Urbina Fuentes Manuel, et al, (comps.), *La experiencia mexicana en salud pública. Oportunidad y rumbo para el tercer milenio*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006. pp. 25-39.

Fix-Zamudio, Héctor, *Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional*, en Ferrer MacGregor, Eduardo (Coord.), *Derecho procesal constitucional*, Ed. Porrúa, México, 2003, pp.273-_____.

Garzón Valdez, Ernesto, “Derecho y moral”, en Vázquez, Rodolfo (Comp.), *Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1998, pp. 19-55.

González, Enrique, “El derecho a la salud”, en Abramovich, Víctor, *et al* (Comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Ed. Fontamara, México, 2006, pp. 143-180.

Juan, Mercedes, “Las instituciones públicas de salud en México”, en Urbina Fuentes, Manuel, *et al* (Comps.), *La experiencia mexicana en salud pública. Oportunidad y rumbo para el tercer milenio*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp. 431-441.

Laporta, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, Ed. Fontamara, México 2000.

Lara Ponte, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, Ed. Porrúa–IIJ/UNAM, México, 1998.

Maldonado, Carlos Eduardo, *Derechos humanos, solidaridad y subsidiariedad: ensayos de ontología social*, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000.

Moctezuma Barragán, Gonzalo, “Legislación y normalización”, en Urbina Fuentes, Manuel, *et al* (Comps.), *La experiencia mexicana en salud pública. Oportunidad y rumbo para el tercer milenio*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp. 567-576.

Moctezuma Carrillo, Raúl, “Evolución histórica de los servicios públicos de salud en México”, en Fernández Ruiz, Jorge (Coord.), *Servicios públicos de salud y temas conexos*, Ed. Porrúa, México, 2006, pp. 221-241.

Nino, Carlos S., “Sobre los derechos sociales en México”, en Carbonell, Miguel, *et al* (Comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México, 2000, pp. 137-143.

Ollero Tassara, Andrés, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

Organización Mundial de la Salud, *Veinticinco preguntas y respuestas sobre salud y derechos humanos*, OMS, Ginebra, 2002.

Pantoja Mercado, J. Enrique, "El sistema de protección en salud (el seguro popular)", en Fernández Ruiz, Jorge (Coord.), *Servicios públicos de salud y temas conexos*, Ed. Porrúa, México, 2006, pp. 353-374.

Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

Pisarello, Gerardo. "El estado social como estado constitucional: mejores garantías, más democracia", en Abramovich, Víctor, *et al* (Comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Ed. Fontamara, México, 2006, pp. 23-53.

Pisarello, Gerardo, "Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho", en Carbonell, Miguel, *et al* (Comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México, 2006, pp. 67-85.

Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid 2003.

Prieto Sanchís, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en Carbonell, Miguel, *et al* (Comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México, 2000, pp. 15-65.

Rodríguez Rodríguez, José Jaime, "El sistema nacional de salud y su distribución de competencias", en Fernández Ruiz, Jorge (Coord.), *Servicios públicos de salud y temas conexos*, Ed. Porrúa, México 2006, pp. 15-27.

Secretaría de Salud, *Sistema de protección social en salud. Elementos conceptuales, financieros y operativos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

Soberanes Fernández, José Luis, "La protección de la salud en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos", en Muñoz de Alba Medrano, Marcia (Coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, IJJ-UNAM, México, 2002.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías sociales*, SCJN, México, 2005.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Memoria del coloquio sobre derechos sociales*, SCJN, México, 2006.

Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1989*, Ed. Porrúa, México 1989.

Uribe Flores, José, “Control sanitario de productos y servicios”, en Fernández Ruiz, Jorge (Coord.), *Servicios públicos de salud y temas conexos*, Ed. Porrúa, México, 2006, pp. 133-145.

Valera de la Torre, Adriana, “El derecho a la salud”, en Fernández Ruiz, Jorge (Coord.), *Servicios públicos de salud y temas conexos*, Ed. Porrúa, México, 2006, pp. 1-14.

Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2006.

Villalva Caloca, Jaime, “Tuberculosis”, en Urbina Fuentes, Manuel, *et al* (Comps.), *La experiencia mexicana en salud pública. Oportunidad y rumbo para el tercer milenio*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp. 95-108.

Viñes Rueda, José Javier, *La sanidad española en el siglo XIX a través de la Junta Provincial de Sanidad de Navarra (1870-1902)*, Gobierno de Navarra/Departamento de Salud, Pamplona, 2006.

La salud en México: concepciones, condiciones y políticas públicas

*José Narro Robles **

*Alejandro Fernández Varela ***

Presentación

En las páginas siguientes se van a plantear un conjunto de aspectos de orden reflexivo sobre lo que representa la salud, sus diferentes concepciones e importancia, junto con algunas consideraciones sobre las condiciones de salud en México y las políticas públicas que al respecto existen en el país, su organización y financiamiento. También se presentarán algunas apreciaciones sobre la cobertura en salud y lo que debe ser el compromiso del Estado con la sociedad mexicana, en relación con el derecho constitucional que ampara la protección de la salud, esto es, el acceso igualitario de todos los mexicanos a los servicios de atención de la salud, tanto en el orden preventivo como en el curativo.

* Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

** Facultad de Medicina, UNAM.

El concepto de salud

La forma en la que en una sociedad y tiempo determinado se entiende a la salud, tiene importancia en virtud de que al revisarlo prácticamente se puede hacer un viaje a través de la cultura humana. El concepto ha variado en cada sociedad y en cada etapa de la evolución del ser humano de conformidad con el pensamiento científico, tecnológico y filosófico prevaleciente, pero también en razón del sistema político y social que determina el modelo de organización de los servicios.

Así, el concepto de salud ha transitado entre aspectos mágicos y míticos, entre consideraciones religiosas y definiciones científicas, de las bases experimentales al pensamiento utópico. Un ejemplo de esto último lo representa, sin duda, la definición acuñada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1946, cuando nos indica que “la salud es un estado de completo bienestar físico, psíquico y social y no sólo la ausencia de enfermedad”. Lo anterior conlleva la idea de la salud como algo completo, perfecto, inamovible y, por ende, utópico. Sin embargo, en la actualidad a la salud no se le puede entender de esa manera. En todo caso, dicha concepción de la OMS es una aspiración, un propósito siempre inalcanzable, porque si se habla de un completo estado de bienestar físico, psíquico y social, entonces la salud en esos términos no existe y se convierte, como se decía, en una aspiración.

Por otro lado, en la actualidad se considera a la salud como un proceso y no como un estado. Por consiguiente como una condición inestable, cambiante, una condición que tiene gradientes o niveles; una condición que es por otro lado dependiente no sólo de las condiciones físicas o biológicas del individuo, sino también de los propios estilos de vida y de los aspectos que rodean al ser humano en su ambiente. Finalmente, debe señalarse que en las sociedades modernas se acepta que la salud, su cuidado y atención, se han convertido en un derecho humano y en uno de los valores fundamentales para cualquier persona y colectividad.

La importancia y valor de la salud

De conformidad con lo anterior, debe aceptarse que la salud tiene una enorme importancia y que ésta se da tanto en términos individuales como poblacionales. Para la persona resulta fundamental. Un individuo que no tiene un buen nivel de salud, por la razón que sea, es un individuo que no puede desarrollar todo el potencial que tiene, alguien que ve limitada su posibilidad de disfrutar la vida, de aprender, de desarrollarse culturalmente, de ser productivo, social y económicamente. Asimismo, en términos colectivos pasa algo semejante.

La salud es muy importante, es uno de los indicadores que miden el grado de desarrollo de una nación, de una sociedad. Sin salud no puede, en términos colectivos, aceptarse que exista un buen nivel de desarrollo. De hecho, existe una clara relación bidireccional entre la salud y el desarrollo. La salud genera desarrollo y es requisito previo indispensable para alcanzar el mismo. A su vez, el verdadero desarrollo de una colectividad implica un impacto favorable sobre la salud.

De esta forma la salud se transforma en un verdadero valor individual y colectivo, en una responsabilidad de las personas en tanto individuos y también de los Estados nacionales. Por ello, es absolutamente inadmisibles que se le trate de equiparar a una mercancía, que se le trate de igualar a algo que puede ser regulado por las leyes de la oferta y la demanda. En consecuencia, no es posible aceptar los enfoques en los que el médico es visto como un proveedor y el paciente como un cliente, o aquellos en los cuales, a la propia atención de la salud, se le llega a considerar, como ha sucedido en nuestro medio en algunos momentos y por algunos individuos, como un negocio, como una industria o un nicho de mercado. Esta percepción es absolutamente errónea y sólo conduce a que se acentúen las disparidades en materia de atención a la salud en una colectividad.

Por otro lado, tiene que aceptarse que cada vez la organización del cuidado de la salud tiene mayores repercusiones de orden económico y, por tanto, en las estructuras presupuestales de todos los países. De hecho, el cuidado de la atención a la salud en las

naciones modernas representa una parte importante de las inversiones sociales que se hacen tanto desde el punto de vista público, como también desde la perspectiva de las que realiza el sector privado.

Así, por ejemplo, en un informe reciente sobre el desarrollo humano elaborado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se hace notar que de 175 naciones que fueron analizadas, sólo ocho de ellas destinan menos de tres puntos porcentuales de su Producto Interno Bruto (PIB) al cuidado o atención de la salud. En contraste, existen 21 países que dedican más de nueve puntos de su economía al cuidado y atención de la salud, por lo que los restantes 146 destinan entre tres y nueve puntos de su PIB para la atención de la salud.

Conviene también tener presente otro asunto trascendente. Si bien es cierto que la salud no resuelve las desigualdades sociales presentes en una colectividad, también lo es que sin contar con niveles adecuados de salud, resulta imposible combatir dicha desigualdad. Por ello, para alcanzar niveles pertinentes de justicia social, resulta indispensable contar con condiciones de salud aptas, con programas de atención a la salud eficientes y eficaces. De hecho, los grandes derechos humanos: el derecho a la vida, el derecho a la libertad y el derecho a la autodeterminación, en la vida real sólo pueden ser ejercidos a plenitud si existen niveles convenientes de salud en los grupos que conforman una población.

Por todo lo anterior, se tiene que reconocer que existe la responsabilidad en los estados modernos de generar políticas públicas en materia de salud, que permitan mejorar las posibilidades de que, personas y sociedades, cuenten con los niveles de salud que en la actualidad se pueden alcanzar. No es extraño entonces que, desde hace algunas décadas, en numerosos países se haya incorporado, como parte del equipamiento de los derechos fundamentales que se tutelan, el derecho al cuidado y la atención de la salud. Éste, es el caso de nuestra nación como se verá a continuación.

El derecho a la salud

En México, durante el periodo 1982-1984, se incorporó este derecho fundamental tanto en el texto Constitucional cuanto en la Ley reglamentaria del artículo 4o. de nuestra Carta Magna, que, para mayor precisión, se transcribe a la letra en su parte conducente:

“Artículo 4o. ...

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.

Asimismo, su ley reglamentaria, la Ley General de Salud, establece el derecho al cuidado y atención de la salud como uno de los derechos sociales, como uno de los derechos de las personas que quedan bajo la responsabilidad del Estado mexicano.

Al respecto, en los últimos 25 años por supuesto que ha habido avances importantes. Desafortunadamente también se han presentado algunos cambios que preocupan, tales como los derivados de la aplicación de algunas de las nuevas tesis neoliberales reflejadas en el denominado seguro popular y su organización. En este sentido se harán más adelante algunos comentarios.

México, país de contrastes y de transiciones

Es conveniente señalar que México es un país de contrastes, es una nación que tiene, por un lado, una enorme cultura, una gran historia y una singular tradición, de hecho, es uno de los países que ha sido calificado por uno de nuestros grandes estudiosos, el doctor Miguel León Portilla, como uno de los “núcleos civilizatorios” en la historia de la humanidad. La cultura mesoamericana, previo a la llegada de los españoles y al proceso de la conquista, se constituyó fehacientemente en uno de esos núcleos, en los que se pueden encontrar aportaciones originales, donde existe una cultura completa en todo sentido.

La nación mexicana es heredera directa de esa historia, cultura y tradición que se fusiona con la española para formar un proceso que, después de varios siglos, constituye a México como país independiente cuya evolución, dos siglos más tarde, le permite confirmarse como una de las primeras naciones del mundo en muchos sentidos.

Así por ejemplo, somos el país número trece en extensión territorial; demográficamente hablando, México es la nación número once del mundo; desde el punto de vista económico por el tamaño y vigor de nuestra economía, es el número doce en el concierto de las naciones. Lo mismo podría hablarse de muchos otros indicadores como la biodiversidad o la cantidad de recursos naturales de que dispone. En síntesis, se puede sostener que México es una gran nación y que junto a eso tiene, a manera de contraste, un lastimoso proceso de marginación que debe preocuparnos y ocuparnos, el cual no es sólo producto de los últimos lustros.

Es muy fácil documentar que México es una nación con enormes contradicciones, un país que tiene, por ejemplo, un insuficiente desarrollo humano. En este indicador somos una nación de la tabla media, con limitada competitividad, con bajos niveles de salud y de educación. De hecho, muchos de nuestros indicadores nos ubican en la medianía de los países, lo que contrasta con el hecho de ser uno de los primeros en otros indicadores como los antes referidos. Incluso se tiene que reconocer que existe una grave injusticia social, una muy marcada desigualdad que desafortunadamente no sólo no se ha resuelto, sino que se ha acentuado al paso de los años y que en la actualidad debe ser motivo de nuestra enorme preocupación y compromiso por atenuarla.

México es un país que tiene 106 millones de habitantes, que se ha transformado en una sociedad predominantemente urbana, pero que aún cuenta con más de 23 millones de mexicanos que habitan en el medio rural, en su mayor parte en condiciones de pobreza, desigualdad y exclusión.

El nuestro es un país que se mueve en una serie de paradojas como la relativa a la concentración y la dispersión poblacional, país tiene concentrados, en 33 ciudades de más de 500 mil habitantes, a 28 millones de mexicanos y, en contraste tenemos a casi 24 millones de personas que habitan en 185 mil localidades de menos de 2,500 habitantes.

Por supuesto, en ambas realidades se presentan problemas de diferente naturaleza, incluidas deficiencias para la atención de la salud, así como los asuntos que tienen que ver con la violencia, con las enfermedades mentales y con las adicciones que predominan en los centros concentradores de población y, por otro lado, las enfermedades de la pobreza, los problemas de desnutrición y de enfermedades infecciosas, y la marginante falta de cobertura en la atención médica que prevalece en las comunidades rurales y que hace, por tanto, mucho más difícil la vida en dichas localidades.

Hablando desde el punto de vista demográfico, el nuestro es un país joven con tránsito a la madurez. Sin embargo, se está acelerando este proceso de cambio demográfico, lo que significa que en unos cuantos años, en alrededor de dos décadas, México contará con 13% de población adulta mayor, es decir, de población de 65 años y más. Si bien es cierto que a la par de estos cambios demográficos, también los hay económicos, políticos, sociales, en educación y en la salud, también lo es que hay un incremento en los rezagos existentes, numerosas polarizaciones que tienen que ser objeto de preocupación, pero, sobre todo, de atención con modelos diferentes.

Por ejemplo, en materia de salud en los últimos cincuenta años se han registrado cambios muy importantes. Tres casos ejemplifican y dan sustento a esta aseveración. La esperanza de vida al nacimiento se incrementó en casi 25 años, esto es, casi seis meses de ganancia en esperanza de vida al nacimiento por cada año calendario transcurrido. La mortalidad general y la infantil disminuyeron en estas cinco décadas, en casi 80%. De igual manera en el periodo que se comenta se gestó una profunda transformación de la estructura de la mortalidad ya que, mientras hace 50 años los mexicanos fallecían fundamentalmente a consecuencia de infecciones gastrointestinales, respiratorias o en razón del paludismo, en la actualidad las tres primeras causas de muerte las constituyen la diabetes, los infartos y los tumores malignos.

También en materia de infraestructura para la atención de la salud hay enormes cambios. Antes de 1940 no contábamos con la Secretaría de Salud (SSA), no teníamos al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) o al ISSSTE, no existía la red de institutos nacionales de salud, ni se contaba con la amplia red de servicios médicos, hospitalarios y

de atención primaria, de atención ambulatoria, de centros de salud, de clínicas, de medicina general, de que en la actualidad se dispone para atender a la población. Por supuesto que esta transformación incluye a la SSA, al IMSS, al ISSSTE, a las estructuras de los servicios estatales de salud y, en general, a todo el conjunto de las estructuras públicas e incluso también de las privadas que con anterioridad eran mucho más limitadas.

Sin embargo, si hemos de ser honestos, tenemos que reconocer que a pesar de esos cambios favorables, indiscutibles y que tienen que ser subrayados, también es cierto que en el concierto internacional, en materia de salud, somos una nación que se encuentra apenas a la mitad del camino, en un sitio que registra rezagos muy importantes que resultan inadmisibles hoy en día, al tiempo que se acumulan nuevos desafíos que tienen igualmente que llamar nuestra atención.

Se debe reconocer que la salud en México todavía se identifica por tener problemas básicos como una alta mortalidad infantil, una elevada mortalidad materna, al igual que una también importante mortalidad por enfermedades infecciosas de las cuales se sabe prácticamente todo y para las que se cuenta con medidas preventivas y de orden curativo con las que, si se interviene de forma oportuna, el impacto favorable es factible.

Todavía existe un número importante de defunciones que se podría evitar por medio de eficientes esquemas de vacunación, o por medio de la modificación de algunos estilos de vida no saludables que están generando un nuevo esquema de patologías, en campos como la salud mental, los accidentes o las enfermedades crónico-degenerativas que se han convertido en las primeras causas de muerte y que, de nuevo, con la aplicación de las medidas preventivas pertinentes se podrían prevenir o por lo menos se podría retardar su aparición o atenuar sus consecuencias como es el caso de la diabetes. Aunado a todo esto, todavía tenemos un bajo gasto público en salud y apoyos limitados a los programas de orden preventivo.

Para sustentar lo señalado en algunos datos, se podría recordar por ejemplo, que la mortalidad infantil en nuestro país es seis veces mayor que la que registra Japón, tres veces la de Cuba o el doble de la que tienen países como Chile o Costa Rica. Esto es

simplemente, inaceptable e implica que nos estamos rezagando en este campo. Lo mismo podemos observar si hacemos comparaciones al interior de nuestro país. Existen brechas importantes en la esperanza de vida al nacimiento cuando se comparan entidades federativas como Chiapas que tiene una esperanza de vida al nacimiento todavía baja y que contrasta con la que registran entidades como Nuevo León o el Distrito Federal, que ocupan los primeros sitios. Algo semejante sucede cuando se analiza la esperanza de vida de un niño que nace en la sierra oaxaqueña y se compara con lo que sucede con una niña que nace en la ciudad de Monterrey o en alguno de sus municipios circunvecinos en medio de una clase económica alta. Las diferencias son abismales y corresponden a realidades opuestas.

Un punto de apoyo adicional al argumento se encuentra al revisar la mortalidad infantil en la que es posible observar que prácticamente la mitad corresponde a la mortalidad neonatal y que un alto porcentaje de las muertes que se registran se origina en problemas al nacimiento, en concreto en la asfixia y que se trata en su mayoría, de muertes que son prevenibles, de muertes que podrían descontarse de las altas tasas de mortalidad infantil.

Al hablar de nuestros problemas en materia de salud se hace indispensable recordar el caso de la diabetes. Entre 1995 y 2004 esta enfermedad ha sido causa de la defunción de cerca de medio millón de mexicanos, por lo que representa la mayor amenaza que se cierne sobre la población mexicana. La diabetes es la enfermedad que más ha incrementado su frecuencia en los últimos 20 años en nuestro país.

Se trata de una epidemia no silenciosa frente a la cual hemos hecho muy poco y para demostrarlo habría que decir, por ejemplo, que todas las defunciones que se registraron a causa del cólera entre 1991 y el año 2000, equivalen únicamente a tres días de defunciones por diabetes, o recordar también que es la principal causa de amputación y que tiene una serie de repercusiones y complicaciones para la vida de las personas y sus familias que hacen que los últimos años de la vida sean de una calidad muy baja. Esta enfermedad es una causa frecuente de ceguera, de insuficiencia renal y de problemas circulatorios, periféricos y de la circulación vascular cerebral, con las consecuencias que ello representa.

Por otra parte, si bien en mortalidad infantil y diabetes hay rezagos, no se nos deben olvidar los problemas de las enfermedades infecciosas. En ocasiones pensamos que este es un problema que corresponde al pasado y no es así. Cada año se registran cerca de 18 mil muertes por diarrea y neumonías, y casi tres mil adicionales a causa de la tuberculosis. Esto quiere decir que cuatro de cada cien defunciones están representadas por estas tres patologías infecciosas, frente a las cuales hay muchas medidas para prevenirlas y por supuesto para controlar y curar dichos padecimientos.

Parte de los rezagos también tienen que ver con los estilos de vida que ya se comentaba. Esto se ejemplifica con el hecho de que siete de cada diez adultos mexicanos tienen sobrepeso o francamente obesidad, o con el dato de que la mitad de los mexicanos adultos consumen alcohol y que una cuarta parte de ellos fuma. Todo esto con las consecuencias negativas que se observan en la salud de las personas y, por supuesto, también en los costos que implica su atención en los servicios públicos de salud y en la mortalidad que se origina.

En el México de los contrastes se tiene que recordar que coexiste un pequeño porcentaje de la población que vive con absoluto desahogo, mientras que casi la mitad de nuestros connacionales lo hace en condiciones de pobreza y un porcentaje importante más del 15%—, lo hace en condiciones de pobreza extrema. También debe señalarse que los gradientes negativos en la salud que ya han sido mencionados, están relacionados con los ingresos económicos de las personas y que éstos tienen cercanía con la ruralidad y la etnicidad de nuestra población. Ser habitante del medio rural o pertenecer a la población indígena, quiere decir, en este país, ser pobre y estar excluido de muchos de los servicios básicos.

Las políticas públicas en salud

Las políticas públicas en salud no son sino un mecanismo para diseñar, acordar y operar programas y servicios de salud. De hecho se puede decir que las políticas públicas en la materia deben reflejar un acuerdo social, un pacto colectivo, en este caso, en el campo de

la salud, por lo que requieren de una definición que no corresponde sólo al gobierno, sino que tiene que ser una expresión del Estado nacional, una expresión en donde todos los poderes públicos, al igual que las estructuras y las organizaciones sociales tienen que participar activamente. El propósito consiste en que, a través de esa definición, se responda de una mejor manera a las necesidades de la población en el campo de la salud y, por tanto, que se prevea la existencia y el uso de programas eficientes y de servicios de salud de calidad.

Las políticas públicas deben servir para atender las contradicciones que en un campo como el de la salud se pueden presentar cuando, por ejemplo, se confrontan la autonomía individual y el bienestar colectivo. Al respecto, el punto se puede ilustrar en el ámbito constitucional, con la suspensión de garantías por causa de una epidemia que ponga en grave peligro a la sociedad y a la que hacen referencia los artículos 11, 29 y 73, fracción XVI, numerales 2 y 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Junto con esto, las políticas públicas contribuyen a resolver algunas tensiones que se registran entre las necesidades de la población y la oferta institucional que puede hacerse para atenderlas de la mejor manera o por lo menos para atenuarlas. Al mismo tiempo, las políticas públicas permiten prever e incluso resolver los planteamientos que derivan de una serie de dilemas éticos que se le presentan a la sociedad.

Las políticas públicas en materia de salud tienen varios objetivos claramente establecidos. Por lo menos cinco de ellos pueden ser identificados:

1. Mejorar la salud de la población.
2. Orientar y evaluar debidamente el gasto en salud que se realiza.
3. Prevenir la enfermedad.
4. Tratar a las personas enfermas o con necesidades en materia de salud, y
5. Mejorar las condiciones ambientales y de regulación sanitaria que influyen en las condiciones de salud de la población.

En el caso de México para la definición de las políticas de salud se tiene que partir de un hecho claro, existe un derecho constitucional en la materia que ya ha sido señalado con anterioridad. Por otra parte, sobre la realidad de la sociedad mexicana hay que decir

que hoy en día se cuenta con un sistema público de salud que es muy importante; que el gasto en la materia, sumando lo público y lo privado, es ya superior al seis por ciento del PIB, y que, a pesar de que todavía sea insuficiente, en particular la fracción del gasto público que apenas se aproxima al tres por ciento del PIB, ya representa una cantidad que debiera ser utilizada de una manera mucho más eficiente y que por desgracia se traduce en que nuestro sistema no es lo eficiente que debiera serlo, lo que condiciona profundas desigualdades en el acceso y en la calidad de los servicios de que dispone nuestra población.

Organización y financiamiento en la atención de la salud

La organización de la atención a la salud se puede dividir en dos grandes campos, el que brindan las instituciones públicas y el que prestan las unidades privadas. Estas últimas actúan de manera desarticulada y las primeras con una coordinación insuficiente. En el caso de las instituciones públicas habría que reconocer la existencia de tres grandes componentes: los servicios de la SSA que mantiene bajo su tutela hospitales federales, institutos nacionales de salud y la aparición de una nueva tendencia a recentralizar mediante el establecimiento de algunos nuevos hospitales federales de orden regional; por otro lado, los servicios estatales de salud, producto del proceso de descentralización, servicios que están destinados a la atención de la población *abierta* o sin derecho a los servicios de la seguridad social y, finalmente, los servicios derivados de nuestros esquemas de seguridad social. Habría que sumar, además, la existencia de otras instancias públicas de orden estatal e incluso municipal.

El financiamiento público, como ya se indicó, equivale apenas al 2.9% del PIB, aunado a esto existe una enorme dispersión de instituciones y programas con financiamiento público, lo que explica en buena parte el rendimiento limitado y la ineficiencia que se registra en el sistema. Junto a esto hay que apuntar que existen, en materia de financiamiento público, enormes e injustas disparidades representadas por el hecho de que, por ejemplo, en el caso de los servicios de atención a la salud que brinda PEMEX se destinan más de 11 mil pesos al año por derechohabiente lo que contrasta con

el caso del Programa IMSS-Oportunidades, en donde la cantidad asignada es casi 15 veces menor, o considerando que se trata de una población semejante, llama la atención que la población cubierta por el así llamado seguro popular recibe 2,150 pesos por habitante, en tanto que la servida por el programa IMSS-Oportunidades cuenta con sólo una tercera parte de esa cantidad.

En cuanto a lo que corresponde al financiamiento privado, habría que precisar que se destina algo más del 3% del PIB y que casi el 94% de ese gasto corresponde a lo que se denomina *gasto de bolsillo*, es decir, al pago por servicio recibido, y que el restante 6% corresponde a los seguros de gastos médicos mayores, donde 715 mil pólizas cubren a poco más de cinco millones de asegurados, en condiciones también muy heterogéneas, porque entre estas poblaciones existen pólizas de cobertura muy limitada y algunas de cobertura amplia.

Por su parte, con relación a la cobertura de los servicios, habría que decir que la seguridad social mexicana atiende a más de 50 millones de connacionales, que los servicios de la SSA, incluidos los servicios que prestan las entidades federativas directamente a población *abierta*, cubren a casi 40 millones, incluidos 16 que forman parte del seguro popular, y que deben existir cerca de cinco millones de mexicanos que, para fines prácticos, no cuentan con servicios de salud ya sea en razón de sus condiciones económicas que limitan su posibilidad de trasladarse, o culturales que tienen un efecto similar, o incluso por razones de la dispersión de la población y a la cual ya se hizo referencia.

Por lo que toca a la capacidad instalada y para ejemplificar el gran desarrollo que han tenido las instituciones públicas de salud mexicanas, habría que señalar que en el sector público se cuenta con más de 140 mil médicos y con más de 200 mil enfermeras. Asimismo, se dispone de poco más de 20 mil unidades médicas, incluidos 1,125 hospitales que concentran las casi 80 mil camas censables y que existen más de 19 mil unidades médicas de atención ambulatoria, desde modestos consultorios, clínicas o centros rurales, hasta unidades grandes de atención de medicina familiar o general y centros de salud.

El sistema público mexicano de atención a la salud se podría caracterizar como un sistema que tiene una cobertura parcial, con grandes duplicaciones en sus coberturas, con población que usa los servicios para población abierta cuando es derechohabiente de la seguridad social, o con población que tiene acceso a dos o tres servicios públicos de salud, es decir, que tienen doble seguridad social, IMSS, ISSSTE, PEMEX, Fuerzas Armadas u otro y que además hacen uso de los institutos nacionales de salud o lo hacen en el caso de las unidades de atención privada.

Se trata de un sistema de financiamiento mixto, público y privado; con una descentralización incompleta y parcial; es un sistema que contiene múltiples modelos de atención, lo cual explica, en buena parte, la ineficiencia que se tiene en el mismo, pues ni siquiera los modelos de atención son semejantes; es un sistema con calidad heterogénea, pues existen lugares donde se practica la medicina y el cuidado a la atención de la salud de las personas con la más alta calidad y hay otros sitios que, desafortunadamente, dejan mucho que desear; el sistema tiene un predominio por lo curativo y muy poco énfasis en lo preventivo; y, por último, es un sistema que permite poca la participación de los usuarios y que, por tanto, tiene una condición autoritaria y vertical en su estructura, que por supuesto no estimula la participación de la sociedad.

Conclusiones

Se puede y se tiene que reconocer que en México se ha avanzado de manera muy importante en materia de salud y que, sin embargo, tenemos rezagos que son inadmisibles al inicio del siglo XXI. Asimismo, que para poder avanzar tenemos que reactivar algunos principios fundamentales que se han extraviado en los últimos años en cuanto a los asuntos doctrinarios en la materia.

Se tiene que creer y afirmar que la salud y su cuidado es, efectivamente, uno de los derechos básicos de los mexicanos y, por tanto, se tiene que poner énfasis a la necesidad que tenemos de construir un sistema nacional de salud único, que ofrezca cobertura universal a la población, que sea de orden público fundamentalmente, que esté

descentralizado y que tenga un modelo de atención homogéneos, con énfasis en lo preventivo y la calidad, y en el que los servicios curativos sean accesibles al conjunto de nuestra población.

Por supuesto, en un modelo de esta naturaleza no tiene cabida un programa como el demagógico seguro popular, programa que ha fragmentado y diferenciado aún más nuestro sistema, si bien es cierto ha tenido como beneficio lograr un poco más de recursos para la atención de la salud, a pesar de que dichos recursos ni son suficientes, ni la manera de invertirlos es la más adecuada.

Finalmente, resulta indispensable reiterar la urgencia de atenuar las desigualdades en materia de salud en nuestra población y de incrementar el gasto público en la materia. Sólo en esta forma, con una concepción diferente de lo que es la salud, de lo que debe ser su atención y de la manera en la que deben organizarse los servicios, es como en los próximos años se van a generar mejores condiciones en la población y, por tanto, a cumplir con la obligación constitucional del Estado de proteger la salud de los mexicanos.

CAPÍTULO 3

Pautas para el ejercicio y la práctica de la medicina científica

Dra. Carla Huerta Ochoa

Dr. Alberto Lifshitz

La función del derecho en el ejercicio y práctica de la medicina científica

*Dra. Carla Huerta Ochoa **

Resumen

En el presente ensayo se aborda la regulación de la obligación de diligencia y técnica médica, la continuidad en el tratamiento, la asistencia y consejo, así como la certificación de la enfermedad y del tratamiento efectuado. Para ello, además de revisar la ley y su influencia, así como la del avance de la tecnología en la relación médico-paciente, se realizan diversas reflexiones en relación al alcance de los derechos de los pacientes, y las facultades y deberes correlativos del Estado como garante del derecho a la salud.

* Investigadora, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.

Primera parte: El derecho en la relación médico-paciente

Uno de los aspectos que quisiera poner a consideración es el deber o facultad del Estado para intervenir en las relaciones entre particulares y, en especial, en la esfera de la autonomía individual. Por tanto, quisiera someter a discusión los temas de la normatividad en materia de la responsabilidad médica y su alcance, así como el de los derechos del paciente y las obligaciones del médico a la luz de los deberes del Estado, y su capacidad y legitimidad para intervenir por vía regulatoria en la esfera de la autonomía individual.

Más que hacer una evaluación de las disposiciones vigentes y su contenido desde el punto de vista de su capacidad de respuesta al problema, prefiero analizar la normatividad vigente en función de la posibilidad real que tiene el Estado para garantizar el derecho a la salud. Para ello considero necesario hacer unas reflexiones previas.

1. Derechos fundamentales y la práctica de la medicina

La función del derecho es crear normas que permitan proteger bienes relevantes tales como la vida, la salud y la integridad física, y velar por su observancia.

En la Constitución mexicana se prevén diversos derechos fundamentales que el sistema jurídico mexicano reconoce a los individuos, los cuales protege, a través de distintos medios, entre los que destacan los jurisdiccionales¹. En su artículo primero se establece la garantía de igualdad², derecho fundamental rector de las decisiones de la autoridad y determinante para el análisis de la responsabilidad médica, ya que desde la reforma de 2006 se prevé, de manera expresa, un precepto contra la discriminación. La relación de estos derechos con el ejercicio de la profesión médica se puede percibir en la regulación tanto del ejercicio de la profesión como en la de la responsabilidad médica.

La necesidad de abordar el tema de los derechos fundamentales surge de la relación que se produce entre los derechos del individuo y los deberes del Estado como garante del ejercicio de éstos. Así, por ejemplo, se encuentra en el artículo 4o. el derecho a la salud, y en el 5o. la libertad profesional. La tensión entre estos derechos se produce en la

medida en que el Estado interviene para limitar el ejercicio profesional de los médicos con el objeto de velar por la salud pública e individual.

De conformidad con el tercer párrafo del artículo 4o., “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.” De tal manera que se puede decir que el derecho a la salud es un derecho individual exigible frente al Estado, dado que se contempla en la Constitución en el capítulo relativo a las garantías individuales.

El artículo 5o. constitucional regula la libertad de profesión y establece que “a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de terceros, o, por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. La ley determinará en cada Estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.”

En congruencia con el sistema federal, el artículo 121 establece que “en cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros”. En relación con el ejercicio profesional establece en su fracción V de manera específica que “los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un Estado, con sujeción a sus leyes, serán respetados en los otros.” En consecuencia el Congreso de la Unión debe regular por medio de leyes generales la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos. La Ley General de Salud en su artículo 83 prevé, además, la obligación de poner a la vista del público un anuncio que indique la institución que expidió el título, diploma o certificado y, en su caso, el número de su correspondiente cédula profesional para quienes presten servicios de salud como profesionales, técnicos o auxiliares³.

De esta forma el Estado se constituye en garante de la calidad de la formación de los profesionistas que ostentan un título válido, no obstante, dada la evolución de la ciencia, debe asegurar también que los estudios realizados se actualicen. Al respecto, se prevé en el artículo 93 de la Ley General de Salud que la Secretaría de Educación Pública (SEP), en coordinación con la Secretaría de Salud (SSA), debe promover el establecimiento de un sistema de enseñanza continua en materia de salud, incluso para las comunidades indígenas, aun cuando no se regula la obligación del médico de actualizarse, ni la forma en que debe llevarse a cabo o los medios para asistirlo en esta tarea⁴.

La reforma del 2001 al artículo 2o. constitucional, al establecer que la nación mexicana es única e indivisible, y que tiene una composición pluricultural que se sustenta en sus pueblos indígenas, reconoce y garantiza una serie de derechos de los pueblos y las comunidades indígenas, pero al mismo tiempo establece en su apartado B, la obligación de la federación, los estados y los municipios de promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria. En su fracción III se prevé, además, la obligación de “asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional...”

En correlación a estas obligaciones se encuentra el tema de los límites y la interpretación del alcance de los derechos de los indígenas, principalmente porque al garantizar sus costumbres, el artículo 2o. de la Constitución, genera una excepción relativa a la práctica médica al reconocer la medicina tradicional. Siendo así, puede considerarse que el daño producido como consecuencia del ejercicio de este tipo de prácticas es también responsabilidad del Estado al estar asociado a su obligación de garantizar un derecho a la protección de la salud a los individuos que pertenecen a estos grupos. En estos casos pueden llegar a presentarse distintas clases de conflictos entre la obligación del Estado de proteger la salud y su obligación de abstenerse de impedir el desarrollo y práctica de la medicina tradicional. En caso de conflicto, este derecho tendrá que ceder ante la obligación del Estado de proteger la salud pública, por lo que la autoridad debe limitar su intervención en esta materia sin desproteger la salud de los indígenas.

Al respecto el artículo 93 de la Ley General de Salud señala que la SEP en coordinación con la de SSA, debe reconocer, respetar y promover el desarrollo de la medicina tradicional indígena. Asimismo, los programas de atención primaria de la salud que se desarrollen en comunidades indígenas deben adaptarse a su estructura social y administrativa, y a su concepción de la salud y de la relación del paciente con el médico, respetando siempre sus derechos humanos.

De modo que a partir del deber del Estado de velar por la salud individual se pueden plantear diversas preguntas, incluso en los casos en que se establece una relación de tipo contractual entre un profesionalista privado y un paciente. La justificación de su capacidad para intervenir puede encontrarse, por una parte, en la propia distribución competencial en el Estado Federal mexicano en materia de profesiones, de donde surge el deber del médico de ejercer su profesión de manera responsable. Este deber se funda también en la regulación de la materia en la Ley General de Salud que prevé los lineamientos generales a los que debe sujetarse el ejercicio de esta profesión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5o. y 73, fracción XVI la cual establece que el Congreso de la Unión tiene facultad para dictar leyes sobre salubridad general de la República.

El avance de la ciencia y tecnología en la medicina no solamente ha conducido a una mejoría notoria en la capacidad de los seres humanos de llevar una vida sana y de reducir el sufrimiento en los tratamientos, también lleva aparejada una despersonalización e incluso deshumanización progresiva en la relación médico-paciente. Por tanto corresponde al derecho vigilar que no se produzcan estos efectos en perjuicio de persona alguna, o al menos reducirlos en lo posible.

2. Intervención del Estado en la salud

Otro aspecto de la normatividad que se puede cuestionar es la razón por la cual el Estado tiene la facultad para interferir en la esfera de autonomía del individuo. No se trata de justificar aquí su intervención en la toma de las decisiones de las personas desde el punto de vista ético, sino de evaluar el alcance de su papel desde el punto de vista jurídico

únicamente. Para resolver este problema es conveniente preguntarse sobre el modelo de Estado conforme al que se ha realizado, en el sistema jurídico mexicano, el diseño de las instituciones relativas a la salud, y la función de los derechos fundamentales en ese contexto.

El Estado mexicano puede ser calificado en virtud del modelo vigente en la Constitución como un Estado liberal, democrático de derecho, pero no como un Estado de bienestar en sentido estricto, a pesar de las garantías individuales previstas en los artículos tercero y cuarto, por ejemplo. En el artículo 4o. constitucional se encuentran previstos muchos derechos que podrían ser considerados como derechos a prestaciones por parte del Estado. Como por ejemplo, el derecho a la salud, la vivienda, la familia, un medio ambiente sano, o el derecho de los niños a un desarrollo integral. La Constitución establece en dicho artículo que los derechos a prestaciones en materia de vivienda, salud y familia se deben hacer efectivos de conformidad con la ley, por lo que no pueden ser reclamados de manera directa, sino en cumplimiento a los requisitos previstos por el legislador. Este artículo, tan variado en sus contenidos, prevé derechos de un tipo muy distinto a los que constituyen la esfera de autonomía individual, como son los derechos de libertad e igualdad y que se oponen principalmente al Estado, ya que se configuran como derechos de crédito.

No obstante, los derechos fundamentales en México aún son concebidos como garantías que se oponen a la intervención arbitraria del Estado, por lo que no se pueden entender como derecho a recibir las prestaciones, sino únicamente a no ser impedido el cumplimiento de las condiciones establecidas para acceder a ellas cuando nos encontramos en los supuestos que dan derecho a una prestación⁵. Por lo tanto, se puede concluir que el Estado mexicano no es un Estado de bienestar, y que los derechos fundamentales, a pesar de la eficacia directa de las normas constitucionales y de garantizar una esfera de autonomía individual mínima, no ofrecen a las personas el mínimo existencial, ni garantizan el acceso a los derechos de prestación, sino que sólo les asegura una protección jurisdiccional en caso de interferencia por parte de las autoridades a través del juicio de amparo.

La legitimación del Estado para intervenir en las decisiones individuales para consultar un profesional médico o acudir a cierto tipo de institución, incluso de carácter alternativo a la medicina científica, se encuentra en la posibilidad de que puedan afectar el bienestar social. Esta intervención se justifica en una actitud paternalista que asume el Estado al considerar que debe sustituir la voluntad de las personas, ya que ciertas prácticas medicinales a las que se acuden por desesperación o ignorancia, en ocasiones pueden hacer actuar a los individuos en contra de sus propios intereses, y atentar, inclusive, en contra de su salud o su vida. Esto representa para el Estado un cierto conflicto en su actuación, dado que la Constitución mexicana lo obliga a proteger la salud, pero no lo legitima para intervenir de manera ilimitada, dado que no lo erige en garante de la vida, salvo en sentido negativo, ya que no le concede derecho alguno, ni a los particulares tampoco, de privar de ella bajo ninguna circunstancia⁶.

Las limitaciones y prohibiciones al ejercicio profesional que el Estado establece en las leyes no sólo se basan en concepciones morales, aun cuando se considera que la acción prohibida atenta contra la moral, y no únicamente contra el orden público. Del análisis de la regulación vigente es posible concluir, que en virtud de la función del Estado de garante de los derechos fundamentales, los valores a proteger son, en primer lugar, el orden público y, en segundo, la vida y la salud del individuo. De manera que la legislación sobre la responsabilidad profesional no puede estar inspirada en una neutralidad valorativa, pero también debe considerar principios generales que permitan un desarrollo profesional adecuado y seguro.

El Estado, al asumir su rol de garante del derecho a la salud y del orden público, se legitima para interferir en la vida de los particulares en su esfera íntima. Las razones específicas por las cuales interviene son para disminuir los riesgos, evitar disputas o resolverlas o, en casos extremos, para asistir o sustituir en sus decisiones a los individuos con capacidades disminuidas o en situaciones de urgencia.

La normatividad del derecho radica en su obligatoriedad, no en razones prudenciales o morales. La eficacia de sus normas depende de su adecuación a la realidad y su conocimiento, lo que redundará en su aceptación; para ello, las normas deben

ser claras y coherentes, y su aplicación debe ser uniforme y correcta. Las disposiciones en materia de responsabilidad médica refuerzan su carácter obligatorio en el respeto a los principios relativos a la seguridad jurídica y a la legalidad, que se refieren a que no deben emitirse normas individuales, contradictorias ni retroactivas.

Finalmente, parecería válido preguntarse por qué debemos obedecer las normas en materia de salud cuando el Estado no es capaz de garantizar un mínimo de bienestar y seguridad social, o cuando no cuenta con la capacidad efectiva para proteger. Sin embargo, no lo es, ya que si el Estado carece de esa capacidad, eso no legitima la desobediencia del derecho, aun cuando es evidente la necesidad de procurar a la población un derecho eficaz a la protección de la salud, garantizándole servicios médicos y sociales efectivos. De modo que no basta con regular los medios para resolver conflictos por responsabilidad, sino que se requiere la ampliación de la cobertura de los servicios de salud y medidas de prevención para ofrecer mejores resultados.

La obligatoriedad de la regulación en materia de responsabilidad médica no se sustenta únicamente en la capacidad del Estado de garantizar el derecho a la protección de la salud, sino también en la convicción de los individuos en general sobre la necesidad de limitar, en la medida de lo posible, los riesgos y daños potenciales que conlleva el ejercicio de esta profesión, por lo que se deben elaborar normas jurídicas justas para que puedan ser cumplidas.

3. Legislación secundaria

La Ley General de Salud que entró en vigor a partir del 1o. de julio de 1984 establece en su artículo primero que esta ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esta ley regula las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, y la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Asimismo, asienta que es aplicable en toda la República, y que sus disposiciones son de orden público e interés social.

De conformidad con su artículo segundo, el derecho a la protección de la salud tiene como finalidades el bienestar físico y mental de la persona para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades, así como la prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana. Para tales efectos se constituye el Sistema Nacional de Salud que tiene por objetivo proporcionar servicios de salud a toda la población y mejorar la calidad de los mismos, atendiendo a los problemas sanitarios prioritarios y a los factores que condicionen y causen daños a la salud, con especial interés en las acciones preventivas⁷.

Según lo previsto en su artículo 23 los servicios de salud incluyen todas las acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad. De conformidad con lo previsto en el artículo 24 de la ley estos servicios se clasifican en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social. La ley establece en su artículo 33 que las actividades de atención médica son: **1.** Preventivas, las cuales incluyen las actividades de promoción general y las de protección específica. **2.** Curativas, cuando tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar un tratamiento oportuno. **3.** Rehabilitación, las cuales comprenden actos tendientes a corregir la invalidez física o mental.

La Ley General de Salud es aplicable a las relaciones entre particulares en la relación médico-paciente, aun cuando en general utiliza el término de *usuario*, el cual de conformidad con el artículo 50 se refiere a cualquier persona que requiera y obtenga los servicios que presten los sectores público, social y privado en las condiciones y conforme a las bases que para cada modalidad se establezcan en la ley y las demás disposiciones aplicables.

En consecuencia, todo paciente o usuario tiene derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea, y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como un trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares, tal como lo establece el artículo 51 de la ley. En caso de urgencia todo individuo tiene derecho a ser tratado, tal como lo prevé el artículo 55, por lo que las personas o instituciones públicas o privadas que tengan conocimiento de accidentes o que alguna

persona requiera de la prestación urgente de servicios de salud, deben cuidar, por los medios a su alcance, que los mismos sean trasladados a los establecimientos de salud más cercanos en los que puedan recibir atención inmediata, sin perjuicio de su posterior remisión a otras instituciones.

El complemento de estos derechos son los medios previstos en el artículo 54 de la ley que obligan a la autoridad sanitaria competente y a las instituciones de salud a establecer procedimientos de orientación y asesoría a los usuarios sobre el uso de los servicios de salud que requieran, así como los mecanismos para que los usuarios o solicitantes presenten sus quejas, reclamaciones y sugerencias respecto de la prestación de los servicios de salud y, en su caso, en relación a la falta de probidad de los servidores públicos. En el caso de las poblaciones o comunidades indígenas las autoridades sanitarias deben brindar asesoría y orientación no solamente en español, sino también en las lenguas en uso en la región o comunidad.

En su artículo 98 la ley prevé también la creación de comisiones que supervisen el debido cumplimiento de las obligaciones de los prestadores de servicios en materia de salud, por lo que establece que en las instituciones de salud se deben constituir, bajo la responsabilidad de los directores o titulares respectivos, una comisión de investigación, una comisión de ética, en el caso de que se realicen investigaciones en seres humanos, y una comisión de bioseguridad, encargada de regular el uso de radiaciones ionizantes o de técnicas de ingeniería genética.

En relación con la investigación en seres humanos el artículo 100 de la Ley General de Salud establece que debe desarrollarse conforme a los principios científicos y éticos que justifican la investigación médica, especialmente en lo que se refiere a su posible aporte a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos de la ciencia médica. El Consejo de Salubridad General es la autoridad competente para emitir las disposiciones complementarias sobre áreas o modalidades de la investigación.

Como contrapartida la ley establece que los usuarios deben ajustarse a las reglamentaciones internas de las instituciones prestadoras de servicios de salud, y dispensar cuidado y diligencia en el uso y conservación de los materiales y equipos médicos que se pongan a su disposición, según lo previsto en el artículo 52.

El artículo 77 bis 1 prevé que todos los mexicanos tienen derecho a ser incorporados al sistema de protección social en salud de conformidad con el artículo cuarto constitucional, sin importar su condición social. Asimismo, señala que la protección social en salud obliga al Estado a garantizar el 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. Ello implica la combinación de medidas y acciones 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 aceptabilidad social.

Segunda parte: responsabilidad médica

Para poder comentar la segunda parte del presente ensayo quisiera comenzar por delimitar algunos aspectos conceptuales para proceder a revisar la relación que se establece entre el médico y el paciente, así como entre éstos y el Estado.

1. Obligación de diligencia y técnica médica

La regulación de la actividad correspondiente al ejercicio de la profesión médica tiene por objeto tutelar la salud, y para ello se prevén en el derecho, además de disposiciones relativas al buen ejercicio profesional, consideraciones éticas genéricas que guían la conducta de los médicos y los pacientes, así como los derechos y obligaciones que derivan de la solicitud de un servicio o su prestación.

La relación jurídica que se establece entre el médico y el paciente es, en primera instancia, de carácter contractual, en virtud de la cual surgen derechos y obligaciones para ambas partes. Esta relación se guía por ciertos principios como son el de beneficencia el cual se refiere al deber del médico de hacer el bien, de evitar el daño innecesario; y el de autonomía, que se refiere a la capacidad de autodeterminación libre e

informada del paciente. Estos principios son de carácter complementario y operan como pautas directivas de las decisiones que las partes deben tomar.

Los deberes del médico emanan del carácter propio de la profesión que desempeña y de su relevancia para la sociedad, así como de su relación con otros médicos y su colegio profesional, e incluso el Estado, como ya se ha mencionado. Estos deberes refieren, en primera instancia, al leal desempeño de la profesión, conforme al conocimiento más actualizado de los avances de la ciencia en su campo, así como a estudiar e investigar sobre mejores técnicas y tratamientos. La ética médica se funda en el respeto a la dignidad humana, a la integridad e intimidad de la persona, a la vida, al cuerpo y a sus capacidades.

Los principales deberes del médico son la protección de la salud, la diligencia, la pericia y prudencia en el desempeño de su actuación, la confidencialidad o secreto médico, la eficaz atención, el respeto al paciente; honestidad, información y obtención del consentimiento, habilidad y conocimiento, así como la capacidad para determinar medidas preventivas, entre otros. Como puede percibirse sus deberes no son de carácter jurídico exclusivamente, sino también de carácter ético, ya que la medicina debe ser ejercida de forma eficiente. Los principios rectores del ejercicio profesional en este ámbito son los de libertad y responsabilidad, de defensa de la vida y de autonomía.

El desempeño de toda actividad profesional conlleva la responsabilidad de su ejercicio; desde el punto de vista jurídico se pueden producir distintos tipos de responsabilidad tales como la civil, la penal, la laboral, la fiscal e incluso la administrativa, dependiendo del tipo de relación que se establezca. En referencia a la responsabilidad civil el artículo 2615 del Código Civil Federal establece que quien preste servicios profesionales sólo es responsable hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito. En materia civil se entiende por dolo, según lo previsto en el artículo 1815 de dicho código “cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes”⁸.

La responsabilidad moral radica en la persona que ejerce la profesión respecto del paciente y sus colegas profesionistas, ésta se adquiere desde que se inician los estudios de medicina y se debe desarrollar y practicar durante todo el ejercicio profesional. Está asociada a la conciencia del propio profesionista, pero también es fundamento de la regulación de la responsabilidad profesional, ya que en ella se encuentran los elementos de determinación de la responsabilidad civil para la reparación del daño o pago de daños y perjuicios, de la laboral y penal, e incluso de la administrativa. La responsabilidad del médico puede tener un alcance mayor que el de la relación entre las partes que participan directamente, ya que se extiende hacia la sociedad y el Estado como partes interesadas de manera indirecta.

La responsabilidad en términos generales es la consecuencia jurídica de la realización de una conducta indebida o contraria a la obligación que se tiene frente a otra persona, ya sea el paciente o sus familiares, o al Estado, por ejemplo. Para que pueda hablarse de responsabilidad médica debe producirse un acto u omisión médico, un daño material o personal a la vida, la salud o la integridad física, un nexo causal entre ambos que será evaluado por la autoridad competente, y la culpa, entendida como omisión de la diligencia debida, según las reglas que rigen esta profesión⁹. La responsabilidad implica la reparación del daño producido¹⁰.

La responsabilidad no solamente surge del riesgo, sino también de la expectativa que produce la confianza en el profesionista, o de la comisión de un acto ilícito. La responsabilidad médica está asociada a la realización de actos culposos, esto es, efectuados sin la intención de producir un daño. La responsabilidad laboral del médico se enfoca a sancionar actos de impericia, negligencia o dolo, y puede tener como consecuencia la rescisión de la relación laboral, aunque esto depende de la falta cometida y las previsiones que se incluyan al respecto en el contrato laboral¹¹.

La responsabilidad penal del médico se produce en caso de la determinación de la comisión de un delito, de conformidad con la regulación prevista, y puede tener como consecuencia medidas de seguridad tales como la suspensión temporal del ejercicio de la libertad, o la imposición de penas que implique la privación temporal de la libertad. El

Código Penal Federal prevé en su artículo 228 que tanto los profesionistas, como los técnicos y sus auxiliares son responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso: “I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y II. Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.” En el caso de los médicos, el artículo 229 establece que el artículo 228 se le aplicará a quien habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandone en su tratamiento sin causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente¹².

La mayoría de los problemas que afectan la relación médico-paciente y producen una forma de responsabilidad son los que origina la negligencia, la cual implica el incumplimiento de los deberes propios del ejercicio de la profesión, el error o imprecisión en el diagnóstico, ya que lleva a un tratamiento inadecuado; el error durante el tratamiento o la imprudencia.

Ostentarse como médico, como especialista en una rama de este saber, permite suponer que el sujeto está calificado profesionalmente y que ha sido certificado por el Estado. En otras palabras, que cuenta con la capacidad para dar respuestas y proponer soluciones a cierto tipo de problemas asociados con la salud de las personas. La responsabilidad médica deriva de la obligación que surge para el médico respecto de un paciente y sus familiares, en virtud de la aceptación de un diagnóstico o un tratamiento con motivo de la confianza que se deposita en esta suposición de que la persona que ofrece sus servicios para la recuperación o la preservación de la salud de un individuo, tiene la capacidad para hacerlo.

La responsabilidad se origina en la posibilidad de establecer una conexión directa entre el daño o perjuicio y la conducta del médico, ya sean actos, acciones u omisiones. Se puede presentar en relación con diversos aspectos del desarrollo de la práctica

profesional, ya sea por una acción médica inadecuada, esto es, insuficiente, excesiva o no prevista que se realice por impericia, ignorancia, negligencia o con motivo de un juicio inadecuado, sea insuficiente o precipitado. La responsabilidad médica es exigida cuando la intervención médica produce efectos negativos o perjudiciales que no fueron previstos o de los que el paciente no fue debidamente informado.

Se puede considerar que el riesgo en el ejercicio de esta profesión es parte de su desarrollo, por lo que el derecho debe distinguir las consecuencias previsibles de un tratamiento médico, de las que no pudieron haber sido previstas. Los riesgos y efectos que se producen de manera necesaria y que por lo mismo son previsibles, pueden ser considerados parte de la responsabilidad del médico cuando el paciente no es debidamente informado, no otorga su consentimiento con libertad, o el profesionista se desempeña de manera inadecuada.

Para el derecho constituye un reto distinguir entre los efectos negativos producidos con motivo de la ignorancia de nuevos tratamientos o el avance de la ciencia, y la capacidad del médico de tener acceso a ellos y poder actualizarse efectivamente, de los producidos por error o negligencia. La intención es un factor determinante del tipo de responsabilidad, pero en muchos casos es difícil de descubrir, por lo que el derecho se enfoca a establecer los límites aceptables del ejercicio de esta profesión y a evaluar los resultados de la misma.

2. Asistencia y consejo

El derecho a la salud implica la posibilidad de recurrir a un médico y a recibir una atención técnicamente adecuada y ética, por lo tanto, se espera que la profesión médica se desarrolle con diligencia, pericia y honestidad.

El paciente tiene derecho a que se respete su vida y su integridad física, su voluntad y su capacidad para tomar decisiones informadas, a recibir atención médica calificada y científicamente adecuada, al respeto a su dignidad, a conocer la verdad sobre su estado de salud y el pronóstico real.

Son derechos del paciente los de elegir en forma voluntaria a su médico, a ser tratado por un médico libre para tomar una decisión clínica y ética independiente de cualquier influencia externa, a decidir libremente si aceptar o rechazar un tratamiento tras haber sido informado sobre el mismo, y al respeto a la confidencialidad de los datos que haya proporcionado. Sin embargo, el derecho a la confidencialidad no es absoluto y cede ante el interés general, por ejemplo en los casos previstos en los artículos 136, 137 y 138 de la Ley General de Salud.

Los derechos de los pacientes se concretan en derechos específicos a acceso al tratamiento, a un trato digno y respetuoso, a la privacidad y la confidencialidad, a la seguridad personal, a la información, la comunicación y a rechazar un tratamiento. Pero como ya se mencionó, los pacientes en virtud de la bilateralidad del derecho, no sólo tienen derechos, sino que también la obligación correlativa de proporcionar fidedignamente la información que les sea solicitada, cumplir con las instrucciones que reciban, de respeto y consideración hacia las personas que los asistan, a asumir las consecuencias de negarse a recibir un tratamiento, y a respetar las normas de la institución en que sean atendidos.

El consentimiento informado constituye el fundamento de la relación entre el médico y el paciente, la cual se basa en la confianza mutua, se integra por el deber del médico de informar, de manera clara y comprensible al paciente, y en el derecho del paciente a no ser sometido a tratamiento alguno sin tomar en cuenta su voluntad. Evidentemente estos derechos y obligaciones se ven matizados en los casos de urgencia.

El derecho a la información consiste en conocer los objetivos del tratamiento o la intervención médica, las razones que la sustentan, los riesgos que implica, las ventajas y desventajas de los medios o métodos posibles. La elaboración de un pronóstico preciso y claro es un elemento determinante. La finalidad de esta información es permitir al paciente tomar una decisión libre, de manera segura.

El paciente requiere de esta información para poder tomar las decisiones correctas, por lo que se debe establecer un canal de comunicación idóneo entre ambas partes. Por otro lado, el enfermo actúa bajo la influencia del temor, o el dolor, y decide más bien con

motivo de la confianza que deposita en la capacidad y conocimiento del médico, que en función de la información recibida. Por eso, además de asistencia, solicita consejo; el buen consejo es determinante de la decisión que ha de tomar. De tal forma que el médico debe aconsejar sin ejercer ningún tipo de influencia, informando de manera clara y precisa, utilizando un lenguaje apto para que el paciente comprenda el alcance de su decisión.

La carta de consentimiento bajo información es un documento que forma parte de las notas médicas, y que refleja el resultado de la labor de información y consejo del médico.

3. Continuidad en el tratamiento y seguimiento

En esta parte de la relación deben también tomarse en cuenta los avances de la ciencia y de la técnica que puedan mejorar las posibilidades de tratar o prevenir enfermedades. De tal forma que el tratamiento puede ser modificado cuando en el transcurso del seguimiento se informa, de manera clara y oportuna, al paciente de las nuevas alternativas.

El paciente tiene derecho a recibir en todo momento una atención ética y técnicamente adecuada, y a que la asistencia proporcionada sea cualitativa, eficiente y oportuna. Es parte de este derecho el ser tratado en forma personal por el médico con quien celebró el contrato, a poder hablar y discutir su situación, a ser informado y tener la capacidad de comunicarse con su médico cuando sea necesario. Esto se debe a que el fundamento de la relación médico-paciente es la confianza, y ésta deriva del conocimiento de la habilidad y aptitud del médico, de su prestigio profesional, así como de la percepción de la persona en el momento de la consulta.

Es por ello que el médico debe estar pendiente en todo momento de sus pacientes y ser capaz de proveer asistencia adecuada cuando no puede responder en persona. En ese sentido en el Código Civil Federal se prevé en el artículo 2614 que “siempre que un profesionista no pueda continuar prestando sus servicios, deberá avisar oportunamente a

la persona que lo ocupe, quedando obligado a satisfacer los daños y perjuicios que se causen, cuando no diere este aviso con oportunidad.”

El derecho se preocupa especialmente de los casos en que se produce el abandono del paciente durante el tratamiento sin causa justificada o sin dar aviso a la autoridad correspondiente. Su responsabilidad deriva del error que puede producirse en el tratamiento, aun cuando no se derive de un equívoco en el diagnóstico, y es su obligación reparar el daño producido y remediar de manera inmediata la situación, proveyendo un mejor tratamiento y minimizando los riesgos y daños potenciales.

La Ley General de Salud establece en su artículo 103 que en el tratamiento de una persona enferma el médico puede utilizar nuevos recursos terapéuticos o de diagnóstico cuando exista posibilidad fundada de salvar la vida, restablecer la salud o disminuir el sufrimiento del paciente, siempre que cuente con su consentimiento por escrito, de su representante legal, en su caso, o del familiar más cercano en vínculo. Esto sin perjuicio de cumplir con los demás requisitos que determine la ley y otras disposiciones aplicables al respecto.

4. Certificación de la enfermedad y del tratamiento efectuado

El expediente clínico es el documento en el cual se registran los datos del paciente, su historia clínica, las notas, los procedimientos médicos y quirúrgicos, las certificaciones, así como el tratamiento del paciente. Es en función de estos documentos que el médico debe emitir los certificados que le sean solicitados.

Los certificados y dictámenes médicos son las declaraciones escritas del médico que dan fe del estado de salud de una persona en un momento determinado. La obtención de estos documentos y su debida elaboración son derechos del paciente. Se consideran certificados médicos-legales aquellos que se emiten con motivo de la comisión de un delito –homicidio, lesiones, aborto criminal, violencia familiar– cuando se requiere notificar al ministerio público.

Pueden ser emitidos para efectos laborales, para una institución de seguros o para efectos jurídicos como medio probatorio con motivo de la comisión de un delito. En

cualquiera de estos casos el deber del médico radica en el estricto apego a la verdad; el error o la falsedad en la que incurra pueden acarrearle alguna forma de responsabilidad.

La expedición del certificado de defunción en caso de fallecimiento implica comprobar la identidad del sujeto, especificar las causas que produjeron la muerte y determinar con precisión el momento exacto en que ésta se produce. La información contenida en estos documentos es relevante para la determinación de diversos efectos jurídicos, no solamente en materia penal, sino también civil, ya que de ellos depende el reconocimiento de cierto tipo de derechos, como son por ejemplo, los sucesorios.

Referencias

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

² El artículo 1º constitucional en su primer párrafo establece que: En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. En el tercer párrafo de este artículo se prevé que: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. Reformado mediante decreto, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre del 2006.

³ Ley General de Salud publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984.

⁴ El artículo 89 de la Ley General de Salud solamente prevé que: “Las autoridades educativas, en coordinación con las autoridades sanitarias y con la participación de las instituciones de educación superior, recomendarán normas y criterios para la formación de recursos humanos para la salud. Las autoridades sanitarias, sin perjuicio de la competencia que sobre la materia corresponda a las autoridades educativas y en coordinación con ellas, así como con la participación de las instituciones de salud, establecerán las normas y criterios para la capacitación y actualización de los recursos humanos para la salud”.

⁵ Artículo 50 de la Ley General de Salud:” Para los efectos de esta ley, se considera usuario de servicios de salud a toda persona que requiera y obtenga los que presten los sectores público, social y privado, en las condiciones y conforme a las bases que para cada modalidad se establezcan en esta ley y demás disposiciones aplicables”.

⁶ La reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de diciembre de 2005 suprimió del artículo 14 constitucional la posibilidad de privar de la vida a persona alguna mediante juicio, y estableció en el artículo 22 la prohibición expresa de la pena de muerte.

⁷ Artículo 6o. de la Ley General de Salud.

⁸ Código Civil Federal en vigor desde el 1o. de octubre de 1932.

⁹ Villalta, y Méndez, *Responsabilidad Médica*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 7.

¹⁰ El Código Penal Federal establece en su artículo 30 que la reparación del daño comprende: I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma. II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima. En los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y de violencia familiar, además se comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima, y III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

¹¹ De conformidad con el artículo 9o. del Código Penal Federal, obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

¹² Código Penal Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1931 y el 18 de mayo de 1999.

Bibliografía y hemerografía:

Cárdenas, Raúl F., *Responsabilidad médica*, Criminalia, Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, Año XXXIX, No. 9-10, sept.-oct. 1973, México, pp. 325-347.

De Ángel Yagüés, Ricardo, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999.

García Ramírez, Sergio, *Derechos humanos, salud y práctica médica*, en Estudios Jurídicos, UNAM, México, 2000, pp. 257-267.

García Ramírez, Sergio, *La responsabilidad penal del médico*, Ed. Porrúa, UNAM, México, 2001.

Reyna Carrillo Favela, Luz María, *La responsabilidad profesional del médico*, Ed. Porrúa, México, 2005.

Tavizón Ávalos, María Dolores, *Responsabilidad médica con motivo del ejercicio de la profesión*, Pemex Lex, Revista Jurídica de Petróleos Mexicanos, Nos. 149-150, México 2000, pp. 17-21.

Villalta, y Méndez, *Responsabilidad médica*, Bosch, Barcelona, 2003.

Pautas para el ejercicio y la práctica de la medicina científica

*Dr. Alberto Lifshitz**

Resumen

Aunque la medicina clínica tiene obvios fundamentos científicos buena parte de su quehacer se relaciona con habilidades menos estructuradas. La traducción de los avances científicos en beneficios para los pacientes se muestra complicada; al mismo tiempo los cambios sociales conceden una mayor participación a los pacientes para que tomen las decisiones que les conciernen.

La ciencia y la clínica no siempre comparten objetivos y muestran diferencias conceptuales que han vuelto menos común el modelo de clínico-investigador que dominó por muchos años. La complejidad del quehacer clínico se muestra en la incertidumbre de las decisiones, en la participación inevitable de factores subjetivos, en la tendencia de muchas enfermedades progresivas y en las dificultades inherentes a las relaciones interpersonales.

* Director General de Coordinación. Institutos Nacionales de Salud.

Introducción

Una pauta es un lineamiento que sirve de guía a una determinada actividad, en este caso a la práctica científica de la medicina. No se equipara a una norma sino que acaso es una recomendación sujeta al criterio del ejecutante. La medicina es un universo pues abarca no sólo la atención directa de pacientes sino tareas tan diversas como pueden ser la investigación biomédica, la gerencia hospitalaria o la salud pública. Este escrito se restringirá a la función arquetípica, que es precisamente el encuentro individual entre un médico y un paciente.

Al describir a la medicina como “la más humana de las ciencias y la más científica de las humanidades”, se reconoce que tiene un pie en la ciencia y el otro en áreas diferentes del conocimiento como la sociología, la filosofía o la historia. Su calificación como arte y ciencia alude también a realidades metodológicas, a veces contradictorias, pero que tienen como propósito ayudar a los enfermos en la búsqueda de soluciones a sus problemas de salud. Lewis Thomas llamó a la medicina “la más joven de las ciencias”¹, aludiendo más a sus fundamentos que al proceder cotidiano de los clínicos. Existe una extensa literatura que analiza la condición científica de la práctica clínica tanto en favor como en contra².

Este escrito se propone hacer una descripción del quehacer clínico, de las condiciones en que éste se lleva a cabo en la época contemporánea, su relación con la ciencia y las limitaciones que enfrenta.

El quehacer clínico

Por más que se ha intentado reducirlo a una actividad técnica en la que el médico tiene tan sólo que ponerle nombre a los sufrimientos del enfermo y después elegir dentro de un catálogo la intervención que pueda menguarlos o contrarrestarlos, lo cierto es que la habilidad clínica no puede verse como un simple ejercicio de dos columnas: el diagnóstico y el tratamiento. Al inicio de la era de las enfermedades infecciosas en la primera parte del

siglo XXI el asunto parecía resuelto pues suponía identificar el microbio que causaba la enfermedad y destruirlo mediante un fármaco. Pronto se vio que no era tan sencillo, que todas las enfermedades –aun las infecciosas– eran multicausales, que la respuesta del hospedero era crucial, que cada paciente expresaba una misma enfermedad de manera diferente, que un mismo mal podía tener causas distintas, que los enfermos suelen tener más de una enfermedad –comorbilidad–, que la participación del paciente era muy variable, que había diversas alternativas terapéuticas para cada caso, que muchos tratamientos requieren de ajustes sobre la marcha, según la respuesta y la aparición de eventos adversos, y muchas otras variables más.

Inclusive el diagnóstico nosológico es apenas una estación intermedia en el proceso de atención, y si bien tiene funciones referenciales, explicativas y taxonómicas no es más que un artificio operativo y didáctico que permite agrupar a los enfermos según sus semejanzas, pero soslayando las diferencias para elegir una conducta a seguir. La individualidad del paciente difícilmente se refleja en un nombre convencional de la enfermedad y exige una descripción más amplia. Decir que un enfermo tiene diabetes, por ejemplo, sólo refiere a ciertos criterios de diagnósticos mínimos, mas no a su antigüedad, magnitud, complicaciones, secuelas, riesgos y potencialidad para su control. La decisión terapéutica, por su parte, no es únicamente una elección de entre una lista, ya que tiene por lo menos componentes temporales –cuándo y por cuánto tiempo–, espaciales –a domicilio, ambulatorio, hospitalizado, en cuidados intensivos–, de persona –quién, con quién más–, cualitativos –cuál de todos– y cuantitativos –cuánto.

El oficio clínico comprende, además, la habilidad de entablar una relación afectiva con el enfermo, ganarse su confianza; lograr establecer una comunicación bidireccional a través de mensajes comprensibles y con respeto al punto de vista del otro; lograr que el paciente proporcione información suficiente, fidedigna y relevante; descubrir, mediante una exploración física sistemática, los signos de la enfermedad y apreciarlos en su magnitud e importancia; relacionar de manera lógica los síntomas y signos para integrarlos en unidades más incluyentes y sumarias; seleccionar e interpretar los estudios complementarios que se requieren a partir de las cuestiones que la historia clínica

plantea; explicarse fisiopatológicamente lo que está ocurriendo en el organismo enfermo; estimar la probabilidad de que el paciente supere la enfermedad y que necesite o no de ayuda terapéutica; seleccionar el modelo de relación médico-paciente que más se ajuste a las necesidades del enfermo; tomar en cuenta sus deseos, aprensiones, temores, prejuicios; considerar el más amplio contexto de la atención médica; tomar en cuenta las repercusiones familiares y sociales de su enfermedad; explicar el padecimiento, seleccionar la mejor terapéutica, observar su efectividad, vigilar los efectos adversos y las complicaciones, limitar la aparición de secuelas y, en su caso, rehabilitar. Una limitante, otrora inesperada, ha sido la adherencia terapéutica, pues a pesar de que las decisiones sean las correctas, una proporción considerable de los enfermos no sigue las recomendaciones del médico por diversas razones.

El clínico es, fundamentalmente, un tomador de decisiones. Su valoración en términos cualitativos no depende sólo de su erudición, su humanitarismo, su habilidad técnica, su honestidad, su compasión o su empatía, sino, sobre todo, de su capacidad para tomar las determinaciones apropiadas en el momento oportuno. La mayor parte de las veces éstas se tienen que tomar en condiciones de incertidumbre, bajo la presión del tiempo, con información insuficiente y ante el asedio del paciente y sus familiares. En el mejor de los casos el clínico diagnostica en situaciones de riesgo cuando puede hacer una estimación probabilística de los desenlaces; de hecho, una aportación de la investigación a la práctica clínica ha sido la de modificar las condiciones en las que se toman las decisiones transformando la incertidumbre en riesgo o certeza³.

Arte y ciencia

Son términos ampliamente polisémicos y en algunos de sus significados se aplican de manera perfecta al ejercicio clínico. Algunas de las connotaciones de arte que armonizan con el desempeño clínico incluyen la destreza para realizar una actividad, los secretos para sacarle provecho, la habilidad alcanzada después de un largo entrenamiento, el empleo de la intuición y otras formas de percepción no razonada, su sustento en las

cualidades de la persona y una capacidad cuyo dominio corresponde a los privilegiados o a los superdotados. La ciencia, por su parte, se identifica más como un método, como un cierto orden basado en reglas, y es, por lo tanto, algo cognoscible y aprensible. Ambos términos, arte y ciencia, se suelen manejar, de alguna manera, como antónimos, aceptan el significado de habilidad, maestría y experiencia, cualidades de un buen clínico.

El arte de la medicina fue ilustrado por Hipócrates en su famoso aforismo: “La vida es breve, el arte largo, la ocasión fugaz, el experimento riesgoso y la decisión difícil”. Winestein y Fineberg lo reelaboraron señalando que “La naturaleza es probabilística, la información incompleta, los desenlaces valiosos, los recursos limitados y las decisiones inevitables”⁴, lo que, sin que se pueda decir que se refiere estrictamente a la ciencia, sí señala un esbozo metodológico.

Si el concepto de arte se refiriera a la cualidad que ciertos elegidos alcanzan y que depende de su condición genética, habría que dejarlo de lado en razón de que la clínica se puede llegar a dominar mediante un método, un sistema, una disciplina y un esfuerzo ordenado⁵. La ciencia cognitiva, por ejemplo, ha aportado información sobre la manera en que funciona la mente del experto, de tal modo que se pueda sistematizar el aprendizaje del novato⁶.

La época actual

La época contemporánea ha generado condiciones que influyen de forma decidida en la práctica clínica. Algunos de los calificativos que se han propuesto para nuestra época son: la era tecnológica, la era informática, la de la regulación social, la de los estilos de vida, la de la bioética, la del conocimiento y otros. Varias de las circunstancias de hoy en día son, en definitiva, distintas de aquellas que existían en la época de mayor florecimiento de la clínica y, por supuesto, modifican su quehacer contemporáneo. En primer lugar el avance científico y tecnológico ha hecho que el recambio de conocimientos se realice en un tiempo tan corto como nunca antes había ocurrido y exige del clínico no sólo alcanzar una cierta competencia técnica sino mantenerla en el tiempo. Además, el

avance normativo y ético, si bien también lleva una pendiente ascendente no alcanza la del avance científico y tecnológico, de modo que la brecha entre ambas pendientes se va ampliando. Un buen ejemplo es lo que ha ocurrido con internet, del que muchas personas han alcanzado un dominio técnico, pero al cual no se ha encontrado la forma de regular éticamente.

Por otro lado, el movimiento de la medicina basada en evidencias ha jerarquizado los resultados de estudios de investigación por encima de las inferencias y las intuiciones, de modo que ya no se aceptan las predicciones que resultan del conocimiento fisiopatológico y farmacológico si no han sido sustentadas en comprobaciones empíricas, y no se diga de la enseñanza dogmática que se transmite por la autoridad del profesor. Se ha generado un cambio paradigmático en la educación médica al pasar del conocimiento acumulado en la memoria a la información accesible ante la necesidad. Muchos de los avances que han ocurrido en la práctica de la medicina provienen de otras disciplinas, lo cual obliga al clínico contemporáneo a mantener una mente abierta y al acecho del conocimiento nuevo independientemente del área de donde proceda.

Sin embargo, también ha ocurrido un cambio social sustantivo. La sociedad se ha vuelto más participativa y exigente, hay una desconfianza sistemática en la autoridad, y el médico la representa con frecuencia. El movimiento de la bioética ha sometido a revisión todo el cuerpo de conocimientos de la ética clínica que había permanecido estático por decenios. Los pacientes y el público han adquirido mayor conciencia de sus derechos, y no sólo solicitan sino que demandan, se quejan y exigen. En algunos casos el público se ha comportado como beligerante y antagónico a la profesión en lo que se ha tendido a llamar “movimiento de emancipación de los pacientes” en contra de la iatrocracia. La sociedad parece estar más informada de los temas médicos aunque no siempre mejor informada. Los proveedores de bienes y servicios para la salud dirigen ahora sus promociones al público para que éste presione a sus médicos en favor de la prescripción de sus marcas. La propia Organización Mundial de la Salud (OMS) ha reconocido que el recurso más importante para la atención a la salud es el autocuidado, lo cual concede al paciente una mayor jerarquía en la preservación y recuperación de la misma. Se ha

impuesto un imperativo económico en el que, por un lado, sólo lo que es negocio prospera, y por otro, no se puede ya ejercer la clínica sin una conciencia clara de los costos y, en igualdad de circunstancias, hay que elegir la opción menos cara.

También la organización de la atención médica ha sufrido cambios que han sorprendido a los clínicos desarmados, de modo que, más que adaptarse a las nuevas formas, suelen añorar los tiempos pasados. Es muy clara la tendencia a la medicina ambulatoria, la atención domiciliaria, la asesoría telefónica y la electrónica, la telemedicina y la robótica; se habla del ocaso del hospital en el sentido de que muy pronto tendrá que limitarse a los casos de terapia intensiva y de cirugía mayor. A pesar de ello, la formación de los clínicos se sigue haciendo en los hospitales y los espacios ambulatorios son un tanto menospreciados como campos de formación médica.

Los clínicos actuales fuimos formados en el modelo de la enfermedad aguda, en el que la intervención del médico es crucial, ya sea en términos de la prescripción o de las maniobras que realiza sobre el enfermo. Hoy, al haber un predominio de las enfermedades crónicas, la responsabilidad del clínico es más educativa que prescriptiva.

Otra tendencia clara es la de la certificación, ya sea de hospitales, escuelas, procesos y productos, con el fin de ofrecer a la sociedad mayores garantías de calidad. De forma paradójica han proliferado las medicinas alternativas –o alternativas de la medicina– totalmente fuera de regulación, pero que parecen satisfacer algunas necesidades de los pacientes que la medicina científica no ofrece.

La era de los estilos de vida significa que muchas enfermedades dependen de la conducta de los individuos. Las acciones preventivas y paliativas van dirigidas en este sentido y, por tanto, se alejan de las posibilidades de los médicos, aunque siempre se puede hacer algo al respecto en el encuentro individual.

Nuevas responsabilidades

A las responsabilidades tradicionales del clínico se agregan ahora algunas derivadas de las circunstancias de la época contemporánea. Por un lado, la multiplicación de

alternativas exige elegir la más apropiada para cada caso, y ello puede implicar una búsqueda más o menos laboriosa, además de dominar un método para ser eficiente en esa búsqueda, discernir la ciencia de la pseudociencia y tener la capacidad para juzgar sobre la validez externa de los estudios, particularmente la aplicación al caso en cuestión. Ante la tecnología emergente se requiere de un enfoque crítico, que eluda el deslumbramiento y evite el sometimiento y la dependencia. Ya no basta hacer un diagnóstico y elegir el tratamiento que le corresponde; además del pronóstico –la más olvidada de las responsabilidades tradicionales– se requiere identificar las expectativas del enfermo para, si son razonables, tratar de satisfacerlas y, si son excesivas, acotarlas en un principio. También se necesita hacer un diagnóstico del grado de competencia del paciente, tanto en términos de conocer si está en condiciones de ejercer su autonomía como en las de contender con su enfermedad, y en qué medida necesita ayuda médica o social. No sólo se requiere identificar las demandas de los pacientes, casi siempre relacionadas con los síntomas iatrotópicos, sino las necesidades, asunto que no es sencillo. El encuentro individual no puede excluir a la familia, el medio laboral y las relaciones sociales.

La regulación de la práctica clínica

La medicina clínica ha sido hasta ahora una actividad autorregulada, sólo el médico conoce sus límites y únicamente él decide cuándo solicitar ayuda o referir al paciente. Como dice Jerome Kassirer: “La base de la confianza del público en una profesión que se autorregula es la responsabilidad fundamental de esa profesión de preocuparse primero, y ante todo, por el bien público”⁷. Si bien no se puede hablar en favor de todos los que han formado parte de la profesión médica durante la historia, la propia profesión ha dado muestras amplias de su responsabilidad social y de su preocupación por ese bien público. A pesar de ser la forma más importante de regulación, la autorregulación no ha sido suficiente, de modo que han surgido regulaciones convencionales entre colegas como una forma de dividirse el trabajo: regulaciones por pares, uno de cuyos ejemplos han sido

los Consejos de Especialistas y, desde luego, la regulación legal o normativa que, por ahora, prácticamente se limita a la investigación de denuncias. En los últimos tiempos ha surgido con mucha fuerza una regulación social en la que los pacientes, los familiares y el público se encargan de juzgar la actividad de los médicos, solicitar explicaciones, hacer valer sus derechos, denunciar y elegir.

Condición humana y autodeterminación

Al médico se le ha negado durante años su condición humana. Al identificarse su ejercicio profesional con un apostolado, la única condición aceptable era la de renunciar a ciertas prerrogativas que tienen otras personas, incluyendo miembros de otras profesiones. Tampoco se le ha concedido la posibilidad de cometer errores a pesar de que se ha visto sometido a condiciones laborales que interfieren con un juicio certero y con decisiones apropiadas, como son la privación de sueño, los largos horarios de trabajo, el exceso de pacientes, el apremio del tiempo, y la presión económica. Hasta hace pocos años hablar de los derechos del médico era un tema tabú. Hoy se empieza a reconocer que somos también seres humanos, sujetos de emociones y pasiones, vulnerables y miembros de una sociedad que ha modificado sus valores. Al entender que la mayor parte de los equívocos lo son más bien del sistema, se tiende ahora a desculpabilizar a los profesionistas y a hablar más de la seguridad de los pacientes que de las faltas de los médicos.

También al paciente se le han concedido en tiempos recientes ciertas prerrogativas que se le negaron por años, entre ellas la de participar en las decisiones médicas que le conciernen, incluso el derecho de negarse a seguir las recomendaciones de los médicos si no le parecen convenientes. Los requisitos para ejercer esta autonomía comprenden, por supuesto, la competencia, la información suficiente y el encontrarse libre de coerción. En estas condiciones se suele plantear un dilema que puede ocasionar no pocos conflictos y que se expresa en la oposición entre autonomía y beneficencia, y en la selección que médico y paciente hacen de cuál de ellas es prioritaria, si conviene respetar

las decisiones del enfermo aunque dañen su salud o, por el contrario, hacer prevalecer las determinaciones que estén a favor de la salud aunque él no esté de acuerdo con ellas.

La práctica científica

No ha sido fácil definir una práctica científica de la medicina clínica. Por una parte puede ser aquella que fundamenta sus decisiones en el conocimiento generado por la ciencia, y en este sentido se aproxima a la definición de la práctica clínica basada en evidencias⁸. Esta propuesta ha permitido excluir las intuiciones, las rutinas, las tradiciones, las alternativas caprichosas y cuestionar por sistema el conocimiento establecido, y buscar inteligentemente la mejor alternativa que existe en la literatura para el caso en cuestión. El asunto no es tan práctico en términos del paciente individual porque requiere posponer las decisiones hasta completar una búsqueda que puede durar un tiempo demasiado largo. Por ello se han generado las guías clínicas, por definición basadas en evidencias, que, si bien no tienen el carácter de normas invariables e inflexibles, resultan de utilidad para los ocupados clínicos que no pueden, en cada caso, hacer investigaciones exhaustivas.

No cabe duda de que la ciencia ha aportado infinidad de conocimientos que han ayudado a los pacientes, lo que la distingue de las medicinas alternativas puede encontrarse en esta constante renovación. Aunque la ley habla de medicina alopática –probablemente a partir de una propuesta de los homeópatas–, parece una mejor designación la de medicina científica porque se fundamenta en los resultados de la ciencia.

La aplicación de los resultados de la investigación científica a la práctica clínica no ha sido siempre fácil. Por una parte muchos clínicos deciden esperar hasta que estos resultados se confirman varias veces, lo que ha excluido a muchos pacientes de los beneficios de la ciencia. Por otro, la validez externa de los ensayos clínicos controlados tiene sus límites. Por ejemplo, la severidad, duración, edad, comorbilidad de los pacientes de todos los días suelen ser distintos de los que se utilizaron para el ensayo en cuestión⁹. En años recientes ha surgido el concepto de ciencia traduccional (*translational science*)¹⁰,

que pretende traducir las innovaciones científicas en impactos en salud. El asunto no parece ser dominado ni por los científicos ni por los clínicos, por lo que se ha pensado en personajes intermedios que realicen esta función.

Otra manera de enfocar una práctica científica de la medicina clínica es la de considerar la aplicación de un método científico en la atención de los pacientes. Aquí hay diferencias conceptuales que dificultan considerar el trabajo clínico como una actividad científica, pues mientras que la medicina clínica pretende, sobre todo, ayudar a los pacientes aun cuando sea por medios no ortodoxos, la investigación científica intenta develar los secretos de la naturaleza en cuyo caso el efecto benéfico para los enfermos, por lo menos, se pospone. La ciencia trata de descubrir la verdad mientras que la clínica aspira a curar, prevenir o aliviar en lo inmediato. Las sentencias de la clínica suelen ser axiológicas, las de la ciencia, fácticas.

La ciencia tiene un proceder hipotético-deductivo que en la clínica ciertamente se puede aplicar en algunos casos. El diagnóstico, por ejemplo, se puede enfocar como una hipótesis sujeta a confirmación o a refutación, aunque lo más frecuente es que se proceda por inferencias analógicas. La clínica tiene limitaciones éticas obvias para realizar experimentos. La epidemiología clínica pretendió en su momento utilizar los métodos de la ciencia —en particular los de la epidemiología— para ayudar a los pacientes individuales, y hasta se diseñó el *ensayo clínico controlado de N=1*. Por desgracia ambas disciplinas, la práctica clínica y la epidemiología clínica, se fueron alejando, y esta última terminó siendo identificada con la metodología de la investigación y dejó atrás al paciente individual.

Lo cierto es que el enfermo es una unidad de estudio adecuada en el contexto de la ciencia: muchos de los datos proporcionados por los procedimientos tradicionales de la propeuéutica se pueden manejar como científicos; el proceso de diagnóstico es sistematizable y cognoscible; las decisiones médicas pueden tomarse bajo estimaciones probabilísticas; en muchos casos la terapéutica puede seguir algunos lineamientos del método experimental; durante la atención de los pacientes se produce conocimiento y se identifican preguntas que se pueden plantear como problemas científicos, y los sesgos y heurísticos de los médicos pueden ser neutralizados mediante métodos apropiados.

Un lineamiento básico para el ejercicio de la medicina científica es eludir lo rutinario, lo automático, lo reflejo y acercarse a una práctica reflexiva, deliberada, crítica, consciente, cuestionada, escéptica y, por supuesto, sin perder de vista el objetivo principal de ayudar a los pacientes.

Referencias

- ¹ Thomas L., *The youngest science. Notes of a medicine watche*, Bantam Books, New York, 1983.
- ² Soriguer-Escofet, FJC., *¿Es la clínica una ciencia?*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1993.
- ³ Bursztajn HJ., Feinbloom RI., Hamm RM., Brodsky A., *Medical choices. Medical Chances. How patients, families, and physicians can cope with uncertainty*,. Routledge Ed., New York, 1990.
- ⁴ Citado por Sox HC., Blatt MA., Higgins MC., Marton KI., *Medical decision making*, Butterworths Ed. Stoneman, MA., EU., 1988.
- ⁵ Kassirer JP., Kopelman RI., *Learning clinical reasoning*, Williams & Wilkins, Baltimore, 1991.
- ⁶ Bruer JT., *Education*, en, Bechtel W., Gram G., *A companion of cognitive science*, Blackwell Publishers, Malden MA, 1999.
- ⁷ Kassirer JP., *Pseudoaccountability*, Ann. Intern. Med. 2001;134:587-90.
- ⁸ Sackett DL., Straus SE., Richardson WS., Rosenberg W., Haynes RB., *Evidence-based medicine. How to practice and teach EBM*, Ed. 2a. Churchill-Livigston, UK, 2000.
- ⁹ Greenhalgh T., *Implementación de los hallazgos basados en la evidencia*, en, *Las bases de la medicina basada en evidencias. Cómo leer un documento*, BMJ Publishing Group, España, 2001.
- ¹⁰ Zerhouni EA., *Translational and clinical science, Time for a new vision*, New. England Medicine Journal. Medicine, 2005;353:1621-3.

CAPÍTULO 4

Derecho penal

Dr. Raúl González-Salas Campos

Dr. Arturo Dib Kuri

La responsabilidad penal del médico

*Dr. Raúl González-Salas Campos **

Resumen

En este texto se estudia la responsabilidad penal del médico desde la dogmática jurídica penal. Se parte de la definición que hace la legislación federal y del Distrito Federal de los delitos culposos o imprudentes y de omisión, para estudiar, desde una perspectiva general, cuáles son los elementos de estos delitos con el fin de que las autoridades judiciales decidan cuándo un médico, al causar la lesión o la muerte de un paciente, es responsable por negligencia o imprudencia. Se analiza el porqué el derecho penal ha creado los delitos imprudenciales y de omisión para sancionar a los médicos, y cómo están éstos estructurados. Se examina lo que el juez penal tiene que acreditar para decidir la punibilidad que tiene el médico y cuánta debe aplicar. Un tema más que se trata en el artículo es sobre la penalización por falta de sentimiento en la fertilización asistida.

* Titular de González - Salas y Asociados.

Introducción

Los médicos se forman con la idea de que su actividad profesional estará siempre determinada por el juramento hipocrático,¹ entre cuyas premisas principales está la de velar ante todo por la salud y el máximo respeto de la vida humana de su paciente. Estas ideas no implican que,² en la eventualidad de que con algún paciente se cometa un error y, como consecuencia del mismo se cause una lesión o la muerte, resultado no esperado ni deseado, el médico pueda tener responsabilidad jurídica, civil o penal.

Cuando se cuestiona por qué se sancionan penalmente los errores o las imprudencias médicas que producen lesiones o muertes, si la única intención que tiene el médico al tratar a su paciente es la de sanarlo y la de respetar su vida, se puede responder que, para el derecho penal, la mera intención de sanar y de respetar al paciente no es suficiente para apreciar que obró de manera correcta y sin responsabilidad, sino que es necesario contrastarla con otras premisas o condiciones.

En primer lugar, aquellas que señalan que todo médico, al tratar a un paciente, los cuidados debidos que su formación médica le ha enseñado. Y si no lo hace así, no únicamente falta a dicho deber ético, sino que el derecho lo hace responsable al no obrar en conciencia y sin la intención de dañar.³

Como se verá, en las normas penales de los delitos culposos o imprudentes se establece la responsabilidad penal del médico cuando actúa sin el cuidado debido al momento de intervenir o tratar a un paciente. Si no obra con el máximo cuidado, falta a un deber o norma de cuidado, por lo que se le puede sancionar penalmente. El derecho penal exige, a través de sus normas, que los médicos y quienes participan con ellos –personal de salud como enfermeros, equipos técnicos, etc.– actúen respetando los deberes de cuidado que la misma profesión de la salud les impone y, si alguno falta a estos deberes y se produce una lesión a la salud del paciente, entonces se les impongan sanciones penales.

El derecho penal, a través de los delitos imprudentes y de omisión, quiere que la vida social se desenvuelva dentro de ciertos deberes o reglas de cuidado, con el fin de evitar

que aumente el riesgo de la intervención del personal de salud cuando actúa. Es cierto que nadie puede evitar que los pacientes mueran o se lesionen, pero el derecho penal aspira a que aquellos que intenten curarlos, lo hagan con los tratamientos y prescripciones que la ciencia médica ha desarrollado y evolucionado dentro de los límites de los riesgos que la misma ciencia ha creado, es decir, que no se aumente el riesgo más allá de lo que la misma ciencia de la salud permite. Quiere así el derecho penal que se realicen actuaciones prudentes y diligentes, para que de este modo se eviten acciones descuidadas o negligentes que no vayan de acuerdo a lo indicado y aceptado por la misma ciencia médica.⁴ Lo que se investiga en la responsabilidad penal de los médicos es la violación a la norma de cuidado que provocó el resultado no querido. La responsabilidad penal de los médicos se da al cometer acciones que producen una lesión o la muerte no queridas, violando una norma de cuidado.

1. La negligencia médica

Está regulada en los delitos culposos y en los delitos de omisión. En orden sistemático se abordan a continuación.

Por lo general casi todos los códigos penales de México tienen la misma definición o descripción de los delitos culposos.^{5,6} Su definición es la siguiente:

“Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”.⁷

En esta descripción encontramos los elementos que constituyen los delitos culposos, los cuales describo y desarrollo.

- a) Clases de imprudencia: consciente e inconsciente.
- b) Gravedad de la imprudencia.
- c) Infracción a la norma. El deber de cuidado.

- d) Estructura del tipo imprudente.
- e) Tres manifestaciones del deber de cuidado.
- f) El poder individual y el poder subjetivo.
- g) Causación del resultado. Imputación objetiva.

2. Clases de culpa o de imprudencia

El derecho penal ha creado dos clases de imprudencia o de culpa para pretender diferenciar lo que sucedió en la mente del médico al momento de intervenir o tratar erróneamente a su paciente. Existen, según la doctrina penal, dos clases de culpa imprudencial: la consciente y la inconsciente.

a) La culpa consciente. Se da cuando el médico advierte que, con su intervención, existe la posibilidad de causar una lesión o la muerte de su paciente. Está consciente de que al intervenir comete una imprudencia, es decir, sabe que falta al deber de cuidado, y no obstante esta conciencia, decide actuar. Es decir, reconoce que su actuación es peligrosa y que no tiene pleno control. Sin embargo, confía en que no se producirá la lesión o la muerte; puede haber múltiples razones por las que cree que no se producirá la lesión, como sería la confianza que tiene en su propia habilidad, o en su capacidad, o en que supone que no hay mucho riesgo, o bien porque piensa que el paciente tiene muy pocas posibilidades de responder de manera desfavorable al tratamiento, ya que estadísticamente el riesgo que corre es mínimo.⁸ Si el médico dejara de confiar en que no se producirá el resultado y continuara con su acción habría dolo eventual.⁹ La conciencia que tiene del peligro se debe a que su actuación u omisión supone una falta al deber de cuidado, pues si, como se verá más adelante, el aumento del peligro no supone una falta al deber de cuidado, no habrá imprudencia.

b) La culpa inconsciente. En este tipo de culpa, el médico, al momento de intervenir o tratar al paciente, ni siquiera prevé la posibilidad de lesionarlo, ya que no advierte el peligro que su actuación produce. En este caso el médico cree, erróneamente, que está obrando conforme a la norma de cuidado, es decir, piensa que actúa de modo adecuado.

Aplica una intervención o un tratamiento que lesiona un bien jurídico. Ejemplo: extrae el riñón sano en lugar del dañado por haberse guiado por la radiografía equivocada que no pertenecía al paciente. En este caso se ve con claridad que infringió la norma de cuidado pero ni siquiera estuvo consciente de que su actuación era descuidada.

3. Gravedad de la imprudencia

Ambas culpas se consideran graves.¹⁰ Sin embargo, en ocasiones, es muy difícil determinar cuál de las dos culpas, si la consciente o la inconsciente es más grave. Esto es, si la que se da confiando en que no se producirá la lesión –culpa consciente–, o si la que se da desconociendo el peligro de la realización de la acción –culpa inconsciente– que finalmente produce la lesión. Para valorar la gravedad de la imprudencia la doctrina penal ha establecido dos aspectos:¹¹

a) La confianza de que no producirá el resultado, la cual se debe a la alta capacidad, facultades o preparación de quien realiza la acción peligrosa; y

b) La inconsciencia que se genera por la falta de capacidad, facultades o preparación, y que no permiten a quien realiza la acción apreciar el peligro de la misma que producirá la lesión.

La gravedad de la imprudencia se deja al arbitrio del juez penal en cada caso concreto para que éste resuelva dentro de los márgenes que establece la ley cuál es la pena que se debe aplicar.¹² Los códigos penales establecen el mismo marco general para los delitos culposos conscientes o inconscientes. Sin embargo, según se trate de la legislación penal local o federal, los marcos específicos varían. Veamos lo que sucede entre los Códigos Penal Federal (CPF) y el del Distrito Federal (CPDF):

Si bien el CPF –artículo 60– y el CPDF –artículo 76– establecen que se aplicará la cuarta pena del delito doloso básico cometido, según cada uno de estos códigos, la pena para los delitos dolosos es diferente. Mientras el CPDF –artículo 123– impone pena de 8 a 20 años de prisión al delito de homicidio, el CPF –artículo 307– impone de 12 a 24 años de prisión. Si un médico de un hospital particular en el Distrito Federal, por su imprudencia

consciente o inconsciente produce la muerte de su paciente, se le aplicará pena de 2 a 5 años de prisión, porque así lo prevé el código referido; en cambio, si el médico pertenece a un hospital que brinda servicios públicos federales –IMSS o ISSSTE– y como consecuencia de su imprudencia causa la muerte de su paciente, se le aplicará pena de 3 a 6 años de prisión por serle aplicable la legislación federal.¹³

Al juez penal se le da la facultad de determinar en cada caso cuál es la pena que aplicará dentro del marco penal, sin poder imponer más ni menos de lo que éste establece.¹⁴

4. Infracción a la norma

El deber de cuidado. Este concepto del *deber de cuidado* surgió en la doctrina penal alemana –*english*– para valorar cuándo se está en presencia de un delito imprudente. Con este concepto se ha intentado señalar cuándo existe imprudencia –consciente o inconsciente– para resolver cuando se viola la norma de cuidado.

La infracción a la norma de cuidado en medicina –y en cualquier otra actividad, piénsese en los delitos imprudentes de tránsito–, constituye un tipo abierto.¹⁵ Su contenido jurídico no aparece precisado con exactitud en la ley; tampoco se prevén reglas específicas, ni los criterios generales para decidir si hubo o no infracción al deber de cuidado cuando un médico comete una imprudencia que causa un resultado no querido.¹⁶ Las reglas o criterios generales con los cuales se compara el deber de cuidado se encuentran fuera de ley, y éstas son las técnicas o tecnologías, los procedimientos médicos, los tratamientos higiénicos, farmacológicos, quirúrgicos, terapéuticos, terapias o métodos curativos, que, por lo general, están descritos en la literatura médica, y en los libros utilizados en la educación formativa del médico.^{17,18} Hay que tomar en cuenta que la educación no es estándar en todos los países, sino que varía constantemente. El médico que se forma en las universidades o en los hospitales adquiere un conjunto de enseñanzas teóricas o prácticas diferentes, las que cada vez entrañan una mayor especialización, y por ende, un mayor deber de no realizar aquello en lo que no está

especializado o capacitado por carecer de los conocimientos técnicos que sí, en cambio, tiene el especialista, o por falta de experiencia para aplicarlos.

El deber de cuidado parte desde la elaboración del diagnóstico que es el procedimiento por el cual se identifica la enfermedad, el síndrome o el estado de salud del paciente. El diagnóstico es un juicio clínico sobre el estado psicofísico del paciente que se elabora a partir de los diferentes métodos o medios: análisis, historia clínica, exploración física, pruebas de laboratorio, de imagen, endoscópicas o patológicas, etc.¹⁹. El diagnóstico se forma a partir de los síntomas y signos que se obtienen por estos medios para determinar e identificar la enfermedad del paciente, y a partir de éste, prescribir y realizar el tratamiento terapéutico adecuado.

La norma de cuidado que está inmersa en el delito imprudente exige que quienes realicen acciones peligrosas lo hagan respetando los deberes de cuidado. Esta exigencia del ordenamiento jurídico se completa por medio de valoraciones judiciales adicionales, y que son precisamente la concreción de los deberes de cuidado que exige la medicina a través de sus técnicas, procedimientos, terapias, tratamientos y métodos curativos que ha especialidades de la medicina. Son éstas a las cuales el juez penal deberá referirse para definir en cada caso si el médico infringió o no la norma de cuidado, y si se está en presencia de la conducta prohibida por el delito imprudente u omisivo.

El deber de cuidado se configura como un concepto objetivo y normativo dentro del injusto, y se conforma con una serie de disposiciones, reglas expresas o de experiencia de la disciplina o actividad en la que se desarrolla la conducta, las cuales son tomadas en cuenta y contrapuestas para valorar si hubo o no infracción a la norma de cuidado. Además, el juez penal debe hacer una comparación hipotética para obtener una proposición o verdad –provisional o definitiva– tomando como referencia aquella conducta que habría seguido –hipótesis– un hombre inteligente y prudente en la situación del autor. Se utiliza la idea de un agente prototipo *el homúnculo* para con esta idea o concepto emitir un juicio de valor en cómo el hombre –el médico– debió actuar en el sistema para que funcionara debidamente.²⁰ Así, el reproche individual al médico se hace por no haber observado el cuidado debido, que ese hombre o médico inteligente y prudente habría realizado frente a la actividad peligrosa que estaba efectuando.²¹

En la doctrina penal se ha discutido si el deber de cuidado es el elemento determinante a considerar para resolver si hay o no imprudencia. Hay quienes consideran que no, pues este deber infringe el principio de legalidad al incorporar características de concreción que se han de determinar caso por caso, mediante la elaboración de unas normas complementarias que dependen en definitiva del juez.²² Sin embargo, en contra de esta opinión, la mayor parte de la doctrina admite que al valorar la infracción al deber de cuidado, se está resolviendo la parte más importante de la responsabilidad médica en los delitos imprudentes, pues no hay otra vía distinta para saber cuándo y cómo se realizó el delito imprudente.

Pero, para decidir si hubo o no infracción al deber de cuidado, la mayor parte de la doctrina penal considera que no debe valorarse esta infracción únicamente con base en criterios objetivos, sino que para resolver si hubo tal infracción se debe tomar en cuenta también el poder individual del médico, es decir, sus capacidades personales y la posibilidad de ponerlas en acción.

Antes de analizar tanto la parte objetiva de la infracción al deber de cuidado como el poder individual, hay que apuntar la siguiente premisa, si la acción consciente o inconsciente es ajustada a la norma de cuidado, y no obstante se produce la lesión al bien jurídico, no habrá imprudencia. El médico puede advertir el peligro y producirse la lesión, pero según esta premisa, si el médico obró conforme a la norma de cuidado no tendrá porqué responder jurídicamente ante el resultado. Repugna, como dice Mir, que habiendo actuado conforme a la norma de cuidado se considere antijurídica su acción.²³

5. Estructura del tipo imprudente

Conforme a estos criterios se puede elaborar la estructura de los tipos imprudentes con dos partes: una objetiva que supone la infracción de la norma de cuidado y otra subjetiva, que se represente en la realización de la acción consciente o inconsciente.

a) En la **parte objetiva** del delito imprudente se distinguen dos aspectos, uno objetivo y otro individual, y se identifican como:

a.1) Deber de cuidado interno. Se representa por la infracción del deber objetivo de cuidado que la norma de cuidado exige; y

a.2) El aspecto individual. En éste se atiende al poder individual del autor de observar el cuidado objetivo debido.

El problema principal de los delitos imprudentes lo constituye la parte objetiva que pretende comprender en qué consiste la infracción de la norma de cuidado y deducir cuándo hay esta infracción y cuándo puede ser exigible; la doctrina penal distingue dos deberes de esta infracción, a los que denomina deberes de cuidado interno y externo.

b) En la parte subjetiva se tienen tres deberes de cuidado. En la actualidad la doctrina penal ha elaborado tres deberes que en toda actuación frente a situaciones peligrosas se deben atender o realizar:

b.1) Deber de omitir acciones peligrosas. Binding lo llamaba deber de examen previo. Existen acciones que en sí mismas son peligrosas, y que si no se tiene una preparación técnica especializada es muy probable que se produzcan lesiones. Aquí se encuadra la impericia profesional que consiste en realizar la acción peligrosa careciendo de los conocimientos debidos a una especialización o a una cualificación profesional especial para afrontar los riesgos de una determinada situación.²⁴ Hay que distinguir aquí entre la imprudencia del profesional, que no es el caso, y la imprudencia profesional, que implica la realización de la conducta sin los conocimientos o cautelas necesarios en la actividad profesional o en el sector al que pertenece.

b.2) Deber de preparación e información previa. Antes de emprender acciones peligrosas se deben tomar medidas externas –a diferencia de la omisión de acciones peligrosas– que consisten en la preparación e información. No se trata de una falta de preparación técnica, como la anterior, sino de tomar conocimiento de la situación del paciente, de su capacidad de resistencia, como sería el ordenar antes de la operación los exámenes de laboratorio, o bien conocer el historial clínico del paciente.

b.3) Deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas. Riesgo permitido. En numerosas ocasiones se exige al médico afrontar situaciones de peligro elevado, pues se considera útil realizarlas ya que sólo así se puede salvar la vida o la salud. Estos son los casos de actuaciones riesgosas permitidas o de riesgos elevados pero permitidos. Aquí no rige el principio de omitir dichas acciones peligrosas, sino el principio del deber de

realizarlas con la máxima atención y prudencia para evitar que el peligro se convierta en lesión. A los médicos más capacitados, especializados y experimentados se les permite actuar con mayor discrecionalidad ante las situaciones de riesgos elevados que a los médicos que no tienen estas características. La elevación del riesgo permitido va en proporción al peligro que se tiene de no actuar, y en relación a la preparación y capacidad de quien realiza la intervención.

c) El poder individual y el poder subjetivo. Este poder, por una parte, la objetiva, atiende a las facultades especiales del autor y, por la otra, la subjetiva, atiende a las características personales en el momento de actuar. Aquí se valoran, en la antijuridicidad, en el injusto, las primeras, es decir las facultades especiales del autor, y en la culpabilidad las segundas, como serían: la capacidad especial para practicar determinada técnica - criterio objetivo— y la habilidad para hacerlo— aspecto subjetivo.

6. El resultado

La imputación objetiva. Para que se configure el delito imprudente es necesario que haya un resultado consumado, es decir, que, como consecuencia de la acción u omisión imprudente, se haya alterado la salud o provocado la muerte. Hay quien sostiene que el resultado no es un elemento del tipo objetivo, sino tan sólo una condición objetiva de punibilidad.²⁵ Y si bien, la producción del resultado no aumenta la gravedad de la imprudencia de la norma de cuidado sí, en cambio, determina su punibilidad, ya que como se vio, la cantidad de pena que se impone a un delito imprudente, en nuestro país, depende de la cantidad de pena que corresponda al tipo básico doloso.²⁶ Si la alteración a la salud da lugar a lesiones graves punibles con penas altas, como las previstas en el artículo 295 del CPF, la cantidad de pena por el delito imprudente será la cuarta parte de las que correspondan a éstas.²⁷ Este criterio de determinar la punibilidad vinculándolo al delito doloso no es causal ni racional, pues la naturaleza de la imprudencia no tiene vinculación alguna con un delito de naturaleza absolutamente distinta como es el delito doloso.²⁸

Ahora bien, en todo delito imprudente se exige que haya lesión al bien jurídico y que éste haya sido consumado. La razón se debe a que no se toma en cuenta sólo la valoración de la acción –el injusto–, sino también el resultado; ésta es una garantía de seguridad jurídica que consiste en tenerlo como prueba necesaria para dirigir el proceso contra una persona. La no producción del resultado puede venir a dar la razón al sujeto que no creía que su acción fuese tan peligrosa como otros pudiesen pensar, o bien puede ser producto de la suerte y no de la peligrosidad de la conducta. Para poder cumplir con la función garantista el resultado debe poderse imputar precisamente a la imprudencia de la acción, lo que supone que en todo delito imprudente tenga que haber una relación de causalidad, es decir, que el resultado provino de la acción imprudente. Para determinar la relación de causalidad es necesario tomar el principio de causalidad en el sentido de que todo evento debe tener siempre una causa, y si esta causa o condición fue la acción imprudente o negligente provocada por el médico que dio lugar al resultado –la lesión o la muerte– es decir, que con motivo de esa causa se produjo tal efecto, se considerará imputable dicho resultado a la conducta imprudente.²⁹

La teoría de la imputación objetiva no únicamente parte de la teoría de la condición, es decir, no sólo pretende resolver cuándo se puede atribuir lo que realizó como suyo, como proveniente de su acción, sino que también señala que para poder imputar este resultado es necesario saber si esa acción causal del resultado fue creadora de un riesgo más allá de lo permitido por la norma que se pretende aplicar al sujeto, pues si ésta no tenía la finalidad de prohibir la realización de esa acción, no podrá aplicarse –imputar– la misma. Es decir, si bien es cierto que el sujeto realizó la acción imprudente, y ésta fue la causante del resultado, no basta con este dato para imputar el mismo, sino que habrá que analizar dos factores más:

Primero. Si el riesgo creado era o no previsible. Es decir, si aun con una conducta diligente y prudente, no negligente, se hubiera actuado y se hubiera ocasionado el resultado, no podrá haber imputación. Ejemplo: el médico se equivoca de medicamento, en lugar de novocaína debía aplicarle procaína, que era el indicado para este paciente. Si

se acredita que el paciente habría muerto con el indicado, no puede imputársele el resultado.

Segundo. Si el resultado nada tiene que ver con la infracción cometida. Lo mismo sucede cuando el resultado se haya causado por la conducta imprudente, pero se hubiese causado igual con otra conducta no imprudente –casos de comportamiento alternativo correcto. Ejemplo: el paciente muere en la mesa de operaciones a causa de la procaína que le suministró como narcosis el anestesista en lugar de la novocaína que era lo indicado, pero hubiera muerto igual aunque le hubiese suministrado la novocaína. Otro ejemplo es el del farmacéutico, quien despachó varias veces un medicamento que causó el envenenamiento del paciente, en base a una receta que sólo lo prescribía una vez, pero se comprobó luego que el médico habría renovado la prescripción de habérselo solicitado el paciente.

En el plano de la causalidad no puede imputarse a una conducta imprudente un resultado que se habría producido exactamente igual, aunque se hubiera eliminado la imprudencia de la conducta. En tal caso podría decirse que la imprudencia no constituye una característica de la conducta que resulta relevante en cuanto a su causalidad respecto del resultado.

¿Qué ocurre si no se sabe con seguridad si el resultado constituyó la realización del riesgo típico o, por el contrario, se debió a otro factor imprevisible? El principio *in dubio pro reo* debe conducir en este caso a la impunidad, en cuanto no está probado que se ha realizado el tipo imprudente, que requiere causar un resultado por la imprudencia de la conducta.

7. Negligencia del paciente

Algunas veces es el paciente quien, por su propia negligencia o imprudencia, provoca su lesión o muerte. En principio, cuando esto sucede, no existe responsabilidad para nadie,

pues no hay acción jurídica alguna que haya que investigar. Sin embargo, existen casos en que los pacientes se causan lesiones por no haber sido informados oportunamente de las medidas que han de guardar antes y después de la intervención del médico. En estas ocasiones sí es posible deducir la responsabilidad jurídica de los médicos por la falta de información, como sucede con el siguiente incidente que atendió la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal:³⁰

El 16 de abril de 2004 el señor Medina acudió a terapia de manos, consistente en rayos ultravioleta, para que con este tratamiento recuperara la sensibilidad en ellas. El médico que prescribió el tratamiento no indicó al terapeuta el tiempo que el foco de rayos debía aplicarse al paciente, además el terapeuta no inmovilizó las manos del señor Medina, y éste, debido a la insensibilidad, las colocó pegadas al foco, lo cual ocasionó que se le quemaran, produciéndole “en ambas extremidades escaras en dorso de mano, necrosis completa del tercer dedo de la mano derecha, imposibilidad de flexión y extensión de falanges, limitación de muñeca para extensión –mano péndula– llenado capilar disminuido, sensibilidad ausente en dorso de mano, únicamente movimiento de aducción de pulgar”.

El director del hospital Rubén Leñero, en defensa del médico y del terapeuta, dijo que se le había indicado al paciente que colocara las manos sobre las rodillas, pero éste desobedeció y las pegó al foco. Sin embargo se acreditó que al señor Medina no le inmovilizaron las manos para que evitara pegarlas al foco. Se consideró que el hospital no procedió conforme a los derechos de diagnóstico y tratamiento informados, y que las graves quemaduras que sufrió en las manos el paciente son el resultado de la falta de control sobre la técnica aplicada.

8. Penalización por falta de consentimiento en la fertilización asistida

Existen dos supuestos: el primero se trata de inseminación artificial, es decir, intentar o lograr que el esperma se deposite en la mujer utilizando técnicas que reemplazan la

cópula, ya sea en el útero o en las trompas de Falopio. En estos dos supuestos el CPDF impone penas de tres a siete años y de cinco a catorce si resulta un embarazo:

Art. 149. A quien disponga de óvulos o espermatozoides para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de 50 a 500 días multa.

Art. 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de 18 años o aun con el consentimiento de una menor de edad, o de una incapaz para comprender el significado del hecho, o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.

En el segundo supuesto, la inseminación artificial se realiza al implantar a una mujer un óvulo fecundado, no suyo, con espermatozoides del autor o de un donante. En este caso se impondrá, según el CPDF de cuatro a siete años y de cinco a catorce años de prisión si resulta un embarazo. La Ley General de Salud no distingue este supuesto de inseminación artificial a través de un óvulo fecundado.

Art. 151. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quién implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o espermatozoides de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo.

Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.

Art. 152. Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.

Art. 153. Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querrela.

La Ley General de Salud impone las siguientes sanciones:

Art. 465. Al profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud y, en general, a toda persona relacionada con la práctica médica que realice actos de investigación clínica en seres humanos, sin sujetarse a lo previsto en el título quinto de esta ley, se le impondrá prisión de uno a ocho años, suspensión en el ejercicio profesional de uno a tres años y multa por el equivalente de cien a dos mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

Si la conducta se lleva a cabo con menores, incapaces, ancianos, sujetos privados de la libertad o, en general, con personas que por cualquier circunstancia no pudieran resistirse, la pena que fija el párrafo anterior se aumentará hasta en un tanto más.

Art. 466. Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

De estos supuestos surgen dos problemas, el primero, saber cuál legislación aplicar, si la local o la federal, y el segundo, cuál pena aplicar. Por lo general al resolver el primer problema ya no se plantea el segundo. Veamos: si la inseminación artificial se realizó a través de instituciones públicas que se rigen bajo las normas de servicios médicos federales, la legislación será la federal, en este caso, en atención al principio de especialidad se aplicaría la Ley General de Salud y sus sanciones. En cambio, si la inseminación artificial se logró en base a los servicios médicos de instituciones privadas se registrarán por las legislaciones locales, es decir, por el CPDF.

En cuanto al segundo problema, en el caso que se llegare a plantear cuál pena aplicar, casi todos los códigos penales de México tienen disposiciones como la que prevé el artículo 56 del CPF, que señala:

Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculcado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la

sanción, aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma.

9. Marco Normativo

a) Definición legal de delitos culposos o imprudentes y de omisión

Código Penal Federal:

Art. 7. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

Art. 9, segundo párrafo. Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Código Penal para el Distrito Federal:

Art. 15. (Principio de acto). El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión.

Art. 16. (Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

- I. Es garante del bien jurídico;
- II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y

III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

a) Aceptó efectivamente su custodia;

b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;

c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o

d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.

Art. 18. (Dolo y culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

Art. 77. (Clasificación de la gravedad de la culpa e individualización de la sanción para el delito culposo). La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del Juez, quien deberá considerar las circunstancias generales señaladas en el artículo 72 de este Código y las especiales siguientes:

I. La mayor o menor posibilidad de prever y evitar el daño que resultó;

II. El deber de cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que la actividad o el oficio que desempeñe le impongan;

III. Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;

IV. Si tuvo tiempo para desplegar el cuidado necesario para no producir o evitar el daño que se produjo; y

V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de transporte y, en general, por conductores de vehículos.

b) Responsabilidad profesional del médico

Código Penal Federal:

TÍTULO DÉCIMO SEGUNDO. Responsabilidad profesional

CAPÍTULO I. Disposiciones generales

Art. 228. Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:

I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y

II. Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.

Art. 229. El artículo anterior se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente.

Art. 230. Se impondrá prisión de tres meses a dos años, hasta cien días multas y suspensión de tres meses a un año a juicio del juzgador, a los directores, encargados o administradores de cualquier centro de salud, cuando incurran en alguno de los casos siguientes:

I. Impedir la salida de un paciente, cuando éste o sus familiares lo soliciten, aduciendo adeudos de cualquier índole;

II. Retener sin necesidad a un recién nacido, por los motivos a que se refiere la parte final de la fracción anterior;

III. Retardar o negar por cualquier motivo la entrega de un cadáver, excepto cuando se requiera orden de autoridad competente.

La misma sanción se impondrá a los encargados o administradores de agencias funerarias que retarden o nieguen indebidamente la entrega de un cadáver, e igualmente

a los encargados, empleados o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta sustituyan la medicina, específicamente recetada por otra que cause (*sic*) daño o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el cual se prescribió.

Código Penal del Distrito Federal:

TÍTULO VIGÉSIMO SEGUNDO. Delitos cometidos en el ejercicio de la profesión

CAPÍTULO I. Responsabilidad profesional y técnica

Art. 322. Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en las normas sobre ejercicio profesional. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, se les impondrá suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reiteración y estarán obligados a la reparación del daño por sus propios actos y los de sus auxiliares, cuando éstos actúen de acuerdo con las instrucciones de aquellos.

Ley General de Salud:

Art. 469. Al profesional, técnico o auxiliar de la atención médica que sin causa justificada se niegue a prestar asistencia a una persona, en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro su vida, se le impondrá de seis meses a cinco años de prisión y multa de cinco a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate y suspensión para ejercer la profesión hasta por dos años.

Si se produjere daño por la falta de intervención, podrá imponerse, además, suspensión definitiva para el ejercicio profesional, a juicio de la autoridad judicial.

Art. 470. Siempre que en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo, participe un servidor público que preste sus servicios en establecimientos de salud de cualquier dependencia o entidad pública y actúe en ejercicio o con motivo de sus funciones, además de las penas a que se haga acreedor

por dicha comisión y sin perjuicio de lo dispuesto en otras leyes, se le destituirá del cargo, empleo o comisión y se le inhabilitará para ocupar otro similar hasta por un tanto igual a la pena de prisión impuesta, a juicio de la autoridad judicial. En caso de reincidencia la inhabilitación podrá ser definitiva.

Art 471. Las penas previstas en este capítulo se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito.

c) Aplicación de la punibilidad para los delitos culposos

Código Penal Federal:

Aplicación de sanciones a los delitos culposos

Art. 60. En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

Las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 Bis, 289, parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397, 399, 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado, 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 Bis, fracciones I, II y IV de este Código.

Cuando a consecuencia de actos u omisiones culposos, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualesquiera otros transportes de servicio público federal o local, se caucen (*sic*) homicidios de dos o más personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza. Igual pena se impondrá cuando se trate de transporte de servicio escolar.

La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes:

- I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;
- II. El deber del cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan;
- III. Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;
- IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios, y
- V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos.

VI. (DEROGADA, DOF 10 DE ENERO DE 1994)

Art. 61. En los casos a que se refiere la primera parte del primer párrafo del artículo anterior se exceptúa la reparación del daño. Siempre que al delito doloso corresponda sanción alternativa que incluya una pena no privativa de libertad aprovechará esa situación al responsable de delito culposo.

Art. 62. Cuando por culpa se ocasione un daño en propiedad ajena que no sea mayor del equivalente a cien veces el salario mínimo se sancionará con multa hasta por el valor del daño causado, más la reparación de ésta. La misma sanción se aplicará cuando el delito culposo se ocasione con motivo del tránsito de vehículos cualquiera que sea el valor del daño.

Cuando por culpa y por motivo del tránsito de vehículos se causen lesiones, cualquiera que sea su naturaleza, sólo se procederá a petición del ofendido o de su legítimo representante, siempre que el conductor no se hubiese encontrado en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquiera otra sustancia que produzca efectos similares y no se haya dejado abandonada a la víctima.

Código Penal del Distrito Federal:

Art. 76. (Punibilidad del delito culposo). En los casos de delitos culposos, se impondrá la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica o un tratamiento diverso regulado por ordenamiento legal distinto a este Código. Además se impondrá, en su caso, suspensión o privación definitiva de derechos

para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso, por un término igual a la pena de prisión impuesta.

Siempre que al delito doloso corresponda sanción alternativa que incluya una pena no privativa de libertad, aprovechará esta situación al responsable del delito culposo.

Sólo se sancionarán como delitos culposos los siguientes: Homicidio, a que se refiere el artículo 123; Lesiones, a que se refiere el artículo 130 fracciones II a VII; Aborto, a que se refiere la primera parte del párrafo segundo del artículo 145; Lesiones por Contagio, a que se refiere el artículo 159; Daños, a que se refiere el artículo 239; Ejercicio Ilegal del Servicio Público, a que se refieren las fracciones III y IV del artículo 259, en las hipótesis siguientes: destruir, alterar o inutilizar información o documentación bajo su custodia o a la cual tenga acceso; propicie daños, pérdida o sustracción en los supuestos de la fracción IV del artículo 259; Evasión de Presos, a que se refieren los artículos 304, 305, 306 fracción II y 309 segundo párrafo; Suministro de Medicinas Nocivas o Inapropiadas a que se refieren los artículos 328 y 329; Ataques a las Vías y a los Medios de Comunicación a que se refieren los artículos 330, 331 y 332; Delitos contra el Ambiente, a que se refieren los artículos 345 y 346; y los demás casos contemplados específicamente en el presente Código y otras disposiciones legales.

Art.77. (Clasificación de la gravedad de la culpa e individualización de la sanción para el delito culposo). La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del Juez, quien deberá considerar las circunstancias generales señaladas en el artículo 72 de este Código y las especiales siguientes:

- I. La mayor o menor posibilidad de prever y evitar el daño que resultó;
- II. El deber de cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que la actividad o el oficio que desempeñe le impongan;
- III. Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;
- IV. Si tuvo tiempo para desplegar el cuidado necesario para no producir o evitar el daño que se produjo; y
- V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de transporte y, en general, por conductores de vehículos.

Referencias

¹Este juramento fue adoptado por la segunda Asamblea General de la Asociación Médica Mundial (AMM) en Ginebra, Suiza, en septiembre de 1948 y enmendada por la 22ª Asamblea Médica Mundial que se celebró en Sidney, Australia, en agosto de 1986 y la 35ª Asamblea Médica Mundial que se celebró en Venecia, Italia, en octubre de 1983 y la 46ª Asamblea General de la AMM que se celebró en Estocolmo, Suecia, en septiembre de 1994 y revisada en su redacción por la 170ª Sesión del Concejo, Divonne-Les-Bains, Francia, mayo 2005, y por la 173ª Sesión del Concejo Divonne-Les-Bains, Francia, mayo 2006.

En el momento de ser admitido como miembro de la profesión médica deberá el médico declarar:

PROMETO SOLEMNEMENTE consagrar mi vida al servicio de la humanidad;

OTORGAR a mis maestros el respeto y la gratitud que merecen;

EJERCER mi profesión a conciencia y dignamente;

VELAR ante todo por la salud de mi paciente;

GUARDAR Y RESPETAR los secretos confiados a mí, incluso después del fallecimiento del paciente;

MANTENER, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica;

CONSIDERAR como hermanos y hermanas a mis colegas;

NO PERMITIRÉ que consideraciones de edad, enfermedad o incapacidad, credo, origen étnico, sexo, nacionalidad, afiliación política, raza, orientación sexual, clase social o cualquier otro factor se interpongan entre mis deberes y mi paciente;

VELAR con el máximo respeto por la vida humana;

NO EMPLEAR mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas, incluso bajo amenaza;

HAGO ESTAS PROMESAS solemne y libremente, bajo mi palabra de honor.

² Ni tampoco son informados de la responsabilidad jurídica, penal o civil, en la que pueden incurrir cuando su actuación puede derivar en negligencia que produce una lesión o la muerte no querida.

³ Al final de este texto se reproducen los artículos de la legislación que regula la responsabilidad penal de los médicos.

⁴ Esta premisa parte de su Juramento Hipocrático.

⁵ Art. 18 del Código Penal del Distrito Federal (CPDF) y 9 segundo párrafo del Código Penal Federal (CPF).

⁶ Esto no significa que sean los propios médicos quienes hayan de juzgar a quien obró imprudente o negligentemente. La decisión le corresponde sólo a los jueces, quienes pueden y deben recibir las opiniones (dictámenes) de los expertos para formar su decisión final. De lo contrario, habría que pasarle a los médicos la toga de la justicia, lo que de ningún modo es admisible.

⁷ El CPF y los 31 Códigos de las Entidades Federativas. Aquí sólo me referiré al CPF y al CPDF.

⁸ Al hablarse de culpa o delito culposo la doctrina penal se refiere a la imprudencia o delitos imprudenciales. La imprudencia o culpa no es una forma atenuada del dolo, sino que es una conducta totalmente distinta a ésta.

⁹ Art. 9, segundo párrafo del CPF.

¹⁰ Otras situaciones de la conciencia del peligro de la que está consciente el médico, se da cuando sabe que el material quirúrgico no está plenamente desinfectado, o bien no tiene la certeza de que está desinfectado. En ambos casos está consciente de que está actuando faltando a un deber de cuidado, el cual consiste, en el primer caso, en no utilizar material no desinfectado y, en el segundo, en no cerciorarse de que el material esté desinfectado.

¹¹ El dolo consiste. Art. 9 segundo párrafo del CPF: “Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización eventual”.

El dolo eventual y la culpa consciente tienen la misma estructura. En ambos se reconoce la posibilidad de que el resultado se produzca. Su diferencia radica en que si éste se produce, y es aceptado, hay dolo eventual, pero si en cambio no se acepta, sino que siempre se confió en que no se produciría el resultado, habrá solamente culpa consciente. Siempre que se quiera o se acepte el resultado, habrá dolo eventual.

¹² La doctrina penal las califica en imprudencias graves y leves.

¹³ La doctrina penal distingue entre el desvalor de acción y el desvalor del resultado. Es cierto que en medicina el resultado producido, lesión grave o muerte, determina el desvalor del injusto, pero esto da lugar a que, sin estar justificado, el resultado califique la gravedad de la conducta.

¹⁴ Art. 77 del CPDF y 60 último párrafo del CPF.

¹⁵ Estos son los ejemplos que impactan para que el legislador se decida cuanto antes a tener una sola legislación, y no una federal y 31 legislaciones estatales.

¹⁶ Para determinar la pena, el juez penal se rige por lo dispuesto por el valor del injusto y de la culpabilidad, atendiendo a lo dispuesto por los artículos 51 y 52 del CPF y 72 y 77 del CPDF. El artículo 77, a diferencia del CPF, sí establece factores especiales para determinar el grado de gravedad de la imprudencia. Véase su transcripción al final. Ver *supra* nota 30, donde se hace la crítica a la punibilidad de los delitos imprudentes referida a los delitos dolosos.

¹⁷ La doctrina penal considera que un tipo abierto, es aquél en el cual la ley no especifica con exactitud y precisión la materia de prohibición, es decir, lo que está concretamente prohibido, sino que esta concreción de lo prohibido deberá ser precisada con la interpretación del juez en cada caso, atendiendo a la imprecisión de la misma ley. Es el

Juez quien, finalmente, termina haciendo la ley, sin que esto implique arbitrariedad, o violación al principio de legalidad. Sino, simplemente que termina el proceso de completar analógicamente (distinto a la integración analógica de la ley) el sentido de la prohibición de la norma. La ley es decidida y escrita por el legislador, intentando hacerla del modo más claro y exacto posible. Sin embargo, no puede siempre redactar casuísticamente todo lo que desea prohibir, y por ello recurre a la técnica de utilizar conceptos abiertos, comunes o generales, a los cuales tiene que vincularse el juez del modo más fuerte posible. En la ley no se pueden incorporar con detalle todos los supuestos que se desean prohibir, y es por esto que esta técnica de los tipos penales abiertos emplea conceptos comunes o generales o abiertos, a través de los cuales el Juez tiene que especificar las características de lo que la norma desea prohibir y establecer así cuál es la conducta prohibida, sin desvincularse de la ley, ni hacer valoraciones personales. El Juez tiene que vincularse a la existencia de valores ético-sociales generales para determinar en qué consistió el injusto realizado. Esto no significa que se vaya en contra del principio de taxatividad que el principio de exacta aplicación de la ley que el artículo 14 constitucional refiere, sino que es una técnica a la cual el legislador tiene que acudir constantemente para abarcar los supuestos que desea prohibir con la ley.

¹⁸ Así lo señaló Armin Kaufmann, en *Das fahrlässige Delikt in ZfRV, 1964 Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid, Marcial Pons, 2006.

¹⁹ No es clara la diferencia entre técnicas y tecnologías; pueden significar lo mismo. Sí, en cambio, se puede hablar de la complejidad de la técnica o de la tecnología. En medicina hay técnicas muy complejas y sofisticadas que dependen de la habilidad, capacitación y experiencia de quien las realiza; en ocasiones son electrónicas y muchas de ellas manuales.

²⁰ Un procedimiento médico, como todo procedimiento, es el modo de ejecutar determinadas acciones que suelen realizarse de la misma forma, con una serie común de pasos claramente definidos.

²¹ La historia clínica es el documento legal válido que refleja la historia de salud del paciente, así como los datos clínicos que tienen relación con la situación del mismo, su proceso evolutivo, tratamiento y recuperación. No se limita a ser una narración o exposición de hechos simplemente, sino que incluye juicios, documentos, procedimientos, informaciones y consentimiento del paciente; es un documento que se va haciendo en el tiempo, documentando fundamentalmente la relación médico-paciente.

²² El concepto de homúnculo (del latín *homunculus*, 'hombrecillo') se usa frecuentemente para ilustrar el funcionamiento de un sistema.

²³ En la culpabilidad se valora el deber subjetivo de cuidado, que es el deber de cuidado individual según su capacidad personal y no conforme a la exigible de forma general.

²⁴ Así lo señaló Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*,. 17ª ed., Madrid, Dykinson, 1994, p. 454.

²⁵ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal Parte general*, p. 268.

²⁶ Los códigos penales, por el sólo hecho de realizar estas acciones peligrosas sin la preparación técnica exigida, imponen, además de la pena de prisión a los responsables profesionales, penas de inhabilitación o suspensión para ejercer la profesión. (El CPF en el artículo 228 – I impone suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia), y el CPDF en el artículo 332 impone suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reiteración y estarán obligados a la reparación del daño por sus propios actos y los de sus auxiliares, cuando éstos actúen de acuerdo con las instrucciones de aquellos.

²⁷ Así lo señaló Mir Puig, op. Cit. p. 280, quien se pregunta: "¿porqué ha de depender el injusto de la imprudencia de la circunstancia, a menudo fortuita, de que tal infracción cause un resultado? Tan importante es la acción de quien pasa a gran velocidad con semáforo rojo en cruce concurrido si causa un resultado, como si tiene la suerte de no causarlo... Por ello", continúa Mir, "tal dirección llevó a Welzel a reservar al resultado la

sola función de conceder relevancia jurídico-penal a la infracción de la norma de cuidado, cuya gravedad no aumentaría ni disminuiría con la presencia o ausencia del resultado”.

²⁸ Arriba vimos la cantidad de pena que corresponde al delito imprudente en el caso que se produzca la muerte.

²⁹ Art. 292. Se impondrán de cinco a ocho años de prisión al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna o de un pie, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre, cualquiera función orgánica o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible.

Se impondrán de seis a diez años de prisión, al que infiera una lesión a consecuencia de la cual resulte incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales.

³⁰ Quizás valdría la pena adoptar un criterio diferente para aplicar la punibilidad de los delitos culposos, y que tuvieran una penalidad autónoma, como sucede con los delitos de homicidio y de lesiones imprudentes como lo hace el Código Penal alemán, en su párrafo que impone una determinada pena sin vincularla al delito doloso básico. Véanse los párrafos 222 y 229:

222. Homicidio culposo. Quien cause la muerte de una persona por imprudencia, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

229. Lesión corporal culposa. Quien por imprudencia cause la lesión corporal de otra persona, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

³¹ La fórmula heurística (el arte y la ciencia del descubrimiento y de la invención o de resolver problemas) sería la siguiente: si suprimimos mentalmente la acción del médico y con ello, hipotéticamente se suprime la lesión o la muerte del paciente, se afirma la causalidad de la acción imprudente del médico con el resultado. Esto es lo que postula la teoría de la condición, o de la equivalencia de las condiciones, que fue formulada por Julius Glaser y adoptada desde 1873 por el Tribunal Supremo alemán del Reich von Buri,

según la cual “es causa de un resultado toda condición de la cual ha dependido su producción, con independencia de su mayor o menor proximidad o importancia”. Para saber cuándo una conducta ha sido condición del resultado se acude a la fórmula heurística de la *condicio sine qua non*, consistente en que una conducta ha condicionado causalmente un resultado, cuando suprimiendo mentalmente aquella conducta, desaparecería también el resultado, condición sin la cual no se habría producido el resultado. Así lo señaló Mir Puig, pp. 218 y 219.

³² La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) emitió las recomendaciones 2/2005 y 3/2005 a la Secretaría de Salud del Distrito Federal (SS) por la negligencia médica cometida en agravio de dos pacientes: uno de ellos sufrió la pérdida de cuatro dedos de las manos después de ser atendido en el Hospital Rubén Leñero.

Procreación asistida y Medicina regenerativa

*Dr. Gerardo Barroso Villa **

Procreación asistida: realidad actual en México

Tres décadas han pasado desde el nacimiento del primer “bebé de probeta” ocurrido a nivel mundial. Louise Brown es el primer recién nacido a consecuencia de una procreación *in vitro* exitosa, ocurrida en julio de 1978, lo que abrió una nueva perspectiva en materia de salud reproductiva para dar solución puntual a los problemas relacionados con la infertilidad. Al día de hoy, más de tres millones de nacimientos han sido producto de esas técnicas y anualmente se realizan 600 mil ciclos de procreación *in vitro* (FIV) al año en el mundo.

La infertilidad es definida como la incapacidad para lograr un embarazo después de un año de búsqueda intencionada sin el uso de algún método anticonceptivo. La Organización Mundial de la Salud señala a la infertilidad como una enfermedad creciente en salud reproductiva y sostiene que más del 90% de los casos que se presentan, existe solución con la aplicación de la tecnología reproductiva actual.

* Subdirector de Medicina Reproductiva, Instituto Nacional de Perinatología, SSA.

La infertilidad es un problema de salud pública que afecta a 80 millones de individuos en el mundo. En México, cifras presentadas por el Consejo Nacional de Población indican que el 17% de los y las mexicanas en edad reproductiva cursa con algún trastorno reproductivo relacionado a la infertilidad, lo que sustenta la creciente demanda en servicios de salud para estos problemas, que no están contemplados en los programas de salud actuales.

En las últimas décadas se ha evidenciado una disminución progresiva en la capacidad reproductiva tanto en hombres como mujeres, que puede ser resultado de estilos de vida, agentes mutágenos y teratógenos en la alimentación, el estrés cotidiano, el consumo de tabaco, las infecciones de transmisión sexual, así como la exposición a procedimientos quirúrgicos en órganos reproductivos todos estos factores que han contribuido a esta problemática.

Avances recientes en la fisiología humana han demostrado un papel fundamental del factor masculino en la problemática reproductiva, evidenciando que el 50% o más de las causas de infertilidad son debidas a éste en forma aislada o en asociación con algún trastorno reproductivo en la mujer.

Desafortunadamente, para finales del siglo XX, el conocimiento en materia reproductiva no sólo era poco entendido, sino que se le rodeaba de creencias y mitos que, más que dar una solución objetiva a los problemas de infertilidad, ponían en riesgo la salud integral de hombres y mujeres. Esto contribuyó a generar una situación de desesperanza para las parejas y una estigmatización social por la incapacidad para lograr un embarazo. El costo moral, psicológico, físico y económico de la infertilidad se convirtió en la tónica, acompañada de un total desconocimiento en la materia y del uso de herramientas diagnósticas y tecnológicas en extremo limitadas para su tiempo.

El derecho a la libre decisión reproductiva se traduce en el hecho de que las decisiones que las personas adopten no pueden ni deben ser condicionadas, bajo ninguna circunstancia, por acciones del gobierno; por el contrario, las políticas en materia de salud reproductiva deben ser absolutamente respetuosas de la libertad y la dignidad de las personas.

Además, la libre decisión reproductiva no implica exclusivamente la garantía de acceso a esquemas anticonceptivos, tema en el cual nuestro país ha avanzado

sustancialmente, sino que también comprende la obligación para el Estado de promover lo conducente para que los individuos tengan disponibles los mecanismos para ejercer su derecho a la procreación, lo que incluye a la reproducción asistida.

La reproducción humana asistida ha sido materia de legislación en otros países, entre los cuales destacan Inglaterra, Francia, Estados Unidos y España. Las leyes emitidas en esas naciones coinciden en un objetivo: garantizar el derecho de las personas de procrear y regular prácticas que, tal y como sucede hoy en México, antes se llevaban a cabo sin la suficiente vigilancia y protección de sus gobiernos.

Los progresos de la biología y la medicina en torno a reproducción humana asistida, ponen de manifiesto la necesidad de regular esta materia, a fin de asegurar en todo momento el respeto a los derechos humanos y reproductivos.

En nuestro país, y ante el incremento del número de mujeres y hombres que se ven afectados por la infertilidad, se ha convertido en una imperiosa necesidad el que el Estado Mexicano brinde certeza para que los individuos que acuden a estas técnicas de reproducción asistida cuenten con seguridad jurídica, obligando a los hospitales, clínicas y establecimientos de salud en los que se llevan a cabo estas prácticas, a que cumplan con las especificaciones y requerimientos necesarios, debidamente definidos en el marco jurídico, que permitan garantizar que los servicios que se presten sean de calidad y se obtengan los mejores resultados posibles.

Es imperativo legislar en materia de reproducción asistida atendiendo a los avances de la ciencia, ya que la omisión de regulación específica impide el pleno ejercicio de los derechos constitucionales a la libertad reproductiva y a la protección de la salud que tienen todos los hombres y las mujeres de nuestro país.

En ese sentido, y ante la ausencia de regulación específica en la materia, la presente iniciativa busca legislar sobre los aspectos fundamentales de la reproducción humana asistida y brindar seguridad jurídica tanto a quienes necesitan auxiliarse de la misma para procrear, como a quienes los asisten para lograr este objetivo.

Medicina Regenerativa: Estado Actual

En los albores del nuevo milenio, el avance científico y tecnológico en materia de salud ha permitido definir nuevas estrategias terapéuticas para dar solución puntual a las enfermedades crónico-degenerativas, buscando un equilibrio en el concepto de salud-enfermedad. En estos tiempos contemporáneos hemos observado un incremento notable en la prevalencia de enfermedades endémicas, lo que han repercutido en los ámbitos sociales, económicos y, desde luego, de salud en la población mundial. Los avances en las ciencias médicas y la institucionalización de los servicios de salud pública han logrado incrementar la esperanza de vida al nacimiento.

Este importante logro se acompaña de problemas emergentes en salud con un alto predominio de enfermedades sistémicas y degenerativas, algunas de ellas vinculadas con hábitos alimentarios y estilos de vida contemporáneos. La Diabetes Mellitus (DM), el Síndrome Metabólico (SM) y la enfermedad Hipertensiva, constituyen en la actualidad, algunas de las primeras causas de muerte de nuestra población. Entre las enfermedades degenerativas destacan las neoplasias malignas y las demencias seniles, particularmente la enfermedad de Alzheimer. Estos nuevos retos en materia de salud pública demandan el desarrollo de nuevos métodos de detección temprana (tamizaje), diagnósticos oportunos y, muy importantemente, nuevas estrategias terapéuticas. Estudios recientes sugieren fuertemente que muchas de estas alteraciones metabólicas y degenerativas tienen su inicio durante la vida intrauterina, por lo que la programación fetal se constituye en el origen de la salud y de la enfermedad durante la vida adulta.

Esta inversión en el binomio de la enfermedad y la salud es el reflejo de lo que la medicina contemporánea ha logrado, con un incremento exponencial en las expectativas de vida –tanto en el hombre como en la mujer– lo que ha llevado a una redistribución y envejecimiento de ciertos segmentos de la población, en donde la demanda de atención se ha incrementado y donde, desafortunadamente, no siempre es factible su pronta atención. El día de hoy la globalización de los medios de comunicación y su difusión ha permitido extender programas informativos y de orientación para la detección oportuna de la mayoría de estos padecimientos. Por otro lado, el desarrollo en el campo de la

biotecnología y la ingeniería genética han dado, sin lugar a duda, una percepción terapéutica temprana para la resolución de estas enfermedades. Aun así, insuficiente el suministro y la ampliación de estos programas en donde en la mayoría de las ocasiones la capacidad institucional es rebasada.

Bajo estas circunstancias, se hace necesario evaluar y la condición epidemiológica de estas enfermedades y definir su impacto en el entorno mundial. La enfermedad hipertensiva afecta alrededor de 1,000 millones de habitantes en el mundo, de los cuales 50 millones de éstos se ubican específicamente en los Estados Unidos de América. En México, se calcula que cerca del 30% de la población –15 millones de habitantes– cursa con la enfermedad y sus complicaciones, siendo considerada como la novena causa de muerte en nuestro país.

Una de las enfermedades que ha tenido una expresión emergente y aumentada en las últimas décadas y que además se relaciona con el concepto psico-social es la enfermedad de Alzheimer, en la que la percepción de bienestar del individuo alrededor de su entorno se va perdiendo en forma gradual y progresiva. La prevalencia de esta enfermedad en los Estados Unidos es de 4.5 millones y se calcula que ésta se incrementará hasta 11.3 millones de afectados para el año 2050. Aunque en México no hay cifras exactas de la enfermedad de Alzheimer, su presencia en las instituciones de salud es cada vez más frecuente.

Una de las enfermedades que más ha impactado en la población mundial no solo por su condición *sine qua non*, sino por las complicaciones que ésta la acompañan es la Diabetes Mellitus (DM). Se ha estimado que alrededor de 20 millones de individuos en la unión americana padecen esta enfermedad, lo que corresponde a una prevalencia del 9.3% de la población total en ese país⁶.

Esta enfermedad se presenta por igual en hombres, mujeres y niños, con una variable muy característica en el embarazo; la Diabetes del embarazo o Gestacional (DG) se ha convertido en un serio problema relacionado con un alto índice de mortalidad materna y fetal, con una frecuencia alarmantemente elevada en la población mexicana. En México existe un aumento en la prevalencia tanto de DM como DG, por lo que uno de

cada 400 a 600 niños o adolescentes cursará con DM tipo 1 a lo largo de su vida. Se ha estimado que la mortalidad por DM es mayor que la suma de las defunciones causadas por cáncer de mama y HIV juntos.

La terapia en materia de trasplantes en cualquiera de sus variantes –autólogo, singénico, alogénico, entre otros más–, ha ofrecido una extensión en la expectativa de vida para aquellos individuos que tienen acceso a este tipo de tratamiento. Desde su inicio en la década de los 50's, ha existido una remarcada evidencia de la eficiencia de esta terapia. Sin embargo, este tipo de procedimiento requiere del uso de diversos agentes inmunosupresores; el uso de estos fármacos condiciona diversos grados de toxicidad. La expresión en la toxicidad dependerá de diversos factores, entre los que se incluyen: i) dosis, ii) combinación con otros agentes y iii) tiempo de la terapia, que, en la mayoría de los casos, si no es que en todos es de por vida. Por otra parte, este tipo de tratamientos es condicionante para la aparición de procesos infecciosos (locales y sistémicos), así como neoplásicos. Aproximadamente, el 30% de los pacientes que se encuentran con terapia inmunosupresora desarrollarán algún tipo de neoplasia después de diez años, y esto se incrementará hasta un 30% después de 20 años de su administración –excluyendo a los pacientes con cáncer de piel no melanósico. Además, el daño a largo plazo también será determinante en la función hepática y renal.

Hoy más que nunca, la terapia en materia de Medicina Regenerativa permitirá sobreponernos a estos obstáculos que, hasta ahora, son la única herramienta en el tratamiento de estas enfermedades degenerativas, pero que en un futuro mediato habrán servido de antesala de esta nueva forma de hacer medicina.

Biología del Desarrollo, Técnicas de Asistencia Reproductiva y Medicina Regenerativa.

Los avances en biología del desarrollo y diferenciación celular realizados en especies inferiores con reproducción sexual y asexual fueron el inicio de amplias líneas de investigación que han permitido un mejor entendimiento de la biología humana. A partir de estos hallazgos, se identificaron a las células madres o troncales, las cuales pueden ser totipotenciales –capaces de dar origen a un organismo–, pluripotenciales –capaces de

diferenciarse en diversos linajes celulares— o multipotenciales—refiriéndose a la especialización de diversos tejidos en forma específica, tal como células osteoblásticas, nerviosas, y mielinizantes, entre otras.

Este tipo de células —base de la medicina regenerativa— pueden obtenerse a partir de células hematopoyéticas derivadas del cordón umbilical, de células somáticas del adulto, de células de primates-no humanos y, muy importantemente, a partir de células embrionarias. El descubrimiento de la diferenciación de estas células troncales hacia líneas celulares específicas, abrió nuevas alternativas, que en conjunto con técnicas de ingeniería tisular, permitirán el abordaje terapéutico de un número importante de enfermedades crónico-degenerativas.

Las técnicas en Reproducción Asistida, han ofrecido un entendimiento más claro de los fenómenos esenciales en la capacidad evolutiva y de diferenciación a partir de expresiones genéticas —pre-establecidas— y epigenéticas —en su entorno— para la formación de un organismo vivo. A partir de ello, es posible integrar condiciones generales y metabólicas alrededor del desarrollo embrionario pre-implantatorio que nos permitan obtener células con un alto grado de diferenciación que pudieran conservarse en cultivos específicos.

Los procesos derivados de la tecnología reproductiva de alto impacto como es la fertilización *in vitro*, han sido la base para la obtención de células madres embrionarias cuando la transferencia nuclear de una célula somática es llevada a cabo, lo que elimina la posibilidad del rechazo inmunológico. Sin embargo, múltiples problemas técnicos han sido expuestos a través del tiempo: i) procesos de diferenciación y señalización celular; ii) la manutención y crecimiento celular en medios de cultivo adecuados y, finalmente, iii) la percepción de que las células germinales obtenidas para este fin provienen de mujeres con cierto grado de disfunción en la fertilidad.

Uno de los grandes dilemas en la ética médica es la posibilidad de transferir óvulos fertilizados a la cavidad uterina con el objetivo de obtener un sujeto genéticamente igual, lo cual hemos denominado como clonación reproductiva y que bajo cierto contexto sería inaceptable —tema que no compete a esta discusión—. Sin embargo, el

conocimiento de la biotecnología actual ha introducido nuevas herramientas intervencionistas para evitar la clonación reproductiva mediante la introducción de genes supresores (*CDX-2*) que han logrado bloquear la capacidad implantatoria de las células en división temprana o etapas más avanzadas –blastocisto–, permitiendo que su única ruta sea la formación de una estirpe celular diferenciada.

Por lo anterior, podemos evidenciar un puente de entendimiento más preciso desde los procesos biológicos más básicos hasta la capacidad de diferenciación del blastocisto, antes de su conjunción a linajes celulares más específicos. El conocimiento más exacto de estos procesos nos permitirá llegar a la conceptualización de la medicina regenerativa, que no es otra cosa que una clonación terapéutica dirigida.

Conclusiones

La procreación asistida es una realidad en el área de la salud reproductiva y que el día de hoy tiene una aplicación terapéutica y asistencial con una alta demanda para su aplicación. Sin embargo, existen controversias en la aplicación de cada unas de estas técnicas y no sólo eso en aquellas relacionadas a la salud materna y fetal como la probabilidad de embarazo múltiple o complicaciones relacionadas a la administración exógena de medicamentos para exacerbar el proceso ovulatorio, sino también procesos como la crio-conservación de gametos –con la eventual creación de bancos para su distribución–, el uso de óvulos fertilizados y la consecución para su destino final, así como la aplicación de técnicas relacionadas al diagnóstico preimplantacional de enfermedades genéticas y cromosómicas y su aplicación social –selección de sexo–, y también en todo aquello implícito en lo que corresponde a parejas heterosexuales, a aquellas que no lo son, mujeres solteras, así como los aspectos vinculados a maternidad subrogada. Todo esto requiere de una evaluación minuciosa y de establecer una normatividad legislativa que el día de hoy es inexistente.

Por otro lado, la Medicina Regenerativa es una realidad en el momento actual que ofrece amplias perspectivas en el tratamiento de algunas enfermedades crónicas y degenerativas. Nuestro país no debe quedar al margen de la investigación científica en este campo. Se debe ser prudente en nuestro actuar, definiendo el marco bioético y la

ética médica, e ir a la búsqueda de las mejores opciones, basadas en evidencias científicas. Múltiples han sido los cuestionamientos que a este respecto se han hecho, la base de una medicina científica laica nos aportará los elementos necesarios en la aplicación de esta nueva tecnología, que no tendrá otro fin que el de buscar una solución adecuada a los problemas de salud social a los cuales nos enfrentamos el día de hoy.

Bibliografía

- SSA, Estadísticas de mortalidad en México: *Muertes registradas en el año 2000*. Salud Pública, México 2002 Vol. 44(3):266-282
- World Health Report 2002: *Reducing risks, promoting healthy life*. Geneva, Switzerland: World Health Organization. 2002; <http://www.who.int/whr/2002/>.
- Chobanian AV, Bakris GL, Black HR, et al : *The Seventh Report of the Joint Nacional Committee on Pressure, Detection, Evaluation and Treatment of High Blood Pressure*. The JNC 7 reporte. JAMA, 2003; 289: 2560-72 .
- Velázquez MO, Rosas PM, Lara EA, Pastelín HG: *Hipertensión arterial en México: Resultados de la Encuesta Nacional de Salud (ENSA) 2000*, Arch Cardiol Mex, 2002; 72(1): 71-84
- Hebert, LE; scherr, PA; Bienias, JL; Bennett, DA; and Evans, DA. *Alzheimer Disease in the U.S. Populatio: Prevalence Estimates Using the 2000 Census*. Archives of Neurology, 2003; 60:1119-1122.
- Cetherine C. Cowie, PHD; Edwar W. Gregg, PHD, et al : *Prevalence of Diabetes and Impaired Fasting Glocuse in Adults en the U.S. Population; Nacional Health and Nutrition Examination Survey 199-2002*, Diabetes Care 29: 1263-1268, 2006.
- Bethesda, MD: *Nacional Institutes of Health*, U.S. Departament of Health and Human Services, 2007; <http://stemcells.nih.bov/info/glossary>.
- Joseph F. buell. Thomas G. Gross, E Steve Woodle, et al : *Malignancy after Transplantation*, Transplantation, Volume 80, Number 2S, Oct 15, 2005:254-264.
- Buell J, Hanaway M, Thomas M, et al. *Malignacies associated with liver transplantation*. In: Busuttill RW, Klitmalm GB, ed. *Transplatacion of the liver*. Philadelphia: W.B. Saunders, 2004.
- Buell J, Gloss T, Beebe T, et al. *Cancer after renal transplantation*. In: Coner EP, ed. *Cancer and the kidney*. New York City: Oxford University Press, 2004.
- Chapman J, Webster A. *Cancer report: ANZDATA Registry 2004 report*, 2004: 99.

Trasplante de órganos y tejidos, marco bioético y legal

*Dr. Arturo Dib Kuri **

Resumen

El trasplante de órganos y tejidos constituye uno de los avances más significativos de las ciencias de la salud, su desarrollo tecnológico ha involucrado a prácticamente todas las especialidades de la medicina moderna y su participación en las modalidades terapéuticas es cada día mayor, notándose un crecimiento muy importante (23% anual) en las actividades de donación-trasplante, sobre todo en los últimos siete años.

La única terapia médica en la que no es posible adquirir el insumo es, precisamente la de trasplantes órganos, en la que el insumo es siempre aportado por otro ser biológico, ya sea en vida o después de la misma; así pues, las consideraciones relativas a esta práctica médica deben incluir aspectos científicos, legales, morales, éticos, religiosos y sociales. Asimismo, el Estado debe participar regulando y vigilando todo el conjunto de acciones, establecer un registro y seguimiento de los casos, promover su práctica en las

* Director General del Centro Nacional de Trasplantes, Secretaría de Salud. Miembro del Comité científico de la Comisión federal para la protección contra riesgos sanitarios y del Comité de ética de la Sociedad Internacional de Trasplantes (The Transplantation Society).

condiciones de la más alta calidad, equidad y transparencia, y respetar siempre las disposiciones que para la donación de órganos y tejidos establezcan los propios disponentes.

En este texto se analizan y presentan consideraciones de ética y legalidad, así como las funciones, atribuciones y campo de acción establecidos para el Centro Nacional de Trasplantes.

Marco normativo

En nuestro país los antecedentes legislativos referentes a la donación y trasplante de órganos, tejidos y células datan desde el 13 de marzo de 1973, fecha en la que fue publicado el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos, que en su título X establecía las bases para que la Secretaría de Salubridad y Asistencia ejerciera la normatividad y el control sanitario sobre los actos de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

El 25 de octubre de 1976 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el Reglamento Federal para la disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, mediante el cual se creaba el Consejo Nacional de Trasplantes como un cuerpo colegiado y especializado en la materia y el Registro Nacional de Trasplantes como una coordinación para todas las actividades relacionadas con la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

Al publicarse en el DOF, el 7 de febrero de 1984, la Ley General de Salud, que deroga al Código Sanitario, en su título XIV confirma y amplía los lineamientos necesarios para un mejor control sanitario sobre los actos de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

El 7 de mayo de 1997 se lleva a cabo la tercera modificación a la Ley General de Salud en su título XIV, incluyendo entre sus atribuciones el “Control sanitario de la disposición de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos”.

En enero de 1999, por acuerdo presidencial, se crea el Consejo Nacional de Trasplantes, como una Comisión intersecretarial de la administración pública federal con objeto de

promover, apoyar y coordinar las acciones en materia de trasplantes que realizan las instituciones de salud de los sectores público, social y privado.

El 26 mayo de 2000 se modifica nuevamente el título XIV de la Ley General de Salud, quedando como “Donación, trasplantes y pérdida de la vida”, y señalando en el artículo 313 que le compete al Centro Nacional de Trasplantes el control sanitario de los mismos, por lo que inicia sus operaciones como un órgano desconcentrado, dependiente de la Subsecretaría de Relaciones Institucionales en enero de 2001.

Entre los objetivos del Centro Nacional de Trasplantes se estableció desarrollar las condiciones necesarias para favorecer el marco de actuación en materia de autoridad sanitaria federal, así como su marco regulatorio para favorecer el eficiente desempeño de los integrantes de un Sistema Nacional de Trasplantes.

El 30 de junio de 2003 las atribuciones de vigilancia y control sanitario de las actividades de trasplantes se transfieren a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, para dedicar los esfuerzos al diseño y coordinación del Sistema Nacional de Trasplantes y su Programa nacional.

El 5 de noviembre de 2004 se reformaron los artículos 333 fracción VI, 461, 462 y 462 bis y se adicionó al artículo 329, de los cuales hablaré más adelante. La reforma más reciente es del 7 de junio de 2005 y es referente a la definición de cadáver.

Se hace énfasis en que la Ley General de Salud señala que la donación de órganos, tejidos y células se regirá por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad.

Donación

En el orden normativo mencionado se establecen claramente las diferencias entre la donación en vida y la donación *post-mortem*. La donación post-mortem puede ser expresa, si antes de morir tomamos la decisión de hacerlo y lo dejamos por escrito; o tácita, si nunca expresamos nuestra negativa a ser donadores, o si nuestro consentimiento únicamente se lo expresamos a nuestros familiares para que, en su

momento, ellos transmitan nuestra decisión de donar y entonces lo manifiesten por escrito.

La Ley General de Salud establece que en la donación expresa se puede señalar que ésta se hace a favor de determinadas personas o instituciones, y además, se pueden precisar condiciones de modo, tiempo y lugar.

Si el consentimiento expreso corresponde a un mayor de edad en pleno uso de sus facultades mentales, no podrá ser revocado por terceros; sin embargo, el donante lo puede revocar en cualquier momento sin responsabilidad de su parte.

El consentimiento tácito sólo puede ser post-mortem y aplicará únicamente para la donación de órganos y tejidos una vez que se haya confirmado la pérdida de la vida del paciente.

El concepto de muerte cerebral es reconocido a nivel mundial y nada tiene que ver con el estado de coma vegetativo.

La ley claramente señala los signos que representa la muerte cerebral, a saber:

- Ausencia completa y permanente de conciencia.
- Ausencia permanente de respiración espontánea.
- Ausencia de los reflejos del talle cerebral y evidencia de su daño irreversible.

El marco jurídico establece que, para comprobar lo anterior, se deberá realizar una angiografía encefálica bilateral que demuestre la ausencia de circulación cerebral, o dos electroencefalogramas con un espacio de cinco horas entre cada uno, que demuestren la ausencia de actividad eléctrica en el cerebro.

En la donación de órganos también hay excepciones. Los incapaces u otras personas sujetas a estados de interdicción no podrán ser donadores en vida, ni después de su muerte.

Por lo que a menores de edad se refiere, éstos sólo pueden donar en vida médula ósea; después de su muerte podrán donar órganos, tejidos, córneas, etc., siempre y cuando exista el consentimiento expreso de sus padres o tutores.

Por último, las mujeres embarazadas únicamente podrán donar en caso de que el receptor esté en peligro de muerte y siempre que no implique riesgo para el bebé.

Para la donación cadavérica, la ley dice que se dará intervención al Ministerio Público, en los casos en que la muerte del donante esté relacionada con la averiguación de un delito; es pertinente aclarar que se le da intervención al Ministerio Público a fin de que indique si la toma de los órganos interfiere o no con la averiguación en la que está involucrado, pero que el ministerio público no autoriza la donación.

Para agilizar estos casos, el Centro Nacional de Trasplantes suscribió en el 2003 un convenio con la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, lo que ha permitido registrar una importante reducción en los tiempos de los trámites.

Capítulo aparte merece ilustrar y aclarar sobre ciertos conceptos que erróneamente se manejan con gran ligereza por parte de algunos medios sobre el tráfico de órganos.

Nuestros órganos, una vez extraídos, por fallecimiento o por propia voluntad, tienen una duración aproximada de seis horas para poder usarse con fines de trasplante, por lo que deberán ser utilizados de forma inmediata, no toleran su almacenamiento.

En todo caso, bien podría decirse que, lo que generalmente se ha divulgado por los medios en el sentido de un tráfico ilícito de órganos, es inexacto, más bien se están refiriendo a un fraude mediante el cual se engaña a la gente haciéndole creer que se paga por los mismos.

La Ley General de Salud contempla en su artículo 327 la prohibición del comercio de órganos, tejidos y células. Por el contrario, establece que la donación de éstos con fines de trasplantes, se regirán por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.

Los principios que orientan nuestra legislación se refieren a la libertad personal, a los derechos de la familia, el derecho que recae sobre los cadáveres, y a las creencias.

Pero antes de continuar y adentrarnos un poco más en el tema de la bioética de los trasplantes considero importante dar una breve definición de bioética como: una reciente disciplina que enlaza algunos de los campos más importantes del conocimiento humano: los del derecho, la ética y la ciencia.

Los problemas que se presentan dentro de la técnica de los trasplantes son los siguientes:

1. Aceptación de la muerte encefálica o cerebral.
2. Consentimiento del potencial donador.
3. Escasez de órganos para trasplante.
4. Distribución de los órganos.

Consentimiento

1. Debe ser personalísimo, es decir, no puede ser otorgado por nadie en nombre de otro.
2. Requiere de la más plena deliberación, de la más completa información y de la libertad más absoluta.
3. Debe ser rigurosamente formal.

A este respecto la ley en México invalida el consentimiento otorgado por menores de edad, incapaces y personas que por cualquier circunstancia no puedan expresar su consentimiento libremente.

A nivel reglamentario es más explícita, cuando señala que el donante del que se tomen órganos o tejidos deberá, en vida:

1. Tener más de 18 años de edad.
2. Contar con dictamen médico actualizado y favorable sobre su estado de salud, incluyendo el aspecto psiquiátrico.
3. Tener compatibilidad con el receptor, de conformidad con las pruebas médicas practicadas.
4. Haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extirpación del órgano, en su caso, así como las probabilidades de éxito para el receptor.
5. Haber expresado su voluntad por escrito, libre de coacción física o moral, otorgada ante dos testigos idóneos o ante un notario.

Distribución de órganos y tejidos

El principio de justicia se encuentra íntimamente relacionado con la equidad en la distribución de órganos. En los trasplantes de órganos y tejidos, la principal preocupación ética en el ámbito de la justicia distributiva es la adecuada asignación de los escasos órganos existentes a las personas que más los necesiten. Este aspecto bioético es cubierto por nuestra legislación en el artículo 336:

- La gravedad del receptor.
- La oportunidad del trasplante.
- Los beneficios esperados.
- La compatibilidad con el receptor.
- Los demás criterios médicos aceptados.
- Cuando no exista urgencia o razón médica para asignar de preferencia un órgano o tejido, ésta se sujetará estrictamente a la lista a cargo del Centro Nacional de Trasplantes.

Conclusiones

Se debería conformar un sistema justo y solidario en el desarrollo de programas de procuración y trasplantes de órganos, soportado sobre la base de los siguientes presupuestos:

- Debe ser producto del debate y consenso de los representantes de nuestra sociedad la generación de normas éticas y legales más completas, a fin de fomentar el desarrollo de los trasplantes y un adecuado sistema de distribución.
- Deben fomentarse condiciones de igualdad para todas las personas que podrían beneficiarse con la donación de órganos y tejidos, tratando con la misma consideración y respeto a todos aquellos que se encuentran en condiciones similares.
- Debe garantizarse un desarrollo prioritario de los programas de procuración de órganos y tejidos provenientes de donantes cadavéricos.

CAPÍTULO 5

Derecho civil y Derecho laboral

Lic. Eduardo Magallón

Dr. Carlos Campillo Serrano

Dr. Juan Antonio Legaspi Velasco

El ejercicio de la medicina y sus posibles responsabilidades legales

*Lic. Eduardo Magallón **

Introducción

Así como la medicina se enfrenta a la enfermedad, el derecho se enfrenta al incumplimiento de las obligaciones. En muchas ocasiones el médico tiene que intervenir para combatir las enfermedades; los abogados tienen que intervenir para combatir las irresponsabilidades.

La idea de este artículo es proporcionar a los médicos un punto de partida en las responsabilidades legales que pueden enfrentar por el ejercicio de su profesión. Por ello se presenta un recuento de los principales ordenamientos que atañen al ejercicio de la medicina. Hemos de tener presente a la actividad de un médico a quien se le puede imputar impericia, imprudencia y negligencia en su profesión.

“Cuando está en juego la existencia y la salud de un ser humano, la menor imprudencia, el descuido, la negligencia más trivial, adquieren una singular gravedad, pues la vida de un paciente puede depender del más leve error. Por tanto, resulta obvio

* Socio fundador de Magallón y Peniche Abogados.

que si en un asunto se discute precisamente en torno a la responsabilidad de un médico, dicho asunto es de importancia y trascendencia ya que no sólo reviste interés para la persona a quien se dice se cometió el daño, sino también para la sociedad, el que el ejercicio de la medicina se realice con el mayor cuidado y diligencia.

“Ciertamente, el derecho a la vida, o a la salud, no es sólo un bien meramente individual, sino que también lo es social y tan es así, que es contemplado en nivel nacional como una garantía individual (artículo 4o. constitucional) y en nivel internacional como uno de los derechos humanos consagrados en la Carta de San Francisco.

“Siendo evidente la trascendencia social de las consecuencias de la actuación de un médico, todo asunto en que se encuentre a debate la responsabilidad de quien ejerce la mencionada profesión, es de especial entidad, porque la sociedad está altamente interesada en que quien ha elegido esa actividad como un medio de vida, no caiga en la rutina e indiferencia ante el dolor humano que le haga negligente e imprudente, sino siempre esté consciente de que se encuentra al servicio de un derecho indiscutible de la comunidad y de sus integrantes: el derecho a la vida y la salud.

“Luego entonces, es lógico concluir que el asunto es excepcional debido a su importancia, por su gran sentido o consecuencia y también se surte el requisito de trascendencia, en virtud de que la resolución que se pronuncie trascenderá en la formación de criterios en torno de la aplicación de la ley”.

Los cuatro párrafos que anteceden son parte de una sentencia de amparo, dictada por quien el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro Genaro David Góngora Pimentel, y dado su alto contenido, me permití transcribirla, pues es notable el reconocimiento que contiene esa resolución jurisprudencial a los valores humanos. Para el lector le será útil, ya que le permitirá tener un punto de vista de qué tipo de argumentos se ventilan ante los tribunales cuando un médico es demandado por haber omitido su cumplimiento en el ejercicio de su profesión.¹

A continuación se exponen los principales ordenamientos jurídicos que todo médico debe tener presentes en el ejercicio de su profesión, particularmente para el ámbito de la atención médica.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículo 5o. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique **a la profesión**, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La Ley determinará en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

Ley reglamentaria del artículo 5 constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal ²

Artículo 2o. Las leyes que regulen campos de acción relacionados con alguna rama o especialidad profesional, determinarán cuáles son las actividades profesionales que necesitan título y cédula para su ejercicio. Diario Oficial de la Federación - en adelante DOF- 2 de enero de 1974.

Primero. El presente decreto entrará en vigor a los quince días siguientes al de la fecha de su publicación en el DOF.

Segundo. En tanto se expidan las leyes a que se refiere el artículo 2o. reformado, las profesiones que en sus diversas ramas necesitan título para su ejercicio son las siguientes (...) Médico (...)

Artículo 33. **El profesionista está obligado** a poner todos sus conocimientos científicos y recursos técnicos al servicio de su cliente, así como al desempeño del trabajo convenido. En caso de urgencia inaplazable los servicios que se requieran al profesionista, se prestarán en cualquiera hora y en el sitio que sean requeridos, siempre que este último no exceda de veinticinco kilómetros de distancia del domicilio del profesionista.

Artículo 68. La persona que ejerza alguna profesión que requiera título para su ejercicio, sin la correspondiente cédula o autorización, **no tendrá derecho a cobrar honorarios**.

Artículo 40. Los profesionistas podrán asociarse, para ejercer, ajustándose a las prescripciones de las leyes relativas; pero la responsabilidad en que incurran será siempre individual.

Código Civil del Distrito Federal

Artículo 2608. **Los que sin tener el título correspondiente ejerzan profesiones** para cuyo ejercicio la ley exija título, además de incurrir en las penas respectivas, no tendrán derecho de cobrar retribución por los servicios profesionales que hayan prestado.

La prestación de servicios profesionales nace de manera contractual o extracontractual.

Artículo 1792. **Convenio** es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1796. **Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento**; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

Artículo 1797. **La validez y el cumplimiento de los contratos** no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Artículo 2606. El que presta y el que recibe los servicios profesionales, **pueden fijar, de común acuerdo, retribución debida por ellos.**

Cuando se trate de profesionistas que estuvieren sindicalizados, se observarán las disposiciones relativas establecidas en el respectivo contrato colectivo de trabajo.

Artículo 2607. **Cuando no hubiere habido convenio**, los honorarios se regularán atendiendo juntamente a la costumbre del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por arancel, éste servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados.

Artículo 2609. En la prestación de servicios profesionales **pueden incluirse las expensas** que hayan de hacerse en el negocio en que aquellos se presten. **A falta de**

convenio sobre su reembolso, los anticipos serán pagados en los términos del artículo siguiente, con el rédito legal, desde el día en que fueren hechos, sin perjuicio de la responsabilidad por daños y perjuicios cuando hubiere lugar a ella.

Artículo 2613. Los profesores tienen derecho de exigir sus honorarios, cualquiera que sea el éxito del negocio o trabajo que se les encomiende, **salvo convenio en contrario**.

Artículo 2615. El que preste servicios profesionales, **sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito**.

Definiciones

Negligencia: Es la omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios en las relaciones con las personas y en el manejo o custodia de las cosas; es la dejadez, el abandono, la desidia, la falta de aplicación, la falta de atención, el olvido de las órdenes o precauciones.

Impericia: Es la falta de conocimientos de la práctica que cabe exigir a uno en su profesión, arte u oficio; es la torpeza o la inexperiencia.

Dolo: Es la resolución libre y consciente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por la ley.

Obligaciones y derechos

Artículo 2104. El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

Artículo 2108. Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

Artículo 2109. Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Artículo 2110. Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Prestación de servicios médicos

Tesis. Responsabilidad contractual relativa a la obligación de diagnóstico y tratamiento del paciente.³

El error en el diagnóstico compromete la responsabilidad del médico derivado de su ignorancia, de examen insuficiente del enfermo y de equivocación inexcusable. Existen tres tipos de error de diagnóstico:

- a) Por insuficiencia de conocimientos o ignorancia, en el que el médico elabora un diagnóstico errado como consecuencia de la falta de conocimientos;
- b) Por negligencia, en el que el médico, por inexcusable falta de cuidado, no recabó la información usual y necesaria para la elaboración acertada del diagnóstico; y,
- c) Científico, donde el médico frente a un cuadro clínico complejo y confuso que supone síntomas asimilables a más de una patología, emite un diagnóstico incorrecto.

El incumplimiento en la obligación de tratamiento propuesto al paciente se actualiza cuando emana de un diagnóstico erróneo, pues ello genera un tratamiento inadecuado o desacertado. Sin embargo, cuando el diagnóstico es certero y se ha calificado la enfermedad en forma correcta, es posible distinguir una serie de circunstancias que dan lugar a tratamientos culpables o negligentes, entre los que, a modo de ejemplo, se puede citar:

- 1. Empleo de tratamientos no debidamente comprobados o experimentales;
- 2. Prolongación excesiva de un tratamiento sin resultados;
- 3. Persistir en un tratamiento que empeora la salud del paciente o le provoca resultados adversos;
- 4. Abandono del paciente durante el tratamiento;
- 5. Prescripción de medicamentos previamente contraindicados al paciente, o que pueden resultar nocivos a ciertos grupos de individuos, sin que se haya recabado la información oportuna;
- 6. Omisiones o errores en la receta médica entregada al paciente como soporte material del tratamiento prescrito; y,
- 7. Prescripción, por parte del médico, de tratamientos que son propios de una especialidad que no posee.

Un elemento clave para determinar lo anterior, es el protocolo médico actualizado. Otro, el cuidado al aplicar las - con frecuencia- viejas y obsoletas normas oficiales mexicanas (NOM's).

Apreciación de la Pericial Colegiada.⁴

Tesis. Tratándose de una pericial colegiada ofrecida en un juicio laboral, en la que uno de los tres médicos designados como peritos, con anterioridad a su elección como tal atendió directamente al paciente de las múltiples fracturas que presentaba y, además, tuvo a su alcance el expediente clínico de éste, así como las dos radiografías exhibidas en autos, dichas circunstancias producen convicción de que su peritación merece mayor credibilidad, a pesar de estar en contradicción con los dictámenes de los dos restantes facultativos, quienes exclusivamente se basaron en las dos radiografías en cita, las cuales, según éstos, estaban rayadas y eran de mala calidad; pues su valor preponderante deviene de las condiciones y consideraciones en que se emitió, máxime que en esta prueba no rige el principio de mayoría coincidente, según se aprecia del texto de los numerales 822, 824, 825, 826, 841 y 842 de la Ley Federal del Trabajo.

Tesis. Responsabilidad civil solidaria de hospitales, respecto de los profesionistas que integran su rol.⁵

Está fundada en la Presunción de Culpa. La circunstancia de que los médicos que laboran en un hospital actúen sin obedecer órdenes del administrador de éste, no hace improcedente la acción intentada contra aquél, como responsable solidario de los daños que los profesionistas causen a los pacientes en el desempeño de su labor, pues la responsabilidad del hospital tiene como fundamento la presunción de culpa en la elección de sus encargados u operarios que causen el daño y en la dependencia en que se encuentran respecto de éste, dado que si proporcionan a los médicos una sustancia peligrosa verbigracia, anestesia, ésta, en razón de los efectos que puede llegar a producir, consistentes en la disminución de funciones vitales incidiendo medularmente en el sistema cardiovascular, respiratorio y cerebral, pudiendo producir, en algunos casos, por sus efectos adversos, hipoxia (falta de oxigenación), y si tal efecto le es causado a un paciente, es claro que el hospital debe responder solidariamente por los daños causados por sus operarios.

Responsiva médica.⁶

La correcta intelección de las normas 79, 80, 81 y 82 del Reglamento de la Ley General de Salud, las cuales se encuentran contempladas en el capítulo IV, intitulado “Disposiciones para la prestación de servicios de hospitales”, permite establecer que las llamadas responsivas médicas son aquellos documentos mediante los cuales se formaliza la comunicación que debe existir entre una persona (paciente o usuario), los familiares o los representantes legales de éste, y un centro hospitalario, en el momento en que se egresa de éste, aun en contra de las recomendaciones médicas.

Dicho acto jurídico consiste en levantar, ante la presencia de dos testigos, el documento mediante el cual se exprese la voluntad del paciente, sus familiares, o quien lo represente, para ya no estar recluido o seguir recibiendo la atención médica por parte de esa institución, y sirve como un elemento de convicción para liberar al nosocomio de cualquier responsabilidad respecto de las consecuencias que tal hecho pudiera acarrear; asimismo, constituye el instrumento mediante el cual se expresa la voluntad del usuario, sus familiares o representantes legales, a efecto de que se le someta a un determinado tratamiento médico.

Por tanto, si en el capítulo mencionado no se contempla a los consultorios médicos, entonces se concluye que las responsivas médicas –por lo que corresponde al Reglamento de la Ley General de Salud– no resultan aplicables para los médicos que presten sus servicios profesionales en consultorios, pues éstos se rigen por otras disposiciones especiales, como es el capítulo III del reglamento en comento, intitulado Disposiciones para la prestación de servicios de consultorios.

Artículo 1913. Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosos por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Responsabilidad civil solidaria.⁷

La tienen los hospitales respecto de los profesionistas que prestan ahí sus servicios, dada la relación de dependencia económica (legislación del estado de Jalisco).

De conformidad con el artículo 1402 del Código Civil del estado de Jalisco, los patrones, los dueños, los encargados de establecimientos mercantiles y los jefes de familia están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros, empleados, dependientes o hijos que se encuentran bajo la patria potestad o tutela en el ejercicio de sus funciones, y dicha responsabilidad cesa si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar culpa o negligencia.

Ahora bien, tratándose de patrones, dueños y encargados de establecimientos mercantiles, la responsabilidad por los daños y perjuicios que causen sus operarios, está fundada en la culpa in vigilando, esto es, en la presunción de culpa en la elección de sus encargados u operarios que han causado daño y en la dependencia en que éstos se encuentran respecto del dueño del establecimiento o empresa de cuyo personal forman parte.

Luego, si de la confesión rendida en juicio a cargo del administrador único del hospital se advierte que un médico causó daño a un paciente; que tiene una relación de dependencia con el hospital demandado solidariamente, por estar registrado en la lista de médicos que tiene dicho hospital; que dicha lista está autorizada por el comité de honor y justicia del hospital; que éste autoriza a los médicos que prestan sus servicios en tal lugar, y que aquél, en unión de otro prestador de servicios, aplicó anestesia a un paciente para intervenirle quirúrgicamente; y, que la anestesia fue proporcionada por el hospital y aplicada por los profesionistas que en ese supuesto se consideran dependientes.

Es claro que al estar autorizados por el propio hospital para trabajar en él existe una dependencia económica de los médicos respecto del hospital de cuyo personal forman parte, toda vez que el propietario del sanatorio obtiene beneficios o lucro con el trabajo que desempeñan los médicos autorizados y, por tanto, el nosocomio está obligado solidariamente al pago de los daños y perjuicios causados por sus dependientes, de acuerdo con lo previsto en el numeral inicialmente citado, en relación con el diverso 1427 del propio cuerpo de leyes. (Reformado, DOF, 22 de diciembre de 1975).

Artículo 1915. (Código Penal para el DF) La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios. (Reformado, DOF, 25 de mayo de 2000).

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en el Distrito Federal y se extenderá al número de días que, para cada una de las incapacidades mencionadas, señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.

Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes. Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este Código.

Reparación del daño.⁸

El artículo 1915 del Código penal vigente en el Distrito Federal, previene que la reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios. Ahora bien, si del dictamen pericial aparece que a la víctima del delito le ha quedado una debilidad física permanente, que lo imposibilita para dedicarse a su profesión de médico dentista, en la forma usual, lo cual indudablemente ocasionará una disminución e sus ingresos, en razón de que no puede permanecer de pie, debe tenerse por comprobado que es imposible restituir a la víctima, a la situación anterior que guardaba al ser lesionado y procede la indemnización por concepto de responsabilidad civil.

Condena genérica.⁹

Puede hacerse respecto del pago de gastos médicos si la parte actora los reclamó de esa forma:

Es correcta la condena genérica al pago de gastos médicos erogados y que se sigan erogando por virtud de las lesiones sufridas como consecuencia de un accidente, si

la parte actora lo reclama de esa forma, ya que esa manera de plantear la reclamación se ajusta a las diversas posibilidades que se tienen para reclamar el pago de daños, como ocurre con los derivados de una responsabilidad civil, caso en el que es posible hacer la reclamación principal por ese concepto sin especificar su monto, y basta acreditar la causa eficiente en que se sustenta la petición judicial para que se haga la condena genérica, difiriendo a la ejecución de sentencia la determinación del quantum, siempre, desde luego, que se proporcionen las bases para ello a fin de estar en aptitud de hacer la cuantificación.

Lo anterior, no significa que la actora tenga una nueva oportunidad en ejecución de sentencia para acreditar la cuantía de los gastos ya realizados que se hubiera abstenido de demostrar durante el juicio de origen, dado que tanto los pagos como los gastos realizados con antelación al juicio ordinario y que se hayan tenido por comprobados no podrán ser objeto de nuevo examen en la ejecución de sentencia, ni tampoco se deberá permitir la exhibición de nuevas probanzas que busquen acreditar las mismas erogaciones sobre las cuales versó la dilación probatoria en el procedimiento, sino que únicamente se podrán demostrar las efectuadas con posterioridad y que se deriven del mismo hecho generador de responsabilidad, o sea, el accidente que causó las lesiones de referencia.

Seguro social

Es improcedente la reclamación del pago de gastos médicos erogados en el extranjero.¹⁰

Si bien es cierto que la Ley del Seguro Social y el Reglamento de Servicios Médicos del Instituto Mexicano del Seguro Social establecen la posibilidad, en los casos y con las limitaciones que tales ordenamientos señalan, que los derechohabientes del Seguro Social sean atendidos médica o quirúrgicamente por instituciones particulares, correspondiendo a dicho instituto el pago de los gastos correspondientes por esos conceptos.

Sin embargo, el hecho de que el asegurado utilice servicios médicos y hospitalarios en el extranjero, aun en caso de urgencia, no obliga al Instituto Mexicano del Seguro Social a cubrirle las cantidades que por ese concepto haya erogado, toda vez que

de conformidad con los artículos 1o. al 5o. y 89 de la Ley del Seguro Social, 4o., 5o., 31, 56, 57, 29, inciso f), 63 y 65 del Reglamento de Servicios Médicos de dicho organismo, se desprende que el seguro social es un instrumento básico de seguridad social establecido como un servicio público de carácter nacional, cuya ley es de observancia general en toda la República, esto es, en los Estados Unidos Mexicanos.

Sus objetivos primordiales son los de proporcionar la asistencia médica, garantizando el derecho a la salud y la protección de los medios de subsistencia para el bienestar individual y colectivo, encomendándose su organización y administración al organismo público descentralizado denominado Instituto Mexicano del Seguro Social; que la prestación de los servicios los proporcionará directamente dicho instituto por medio de sus unidades hospitalarias en los niveles que de acuerdo a las necesidades de los servicios se requieran y de acuerdo a la indicación del médico tratante, y a la regionalización de los servicios médicos establecidos por el propio instituto, aun en los casos urgentes, siendo que éste otorgará el servicio en sus propias instalaciones o a través de la subrogación de sus servicios, de acuerdo a los convenios que celebre con las autoridades federales, estatales y municipales, incluyendo a diversas instituciones y particulares.

Sin embargo, en los casos en que el derechohabiente por propia decisión y bajo su responsabilidad, aun en los casos de urgencias, sea internado en un centro hospitalario que no pertenezca al sistema institucional nacional del Instituto Mexicano del Seguro Social, ni se trate de los casos de subrogación en los servicios por convenio o los casos a que se refiere el artículo 89 de la Ley del Seguro Social y el artículo 9o. del Reglamento de Servicios Médicos, dicho organismo descentralizado quedará relevado de toda responsabilidad.

Por tanto, si el quejoso argumentó que recibió atención médica en el extranjero en virtud de que tuvo que atenderse por urgencia, no se encuentra en ninguno de los supuestos a que se refieren dichos preceptos legales, en cuanto a que el organismo mencionado deba subrogarse en los gastos que dice erogó el actor, dado que al ser la Ley del Seguro Social un ordenamiento de aplicación federal, rige únicamente en nuestro territorio nacional, por lo que al haber recibido el quejoso atención hospitalaria en el

extranjero, no quedó protegido por dicho ordenamiento legal, pues los derechos y obligaciones que establece sólo pueden ejercitarse o reclamarse dentro del ámbito de aplicación territorial nacional que esta ley prevé, esto es, dentro de la República mexicana y conforme a los procedimientos establecidos en dicha ley para la prestación de los servicios, pues lo contrario implicaría aplicar dicha ley en un caso en que el organismo no se subrogó y desconocer el ámbito de aplicación de la Ley del Seguro Social y aplicarla fuera del territorio nacional, sin restricción alguna, al arbitrio de los derechohabientes, lo que jurídicamente es inaceptable. (Reformado el primer párrafo, DOF 10 de enero de 1994).

Artículo 1916.- (Código Civil para el DF) **Por daño moral** se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. (Reformado, DOF, 10 de enero de 1994).

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código. (Reformado, DOF, 31 de diciembre de 1982).

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida. (Reformado, DOF, 31 de diciembre de 1982).

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Prueba del daño moral en el derecho positivo mexicano.¹¹

Desde el punto de vista **subjetivo**, la prueba de la existencia del daño moral sería imposible, en virtud de que atendiendo a la posición irreconciliable de posturas habida entre actor y demandado, éstos nunca coincidirían en cuando a si un bien moral está o no verdaderamente conculcado, pues habrían tantos criterios subjetivos sobre la actualización y certeza del daño y de su gravedad, como individuos se expresaran al respecto.

En cambio, desde el punto de vista **objetivo**, el accionante no tiene por qué demostrar ante el juzgador la intensidad o la magnitud del daño internamente causado, sino que el daño moral será justificado desde el momento en que se acredite la ilicitud de la conducta y la realidad del ataque, lo que igualmente demostrará la vinculación jurídica entre agresor y agraviado.

La legislación mexicana adopta la comprobación objetiva del daño moral y no la subjetiva, como se advierte en la parte conducente de la exposición de motivos del decreto de reformas publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, en relación con el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal.

Daño moral. Requisitos necesarios para que proceda su reparación.¹²

De conformidad con el artículo 1916, y particularmente con el segundo párrafo del numeral 1916 Bis, ambos del Código Civil vigente en el Distrito Federal, se requieren dos elementos **para que se produzca la obligación de reparar el daño moral**; el primero consiste en **que se demuestre que el daño se ocasionó**; el segundo estriba en que **dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito**. La ausencia de cualquiera de estos elementos, impide que se genere la obligación relativa, pues ambos son indispensables para ello; así, aunque se acredite que se llevó a cabo alguna conducta ilícita, si no se demuestra que ésta produjo daño; o bien, si se prueba que se ocasionó el daño, pero no que fue a consecuencia de un hecho ilícito, en ambos casos, no se puede tener como generada la obligación resarcitoria.

Por tanto, no es exacto que después de la reforma de 1o. de enero de 1983, del artículo 1916 del Código Civil, se hubiese ampliado el concepto de daño moral también

para los actos lícitos; por el contrario, al entrar en vigor el artículo 1916 Bis, se precisaron con claridad los elementos que se requieren para que la acción de reparación de daño moral proceda.

Derecho a la reparación del daño moral.¹³

Se da en favor de una persona, como consecuencia de una inadecuada atención médica prestada por un centro hospitalario que vulnere o menoscabe su integridad física o psíquica.

En términos del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal y Código Civil Federal, el daño moral consiste en la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hay daño moral, cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la “integridad física o psíquica” de las personas, siendo independiente el daño moral, del daño material que se cause; luego, si un centro hospitalario le presta a una persona una inadecuada atención médica y por esa circunstancia le irroga a ésta una afectación que la incapacita permanentemente es indudable que, aparte del daño material, le ocasiona una afectación psíquica que evidentemente, se traduce en un daño moral que altera sus sentimientos y afectos, debiéndola esarcir en términos de la ley por ese motivo, independientemente de la indemnización correspondiente al daño material.

Daño moral. Hipótesis prevista en el artículo 1916, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal.¹⁴

Cuando una persona no tiene oportunidad para exigir en vida la acción de reparación por daño moral, atendiendo a las graves condiciones de salud que presenta desde que ingresa y fallece en un hospital, los herederos de la víctima pueden reclamar el pago o indemnización del mismo en su nombre.

Artículo 1934. **La acción** para exigir la reparación de los daños causados en los términos del presente capítulo, **prescribe en dos años** contados a partir del día en que se haya causado el daño.

Ley General de Salud

Artículo 23. Para los efectos de esta Ley, se entiende por servicios de salud todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad.

Artículo 32. Se entiende por atención médica el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud.

Artículo 51. Los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares.

Derechos humanos

La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) está facultada para conocer de quejas que se presentan en contra de los servicios médicos que se prestan en hospitales públicos.

La CNDH tiene convenio de colaboración con la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), la Secretaría de Salud (SSA), el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE). Vela primordialmente, mas no únicamente, por el derecho a la protección de la salud consagrado en el artículo 4 Constitucional:

Artículo 4o. Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. (Adicionado, DOF, 3 de febrero de 1983).

Derecho a la información

¿Quién toma las decisiones, el médico o el paciente? ¿En qué casos el médico? ¿En qué otros casos el paciente? Sabemos que es muy común observar actitudes paternalistas en el médico.

Sin embargo, bajo el principio de la autonomía, es el paciente quien en última instancia toma la decisión, salvo en el caso de menores o personas incapaces por diversos motivos.

El enfermo tiene que estar informado acerca de su padecimiento y de los procedimientos de diagnóstico y tratamiento que se le van a aplicar, así como de sus riesgos y probables consecuencias. Sólo de esta manera puede lograrse que se involucre y corresponsabilice del manejo de su propia salud.

Las explicaciones que se le den deben ser amplias y claras, a la altura de su comprensión. El documento que firma el paciente al ingresar en una institución, en el que acepta que se le practiquen los procedimientos “necesarios” carece de valor moral y jurídico, ante un estado de necesidad.

El enfermo debe autorizar cada uno de los estudios y procedimientos terapéuticos que se le practiquen, después de haber recibido toda la información pertinente.

El derecho del enfermo a ser informado con respecto a su diagnóstico y a las alternativas de su tratamiento, incluye también el derecho en ciertos casos de “no saber”, definido por el propio enfermo, por sus familiares o por el juicio médico, cuando existe una especial situación psicológica, o la naturaleza del padecimiento.

En estos casos hay quien sostiene que pareciera una impiedad informar ampliamente al paciente sobre pronósticos de vida a corto plazo o de la imposibilidad de mejorar sus condiciones; y, por el contrario, hay quienes afirman que se le deben informar y recomendar que es mejor que arregle todos sus papeles y formule su testamento.

El personal de salud necesita estar consciente de los verdaderos beneficios que determinada técnica, medicamento, procedimiento, diagnóstico o terapéutico produce en los pacientes o en la unidad, y no deslumbrarse por el impacto publicitario de una compañía fabricante de equipos médicos o de los laboratorios.

El médico debe evitar ante todo aquello que dañe al paciente física, psicológica o socialmente. Asimismo, siempre debe tener presente aquellos principios éticos (bioéticos) que se aplican a la investigación en seres humanos: la dignidad, los intereses y el bienestar de los pacientes. Del mismo modo, los servicios de salud y la atención médica deben ser equitativos, integrales, oportunos y de alta calidad.

Responsabilidad administrativa

TÍTULO CUARTO

De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado (Primer párrafo reformado, DOF, 22 de agosto de 1996).

Artículo 108. Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o en el distrito federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

Para completar este tema, debemos recurrir a la legislación laboral (empleo) administrativa (cargos) y mercantil (comisión), las cuales a su vez encuentran sus raíces en el mandato de naturaleza eminentemente civil. De igual manera deberemos determinar si es personal sindicalizado o no. También se deberá analizar si al médico se le paga por nomina o por honorarios.

Para la determinación de los niveles de las administraciones públicas, debemos analizar aspectos que van desde sus presupuestos y recursos, y la determinación si tienen la calidad de federales o locales, para determinar la esfera administrativa a la que pertenecen.

Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos

Artículo 7. Será responsabilidad de los sujetos de la Ley ajustarse, en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, a las obligaciones previstas en ésta, a fin de salvaguardar los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que rigen en el servicio público.

Artículo 8. Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones:

I.- Cumplir el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión;

II.- Formular y ejecutar los planes, programas y presupuestos correspondientes a su competencia, y cumplir las leyes y la normatividad que determinen el manejo de recursos económicos públicos;

III.- Utilizar los recursos que tengan asignados y las facultades que le hayan sido atribuidas para el desempeño de su empleo, cargo o comisión, exclusivamente para los fines a que están afectos;

IV.- Rendir cuentas sobre el ejercicio de las funciones que tenga conferidas y coadyuvar en la rendición de cuentas de la gestión pública federal, proporcionando la documentación e información que le sean requerida en los términos que establezcan las disposiciones legales correspondientes;

V.- Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o comisión, tenga bajo su responsabilidad, e impedir o evitar su uso, sustracción, destrucción, ocultamiento o inutilización indebidos;

VI.- Observar buena conducta en su empleo, cargo o comisión, tratando con respeto, diligencia, imparcialidad y rectitud a las personas con las que tenga relación con motivo de éste;

VII.- Comunicar por escrito al titular de la dependencia o entidad en la que preste sus servicios, las dudas fundadas que le suscite la procedencia de las órdenes que reciba y que pudiesen implicar violaciones a la Ley o a cualquier otra disposición jurídica o administrativa, a efecto de que el titular dicte las medidas que en derecho procedan, las cuales deberán ser notificadas al servidor público que emitió la orden y al interesado;

VIII.- Abstenerse de ejercer las funciones de un empleo, cargo o comisión, por haber concluido el período para el cual se le designó, por haber sido cesado o por cualquier otra causa legal que se lo impida;

IX.- Abstenerse de disponer o autorizar que un subordinado no asista sin causa justificada a sus labores, así como de otorgar indebidamente licencias, permisos o comisiones con goce parcial o total de sueldo y otras percepciones;

X.- Abstenerse de autorizar la selección, contratación, nombramiento o designación de quien se encuentre inhabilitado por resolución de autoridad competente para ocupar un empleo, cargo o comisión en el servicio público;

XI.- Excusarse de intervenir, por motivo de su encargo, en cualquier forma en la atención, tramitación o resolución de asuntos en los que tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquellos de los que pueda resultar algún beneficio para él, su cónyuge o parientes consanguíneos o por afinidad hasta el cuarto grado, o parientes civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte.

El servidor público deberá informar por escrito al jefe inmediato sobre la atención, trámite o resolución de los asuntos a que hace referencia el párrafo anterior y que sean de su conocimiento, y observar sus instrucciones por escrito sobre su atención, tramitación y resolución, cuando el servidor público no pueda abstenerse de intervenir en ellos;

XII.- Abstenerse, durante el ejercicio de sus funciones, de solicitar, aceptar o recibir, por sí o por interpósita persona, dinero, bienes muebles o inmuebles mediante enajenación en precio notoriamente inferior al que tenga en el mercado ordinario, donaciones, servicios, empleos, cargos o comisiones para sí, o para las personas a que se refiere la fracción XI de este artículo, que procedan de cualquier persona física o moral cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público de que se trate en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y que implique intereses en conflicto. Esta prevención es aplicable hasta un año después de que se haya retirado del empleo, cargo o comisión.

Habrán intereses en conflicto cuando los intereses personales, familiares o de negocios del servidor público puedan afectar el desempeño imparcial de su empleo, cargo o comisión.

Una vez concluido el empleo, cargo o comisión, el servidor público deberá observar, para evitar incurrir en intereses en conflicto, lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley. (Adicionado, DOF, 21 de agosto de 2006).

En el caso del personal de los centros públicos de investigación, los órganos de gobierno de dichos centros, con la previa autorización de su órgano de control interno, podrán determinar los términos y condiciones específicas de aplicación y excepción a lo dispuesto en esta fracción, tratándose de los conflictos de intereses que puede implicar las actividades en que este personal participe o se vincule con proyectos de investigación científica y desarrollo tecnológico en relación con terceros de conformidad con lo que establezca la Ley de Ciencia y Tecnología;

XIII.- Desempeñar su empleo, cargo o comisión sin obtener o pretender obtener beneficios adicionales a las contraprestaciones comprobables que el Estado le otorga por el desempeño de su función, sean para él o para las personas a las que se refiere la fracción XI;

XIV.- Abstenerse de intervenir o participar indebidamente en la selección, nombramiento, designación, contratación, promoción, suspensión, remoción, cese, rescisión del contrato o sanción de cualquier servidor público, cuando tenga interés personal, familiar o de negocios en el caso, o pueda derivar alguna ventaja o beneficio para él o para las personas a las que se refiere la fracción XI;

XV.- Presentar con oportunidad y veracidad las declaraciones de situación patrimonial, en los términos establecidos por la Ley;

XVI.- Atender con diligencia las instrucciones, requerimientos o resoluciones que reciba de la Secretaría, del contralor interno o de los titulares de las áreas de auditoría, de quejas y de responsabilidades, conforme a la competencia de éstos;

XVII.- Supervisar que los servidores públicos sujetos a su dirección, cumplan con las disposiciones de este artículo;

XVIII.- Denunciar por escrito ante la Secretaría o la contraloría interna, los actos u omisiones que en ejercicio de sus funciones llegare a advertir respecto de cualquier servidor público que pueda constituir responsabilidad administrativa en los términos de la Ley y demás disposiciones aplicables. (Reformada, DOF, 30 de junio de 2006).

XIX.- Proporcionar en forma oportuna y veraz, toda información y datos solicitados por la institución a la que legalmente le compete la vigilancia y defensa de los derechos

humanos. En el cumplimiento de esta obligación, además, el servidor público deberá permitir, sin demora, el acceso a los recintos o instalaciones, expedientes o documentación que la institución de referencia considere necesario revisar para el eficaz desempeño de sus atribuciones y corroborar, también, el contenido de los informes y datos que se le hubiesen proporcionado;

XX.- Abstenerse, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, de celebrar o autorizar la celebración de pedidos o contratos relacionados con adquisiciones, arrendamientos y enajenación de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra pública o de servicios relacionados con ésta, con quien desempeñe un empleo, cargo o comisión en el servicio público, o bien con las sociedades de las que dichas personas formen parte. Por ningún motivo podrá celebrarse pedido o contrato alguno con quien se encuentre inhabilitado para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público;

XXI.- Abstenerse de inhibir por sí o por interpósita persona, utilizando cualquier medio, a los posibles quejosos con el fin de evitar la formulación o presentación de denuncias o realizar, con motivo de ello, cualquier acto u omisión que redunde en perjuicio de los intereses de quienes las formulen o presenten;

XXII.- Abstenerse de aprovechar la posición que su empleo, cargo o comisión le confiere para inducir a que otro servidor público efectúe, retrase u omita realizar algún acto de su competencia, que le reporte cualquier beneficio, provecho o ventaja para sí o para alguna de las personas a que se refiere la fracción XI;

XXIII.- Abstenerse de adquirir para sí o para las personas a que se refiere la fracción XI, bienes inmuebles que pudieren incrementar su valor o, en general, que mejoren sus condiciones, como resultado de la realización de obras o inversiones públicas o privadas, que haya autorizado o tenido conocimiento con motivo de su empleo, cargo o comisión. Esta restricción será aplicable hasta un año después de que el servidor público se haya retirado del empleo, cargo o comisión, así como, finalmente:

XXIV.- Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa relacionada con el servicio público.

El incumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo dará lugar al procedimiento y a las sanciones que correspondan, sin perjuicio de las normas específicas que al respecto rijan en el servicio de las fuerzas armadas.

Código Penal para el Distrito Federal

Artículo 42. Alcance de la reparación del daño. La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate:

(...)

V. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.

Artículo 76. Punibilidad del delito culposo. En los casos de delitos culposos, se impondrá la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica o un tratamiento diverso regulado por ordenamiento legal distinto a este Código. Además se impondrá, en su caso, suspensión o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso, por un término igual a la pena de prisión impuesta.

Artículo 147. Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a éste capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

Artículo 148. Se consideran como excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto:

I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este Código;

II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora;

III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como

resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada; o

IV. Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

En los casos contemplados en las fracciones I, II y III, los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable.

Procreación asistida e inseminación artificial

Artículo 149. A quien disponga de óvulos o espermatozoides para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa.

Artículo 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.

Artículo 151. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o espermatozoides de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo.

Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.

Artículo 152. Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.

Manipulación genética

Artículo 154. Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

- I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;
- II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y
- III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

Abuso sexual

Artículo 178. Las penas previstas para la violación y el abuso sexual, se aumentarán en dos terceras partes, cuando fueren cometidos:

(...)

III. Por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancia que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión, el sentenciado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión;

(...)

Disposiciones comunes

Artículo 191. Las sanciones previstas en este título sexto se incrementarán hasta en una mitad cuando se trate de un servidor público; ministro de culto religioso; extranjero; quien ejerza la patria potestad, guarda o custodia; los ascendientes sin límite de grado; familiares en línea colateral hasta cuarto grado, tutores o curadores; al que habite ocasional o permanentemente en el mismo domicilio con la víctima aunque no exista parentesco alguno; así como toda persona que tenga injerencia jerárquica sobre el menor en virtud de una relación laboral, docente, doméstica ó médica o de cualquier índole.

Cuando se trate de Servidor Público, Ministro de Culto Religioso, así como toda persona que tenga injerencia jerárquica sobre el menor en virtud de una relación laboral,

docente, doméstica ó médica; además de las sanciones señaladas, se castigará con destitución e inhabilitación para desempeñar el cargo, comisión ó profesión, hasta por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad impuesta.

En todos los casos el juez acordará las medidas par impedir al sujeto activo tener cualquier tipo de contacto o relación con la víctima.

Discriminación

Art. 206. Se impondrán de uno a tres años de prisión o de veinticinco a cien días de trabajo en favor de la comunidad y multa de cincuenta a doscientos días al que, por razón de edad, sexo, estado civil, embarazo, raza, procedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas (reformado, DOF, 25 de enero de 2006):

I.- Provoque o incite al odio o a la violencia;

II.- Niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho. Para los efectos de esta fracción, se considera que toda persona tiene derecho a los servicios o prestaciones que se ofrecen al público en general;

III.- Veje o excluya a alguna persona o grupo de personas; o

IV.- Niegue o restrinja derechos laborales.

Al servidor público que, por las razones previstas en el primer párrafo de este artículo, niegue o retarde a una persona un trámite, servicio o prestación al que tenga derecho, se le aumentará en una mitad la pena prevista en el primer párrafo del presente artículo, y además se le impondrá destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos, por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta.

No serán consideradas discriminatorias todas aquellas medidas tendientes a la protección de los grupos socialmente desfavorecidos.

Este delito se perseguirá por querrela.

Revelación de secretos

Artículo 213. Al que sin consentimiento de quien tenga derecho a otorgarlo y en perjuicio de alguien, revele un secreto o comunicación reservada, que por cualquier forma haya conocido o se le haya confiado, o lo emplee en provecho propio o ajeno, se le impondrán prisión de seis meses a dos años y de veinticinco a cien días multa.

Si el agente conoció o recibió el secreto o comunicación reservada con motivo de su empleo, cargo, profesión, arte u oficio, o si el secreto fuere de carácter científico o tecnológico, la prisión se aumentará en una mitad y se le suspenderá de seis meses a tres años en el ejercicio de la profesión, arte u oficio.

Cuando el agente sea servidor público, se le impondrá, además, destitución e inhabilitación de seis meses a tres años.

Artículo 249. El juzgador podrá suspender al agente, de dos a cinco años en el ejercicio de los derechos civiles que tenga en relación con el ofendido o privarlo de ellos. Asimismo, podrá aplicar la misma suspensión por lo que respecta a los derechos para ser perito, depositario, interventor judicial, síndico o interventor en concursos, arbitrador o representante de ausentes, y para el ejercicio de una profesión cuyo desempeño requiera título profesional.

CAPÍTULO V

Omisión de informes médico forenses

Artículo 301. Se impondrá de seis meses a tres años de prisión, al médico que, habiendo prestado atención médica a un lesionado, no comunique de inmediato a la autoridad correspondiente:

- a) La identidad del lesionado;
- b) El lugar, estado y circunstancias en las que lo halló;
- c) La naturaleza de las lesiones que presenta y sus causas probables;
- d) La atención médica que le proporcionó; o
- e) El lugar preciso en que queda a disposición de la autoridad.

Artículo 302. La misma sanción establecida en el artículo anterior, se impondrá al médico que, habiendo otorgado responsiva de la atención de un lesionado, no proporcione a la autoridad correspondiente:

- a) El cambio del lugar en el que se atiende al lesionado;
- b) El informe acerca de la agravación que hubiere sobrevenido y sus causas;
- c) La historia clínica respectiva;
- d) El certificado definitivo con la indicación del tiempo que tardó la curación o de las consecuencias que dejó la lesión; o
- e) El certificado de defunción, en su caso.

Falsedad ante autoridades

Artículo 313. Al que examinado como perito por la autoridad judicial o administrativa dolosamente falte a la verdad en su dictamen, se le impondrán de tres a ocho años de prisión y de cien a trescientos días multa así como suspensión para desempeñar profesión u oficio, empleo, cargo o comisión públicos hasta por seis años.

Artículo 316. Además de las penas a que se refieren los artículos anteriores, se suspenderá hasta por tres años en el ejercicio de profesión, ciencia, arte u oficio al perito, intérprete o traductor, que se conduzca falsamente u oculte la verdad, al desempeñar sus funciones.

TÍTULO VIGÉSIMO SEGUNDO

Delitos cometidos en el ejercicio de la profesión

CAPÍTULO I

Responsabilidad profesional y técnica

Artículo 322. Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en las normas sobre ejercicio profesional.

Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, se les impondrá suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reiteración y estarán obligados a la reparación del daño por sus propios actos y los de sus auxiliares, cuando éstos actúen de acuerdo con las instrucciones de aquellos.

CAPÍTULO II

Usurpación de profesión

Artículo 323. Al que se atribuya públicamente el carácter de profesionista sin tener título profesional, u ofrezca o desempeñe públicamente sus servicios sin tener autorización para ejercerla en términos de la legislación aplicable, se le impondrá de dos a seis años de prisión y de doscientos a quinientos días multa. (Reformado, DOF, 4 de junio de 2004).

CAPÍTULO III

Abandono, negación y práctica indebida del servicio médico

Artículo. 324. Se impondrán prisión de uno a cuatro años, de cien a trescientos días multa y suspensión para ejercer la profesión, por un tiempo igual al de la pena de prisión, al médico en ejercicio que:

- I. Estando en presencia de un lesionado o habiendo sido requerido para atender a éste, no lo atienda o no solicite el auxilio a la institución adecuada; o
- II. Se niegue a prestar asistencia a un enfermo cuando éste corra peligro de muerte o de una enfermedad o daño más grave y, por las circunstancias del caso, no pueda recurrir a otro médico ni a un servicio de salud.

Artículo 325. Al médico que habiéndose hecho cargo de la atención de un lesionado, deje de prestar el tratamiento sin dar aviso inmediato a la autoridad competente, o no cumpla con las obligaciones que le impone la legislación de la materia, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Artículo 326. Se impondrá de dos a seis años de prisión y de doscientos a cuatrocientos días multa al médico que:

- I. Realice una operación quirúrgica innecesaria;
- II. Simule la práctica de una intervención quirúrgica; o
- III. Sin autorización del paciente o de la persona que ante la imposibilidad o incapacidad de aquél pueda legítimamente otorgarla, salvo en casos de urgencia, realice una operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo o cause la pérdida de un miembro o afecte la integridad de una función vital.

CAPÍTULO IV

Responsabilidad de directores, encargados, administradores o empleados de centros de salud y agencias funerarias, por requerimiento arbitrario de la contraprestación

Artículo 327. Se impondrán de tres meses a dos años de prisión, de veinticinco a cien días multa y suspensión de tres meses a dos años para ejercer la profesión, a los directores, encargados, administradores o empleados de cualquier lugar donde se preste atención médica, que:

- I. Impidan la salida de un paciente, aduciendo adeudos de cualquier índole;
- II. Impidan la entrega de un recién nacido, por el mismo motivo; o
- III. Retarden o nieguen la entrega de un cadáver, excepto cuando se requiera orden de autoridad competente.

La misma sanción se impondrá a los directores, encargados, administradores o empleados de agencias funerarias que retarden o nieguen indebidamente la entrega de un cadáver.

CAPÍTULO V

Suministro de medicinas nocivas o inapropiadas

Artículo 328. Al médico o enfermera que suministre un medicamento evidentemente inapropiado en perjuicio de la salud del paciente, se le impondrán de seis meses a tres años de prisión, de cincuenta a trescientos días multa y suspensión para ejercer la profesión u oficio por un lapso igual al de la pena de prisión impuesta.

Artículo 329. A los encargados, empleados o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta sustituyan la medicina específicamente señalada por otra que ponga en peligro la salud o cause daño, o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el que se prescribió, se les impondrán seis meses a dos años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa.

CAPÍTULO VI

Falsificación o alteración y uso indebido de documentos

Artículo 341. Se impondrán las penas señaladas en el artículo 338, al:

- I. Funcionario o empleado que, por engaño o por sorpresa, hiciera que alguien firme un documento público, que no habría firmado sabiendo su contenido;

II. Notario, fedatario o cualquier otro servidor público que, en ejercicio de sus atribuciones, expida una certificación de hechos que no sean ciertos, de fe de lo que no consta en autos, registros, protocolos o documentos;

III. Que, para eximirse de un servicio debido legalmente o de una obligación impuesta por la ley, exhiba una certificación de enfermedad o impedimento que no padece;

IV. Médico que certifique falsamente que una persona tiene una enfermedad u otro impedimento bastante para dispensarla de prestar un servicio que exige la ley, o de cumplir una obligación que ésta impone o para adquirir algún derecho; o

V. Al perito traductor o paleógrafo que plasme hechos falsos o altere la verdad al traducir o descifrar un documento.

Ley reglamentaria del artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal

Secreto profesional

Artículo 36. Todo profesionista estará obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confíen por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Artículo 288. Los terceros están obligados, en todo tiempo, a prestar auxilio a los tribunales en la averiguación de la verdad. En consecuencia, deben sin demora exhibir documentos y cosas que tengan en su poder, cuando para ello fueren requeridos.

Los tribunales tienen la facultad y el deber de compeler a terceros, por los apremios más eficaces, para que cumplan con esta obligación; y en caso de oposición, oirán las razones en que la funden y resolverán sin ulterior recurso.

De la mencionada obligación están exentos los ascendientes, descendientes, cónyuge y personas que deben guardas (sic) secreto profesional, en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que están relacionados.

Ley de los Derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal

Artículo 60. Son derechos de las niñas y niños sujetos a la guarda y custodia en centros de alojamiento o albergues, los siguientes:

(...)

III. Mantener el secreto profesional y utilización reservada de su historial y de los datos que en el mismo consten, pudiendo ser solicitado únicamente por el Ministerio Público o la autoridad judicial competente, a efecto de determinar su situación jurídica.

Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal

SECCIÓN III

Registro de títulos expedidos en el extranjero. (Reformado, DOF, 22 de diciembre de 1993).

Artículo 15. Los extranjeros podrán ejercer en el Distrito Federal las profesiones que son objeto de esta Ley, con sujeción a lo previsto en los tratados internacionales de que México sea parte.

Cuando no hubiere tratado en la materia, el ejercicio profesional de los extranjeros estará sujeto a la reciprocidad en el lugar de residencia del solicitante y al cumplimiento de los demás requisitos establecidos por las leyes mexicanas.

Comentario final

Sin considerar todo lo referido en estas páginas como un ejercicio exhaustivo, creo que sí da cuenta, en términos generales, de los aspectos más importantes que los profesionales tanto de la medicina como del derecho deben tener presentes para el desarrollo de sus disciplinas que, sin duda, se complementan y enriquecen mutuamente en beneficio de la sociedad.

Referencias

- ¹ CD IUS 8, Registro 225253, Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: VI Segunda Parte-2, Página: 645.
- ² Publicada en la primera sección del Diario Oficial de la Federación (DOF) el sábado 26 de mayo de 1945 y reformada su denominación, el 23 de diciembre de 1974 en el mismo DOF.
- ³ No. Registro: 174860. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXIII, Junio de 2006. Tesis: I.7o.C.73 C. Página 1200. Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer circuito. Amparo directo 96/2006. Ricardo Olea Rodríguez y otros. 27 de abril de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Sara Judith Montalvo Trejo. Secretario: Guillermo Bravo Bustamante.
- ⁴ No. Registro: 227,168. Tesis aislada. Materia(s): Laboral. Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. IV, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989. Tesis: Página: 360. Primer Tribunal Colegiado del Decimo Primer Circuito. Amparo directo 431/89. Instituto Mexicano del Seguro Social. 17 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Luís Gilberto Vargas Chávez. Secretario: Moisés Duarte Briz.
- ⁵ No. Registro: 178,323. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXI, Mayo de 2005. Tesis: III.2o.C.95 C. Página: 1537. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. Amparo directo 543/2004. Hospital Santa María Chapalita, S.A. 18 de noviembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo Moreno Ballinas. Secretario: Armando Márquez Á lvarez.
- ⁶ No. Registro: 182,315. Tesis aislada. Materia(s): Común. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XIX, Enero de 2004. Tesis: I.9o.C.23 K. Página: 1609. Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 5319/2003. Irma Baquero Ceballos de Kukutschka y otro. 21 de octubre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Daniel Horacio Escudero Contreras. Secretario: Octavio Rosales Rivera.

- ⁷ No. Registro: 178, 626. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXI, Abril de 2005. Tesis: III.2o.C.88 C. Página 1491. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. Amparo directo 543/2004. Hospital Santa María Chapalita, S.A. 18 de noviembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo Moreno Ballinas. Secretario: Armando Márquez Á lvarez.
- ⁸ No. Registro: 310,424. Tesis aislada. Materia(s): Penal. Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. LVI. Tesis: Página: 606. Amparo penal directo 5720/37. Compañía de Tranvías de México, S. A. 20 de abril de 1938. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José María Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente.
- ⁹ No. Registro: 176,003. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXIII, Febrero de 2006. Tesis: I.3o.C.530 C. Página: 1789. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 552/2005. Quálitas Compañía de Seguros, S.A. de C.V. 20 de octubre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.
- ¹⁰ No. Registro: 184,760. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XVII, Febrero de 2003. Tesis: I.11o.C.55 C. Página 1151. Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 565/2002. Walter Frisch Philipp. 26 de septiembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Indalfer Infante Gonzáles. Secretario: Eduardo Jacobo Nieto García. Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo X, septiembre de 1992, página 289, tesis XVII.2o.17 L, de rubro: "Instituto Mexicano del Seguro Social. Imprudencia de la reclamación hecha por el pago de erogaciones efectuadas por servicio médico prestado en el extranjero." y Tomo XIII, marzo de 1994, página 455, tesis I.7o.T.254 L, de rubro: "Instituto Mexicano del Seguro Social. Imprudencia de la reclamación de pago formulada por derechohabientes respecto a gastos médicos erogados en el extranjero."

- ¹¹ No. Registro: 174,916. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXIII, Junio de 2006. Tesis: I.7o.C.71 C. Página: 1147. Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 96/2006. Ricardo Olea Rodríguez y otros; 27 de abril de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Sara Judith Montalvo Trejo. Secretario: Guillermo Bravo Bustamante.
- ¹² No. Registro: 209,386. Jurisprudencia. Materia(s): Civil. Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. 85, Enero de 1995. Tesis: I.5o.C. J/39. Página: 65 Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.
- Amparo directo 245/88. Jorge Alberto Cervera Suárez. 18 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Noé Adonai Martínez Berman.
- Amparo directo 2515/89. Construcciones Industriales Tek, S. A. de C. V. 13 de julio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Islas Domínguez. Secretario: Roberto A. Navarro Suárez.
- Amparo directo 4451/91. Magdalena Monroy Centeno. 11 de diciembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio Patlán Romero. Secretaria: Yolanda Morales Romero.
- Amparo directo 5435/94. Víctor Barrera Rojas. 10 de noviembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Máximo Ariel Torres Quevedo.
- Amparo directo 5685/94. Humberto López Mejía. 2 de diciembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretaria: Florida López Hernández.
- ¹³ No. Registro: 185,572. Jurisprudencia. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XVI, Noviembre de 2002. Tesis: I.6o.C. J/39. Página: 1034. Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo directo 6396/99. Adrián Hernández Linares. 15 de marzo de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Chávez Priego. Secretario: Miguel Ángel Castañeda Niebla.

Amparo directo 9246/2001. Petróleos Mexicanos. 31 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Juan Bracamontes Cuevas. Secretaria: María de los Ángeles Reyes Palacios.

Amparo directo 4456/2002. Rocío del Carmen Pérez Ramírez. 11 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Chávez Priego. Secretario: Miguel Hernández Sánchez.

Amparo directo 4606/2002. Raquel Mercado Vega. 8 de agosto de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Sergio I. Cruz Carmona.

Amparo directo 5716/2002. Isidro Hernández Rodríguez. 26 de septiembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Juan Bracamontes Cuevas. Secretario: Alfredo Lugo Pérez.

¹⁴ No. Registro: 174,500. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXIV, Agosto de 2006. Tesis: I.7o.C.74 C. Página: 2169. Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 96/2006. Ricardo Olea Rodríguez y otros. 27 de abril de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Sara Judith Montalvo Trejo. Secretario: Guillermo Bravo Bustamante.

Capacidad mental, Inimputabilidad y Estado de interdicción

*Dr. Carlos Campillo Serrano **

*Dr. Óscar Benacinni Félix ***

Resumen

Existe una larga tradición histórica que documenta los principios y los métodos mediante los cuales el derecho en sus diferentes ramas ha debido auxiliarse de la medicina. Este trabajo pericial ha cubierto las más diversas disciplinas, y ha ido encaminado a comprender y resolver los más diversos asuntos. La psiquiatría, disciplina aplicativa de la medicina que se encarga del estudio de las enfermedades mentales, se ha convertido en un valioso auxiliar del derecho, de tal manera que en la observancia de la ley resulta esencial determinar si las personas se hallan en situación de integridad psicológica para comprender y ejercer sus derechos y obligaciones sociales. De ser puesta en entredicho tal capacidad, la psiquiatría suele brindar un importante apoyo pericial a los órganos de procuración y administración de justicia. Tópicos como capacidad civil, capacidad mental, inimputabilidad y procesos judiciales de interdicción se discuten en el presente texto; se

*Director General Adjunto, Servicios de Atención Psiquiátrica, Secretaría de Salud.

**Subdirector de Servicios de Atención Psiquiátrica, SSA.

citan ejemplos de diversas situaciones de interfase psiquiatría-derecho, y se establece que de seguro ambas disciplinas, las ciencias jurídicas y la psiquiatría, continuarán avanzando en el conocimiento de la naturaleza de las enfermedades mentales, a la par que se van adecuando los principios jurídicos para determinar la situación de quienes puedan verse mentalmente afectados. El conocimiento técnico y la comunicación interdisciplinaria resultarán fundamentales para estos avances.

Introducción

El derecho y la medicina, dos profesiones con enorme tradición histórica y que hoy en día siguen siendo fundamentales en la estructura social, la convivencia y el desarrollo humano. La primera se encarga de normar la actuación individual y social del individuo y, la segunda, de cuidar su salud y atender sus enfermedades; ambas han coincidido, a través del tiempo, en múltiples áreas del conocimiento y la actuación profesional. Tanto ha necesitado la medicina del derecho, como el derecho de las ciencias médicas.

El desarrollo científico, tecnológico y ético de la medicina ha llevado a esta profesión a profundizar en el conocimiento de los más importantes dilemas de la salud y la enfermedad, organizándose para ello en múltiples y diversas disciplinas, definidas de acuerdo a su ámbito de competencia y acción. De modo tradicional éstas se llaman especialidades y, de nueva cuenta, cada una de ellas tiene las más interesantes interfases con las ciencias jurídicas.

El propósito del presente texto es examinar algunas de las áreas de coincidencia entre aspectos esenciales del derecho civil, el derecho laboral y el derecho penal, y la disciplina científica que, como especialidad médica, se encarga del estudio y la atención profesional de los trastornos mentales, la psiquiatría.

Antecedentes históricos

Algunos sucesos históricos de trascendencia para el tema que nos ocupa son los siguientes:

- En el siglo VI, en el Código del jurisconsulto romano Justiniano, se señala, por vez primera, el concepto de “intervalo lúcido”.
- En el siglo IX, el emperador Carlomagno establece en sus “Capitulares” que los jueces deberán apoyarse en el parecer de los médicos para tomar decisiones.
- En el siglo XVI, Juan Luis Vives, considerado el precursor de la psicología científica, en su *Constitutio Criminalis Carolina* exige peritaje médico en los procesos penales contra enfermos mentales.
- Durante el siglo XVIII, autores como Fodere, Pedro Mata y Baccaria impulsan el conocimiento de las relaciones entre los trastornos mentales y los actos criminales.
- En el siglo XIX, Prichard describe la llamada “locura moral”, refiriéndose a lo que hoy conocemos como personalidad antisocial. Autores franceses clásicos como Moreau y Morel, y el portugués Lombroso sientan las bases de la criminología moderna.
- Las leyes que protegen a los enfermos mentales corresponden al siglo XX.

El derecho y la condición mental

Obvio resultará para cualquiera que lea estas páginas que la posibilidad de que las personas podamos hacernos a las leyes que rigen nuestra manera de conducirnos, descansa, entre otros factores, en nuestra condición mental, es decir, en nuestra capacidad de percibir lo que sucede en nuestro entorno, interpretar de manera correcta y adaptativa lo que percibimos, y utilizarlo para organizar una amplia gama de respuestas de comportamiento para ajustarnos a los requerimientos de lo que nos rodea. A ello habría que agregar que, en caso de que nuestra condición mental se viera comprometida en su funcionamiento, tal situación nos pondría en una condición jurídica peculiar, por ende, de

cumplimiento de las leyes. Dado que este fenómeno puede abordarse desde la perspectiva de las ciencias jurídicas o desde la de las ciencias médicas, y que ambos campos de conocimiento tienen su propia metodología, conceptualización y terminología ha sido necesario desarrollar en común una serie de conceptos para nuestros campos de coincidencia, comprensibles tanto para médicos como para abogados. Para documentar y detallar estos conceptos podemos partir de algunos términos de naturaleza jurídica.

Capacidad civil y capacidad mental

Para las ciencias jurídicas el término “capacidad civil” se refiere a la “condición de normalidad en la que una persona mayor de edad puede y debe ejercer sus derechos civiles, otorgados como garantías constitucionales, y así ejecutar de forma válida y legal ciertos actos jurídicos”. La capacidad civil requiere plenitud de facultades biológicas, psicológicas y sociales para su cabal ejercicio, es esta condición de normalidad que exige el derecho. Requiere entonces de capacidad mental, que de acuerdo con el derecho, “es la capacidad que tiene una persona adulta de discernir, de percatarse del medio, de discernir entre lo real y lo imaginario, entre lo correcto y lo torcido, entre el bien y el mal”. Para la medicina esta capacidad se fundamenta en un funcionamiento cerebral adecuado, pautas psicológicas que resulten adaptativas en lo individual y en lo social, y un entorno que favorezca el desarrollo de aptitudes en esa dirección. Todo esto condiciona la capacidad mental. La capacidad civil y la capacidad mental en que se fundamenta, implicarán entonces responsabilidad jurídica.

Responsabilidad jurídica

El término se refiere a la posibilidad de actuar dentro del marco de la legalidad, es decir, de lo que marcan las leyes, pero, sobre todo, implica capacidad de obrar, esto es, capacidad para gobernar los derechos y obligaciones que la ley otorga. No puede ser más claro: somos jurídicamente responsables, estamos en posibilidad de ejercer los derechos y obligaciones que nos señalan las leyes, en tanto nuestro funcionamiento mental es normal y sano.

La enfermedad mental

Para la medicina y para la psiquiatría existe un grupo de condiciones psicológicas que implican percibir, interpretar y actuar que pueden considerarse francamente anormales en tanto afectan la situación de adaptación que se espera para cualquier persona y la condición de bienestar pleno que cada uno de nosotros y los demás somos capaces de advertir. Estas condiciones psicológicas son conocidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como trastornos mentales y del comportamiento, y constituyen un apartado especial de la Clasificación Internacional de Enfermedades. Este documento es elaborado y publicado por la propia OMS mediante el trabajo de grupos de expertos de sus países afiliados, y aparece en forma periódica para mantener su vigencia durante algunos años.

La Décima Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10), vigente al día de hoy, fue publicada en 1992. Ésta señala una serie de criterios específicos que deben identificarse en quienes se presume mentalmente enfermos, para caracterizarlos o adscribirlos a una categoría y, por lo tanto, a un diagnóstico. Los trastornos mentales y del comportamiento constituyen una amplia gama de condiciones patológicas que comprometen una o varias de las funciones mentales adaptativas y que, considerando los procesos que comprometen, se agrupan en diversas categorías. Puede considerarse que en mayor o menor medida todas ellas afectan la capacidad mental y la capacidad civil para crear estas condiciones de peculiaridad en el ejercicio de los derechos y obligaciones. La incapacidad mental puede ser una condición innata, tal es el caso de trastornos como el retardo mental y el autismo, que implican limitaciones permanentes hasta ahora inmodificables, o puede expresarse, a lo largo de la vida, a través de diversas enfermedades, tales como la esquizofrenia y el trastorno bipolar. También puede ser que la incapacidad mental aparezca de manera tardía, al final de la vida, como sucede con muchas demencias.

Grupos de enfermedades mentales

Si bien cada trastorno o padecimiento mental constituye una categoría especial que puede ser identificada mediante criterios específicos, tales categorías pueden ordenarse

en razón de su naturaleza, su edad de inicio y su gravedad. Algunos de estos grupos, que merecen mención porque suelen comprometer la capacidad mental y, por ende, la capacidad civil, son los siguientes:

- Retraso mental
- Trastornos generalizados del desarrollo, como el autismo y otros
- Trastornos mentales orgánicos
- Trastornos mentales debidos al uso de sustancias psicoactivas
- Esquizofrenia, trastornos esquizotípicos y otros trastornos delirantes
- Trastornos del humor o afectivos, entre los que destaca el trastorno bipolar

Podemos mencionar ejemplos de algunos de estos desórdenes en situaciones específicas:

Ejemplo 1: Un hombre de 70 años de edad que padece enfermedad de Alzheimer de dos años de evolución. Tal enfermedad lo ha imposibilitado para manejar la empresa que fundó y en la que trabaja desde hace 40 años. Su condición mental actual le impide tomar decisiones directivas y administrativas. Su capacidad mental compromete entonces el ejercicio de sus derechos y obligaciones, y lo pone en riesgo de sufrir un quebranto patrimonial.

Ejemplo 2: Un hombre de 34 años de edad que padece esquizofrenia, en un estado delirante y alucinatorio en el que se ha supuesto gravemente amenazado, ha cometido un homicidio. Su condición mental impide que se le adjudique responsabilidad penal.

Ejemplo 3: Una mujer de 32 años de edad padece un trastorno bipolar que ha evolucionado en forma satisfactoria y se halla bajo control. Sin embargo, su capacidad para hacerse cargo de la custodia y crianza de sus hijos puede ser cuestionada en un juicio civil.

Inimputabilidad

Este concepto, tan trascendente para el derecho penal, señala una serie de condiciones que excluyen la culpabilidad de cualquier persona que cometa algún acto criminal. El Código Penal señala cinco tipos de estas condiciones:

1. Anomalía o alteración psíquica.
2. Trastorno mental transitorio.
3. Intoxicación plena por consumo de ciertas sustancias.
4. Síndrome de abstinencia.

5. Alteraciones perceptivas, entendidas éstas como las que padecen las personas que carecen de algún sentido, desde su nacimiento o su infancia.

Puede entenderse a la “imputabilidad” como la capacidad de culpa. Esta condición implica siempre que en el sujeto se encuentren conservadas las funciones mentales, esto es, la capacidad de percibir, interpretar y actuar de modo sano, normal y adaptativo, insistiéndose, particularmente, en que se hallen íntegras la inteligencia y la voluntad. Vistas las cosas así, una persona es imputable en tanto es capaz de querer, conocer y actuar, así como de comprender las causas, las características y las consecuencias de sus actos, para poder elegir entre realizarlos o no. Puede ampliarse la capacidad de conocer como la que se refiere a entender, comprender o interpretar la experiencia.

Por el contrario, la “inimputabilidad” se refiere a toda condición en la que no es posible atribuir a una persona responsabilidad y culpa por sus actos fuera de la ley. Debe considerarse que se trata de situaciones en las que la capacidad intelectual, la voluntad o el juicio pueden estar alterados, a tal grado que –de acuerdo con la ley– lleguen a considerarse anulados y, por consiguiente, la responsabilidad legal por la comisión u omisión de un acto no puede ser atribuida a la persona afectada.

Como consecuencias de la declaración de inimputabilidad debe considerarse, en primer lugar, a la exención de responsabilidad penal y, en segundo, a la aplicación de medidas de seguridad. Estas medidas suelen consistir en internamientos para tratamiento médico o educación especial, en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se ha puesto en evidencia durante el proceso. Tal internamiento no podrá exceder del tiempo que el sujeto hubiera sido privado de su libertad al ser declarado responsable.

Excluyentes de responsabilidad

Con este término se denomina a todas aquellas condiciones psicobiológicas que generan inimputabilidad y que aparecen enunciadas en párrafos previos. Hemos hablado de condiciones en que la capacidad intelectual, la voluntad o el juicio puedan considerarse anulados y, sin embargo, es posible que las condiciones psicobiológicas que conducen a una persona a este estado no sean de la gravedad suficiente como para hablar de anulación. Entonces pueden hallarse únicamente disminuidas, y para la ley no serán excluyentes de responsabilidad, y sólo podrá alegarse que la atenúan, por lo que se les conoce como “atenuantes”. A la persona en esta circunstancia se le considerará “semi-imputable”.

Utilicemos un par de ejemplos más:

Ejemplo 4: Una mujer de 32 años de edad que hace meses fue víctima de asalto y violación y, como consecuencia de esta experiencia padece una condición denominada médicamente “estrés postraumático”. En esta situación y, al enfrentar una nueva circunstancia violenta comete un homicidio. Su condición emocional de gran ansiedad no anula su voluntad ni su juicio, pero sí los obstaculiza, al menos de manera parcial, por lo que su responsabilidad debe considerarse atenuada.

Ejemplo 5: El hijo de un hombre de 40 años sufre un accidente en la vía pública, es hospitalizado en condición crítica, y al padre se le exigen una serie de garantías económicas para atenderlo. Si este hombre comete el delito de robo, también podría considerarse que su condición de “estrés agudo” atenúa su responsabilidad.

Interdicción

Ésta se considera una figura jurídica de gran trascendencia para el tema que tratamos. Se trata de un procedimiento judicial, el Juicio de Interdicción, que tiene la clara pretensión de proteger el interés de cualquier persona cuya inteligencia, voluntad y capacidad de juicio se encuentren anuladas, impidiéndole tomar decisiones en provecho propio y

exponiéndolo a actos abusivos por parte de terceros. Se trata, en esencia, de un asunto relativo a la capacidad civil, o en caso de fallarse la interdicción, de “incapacidad civil”.

Como parte del procedimiento de interdicción existe un elemento importante: “la tutela”. Se trata aquí de que quien no puede tomar decisiones por incapacidad mental, sea asistido en tales decisiones por una persona nombrada como tutor, a criterio del juez que resuelve. El procedimiento se denomina “Juicio de Interdicción”, y puede ser promovido tanto por el Estado como por personas allegadas al afectado. En lo sucesivo, el tutor tomará las decisiones que considere necesarias para la preservación del patrimonio y el cumplimiento de los intereses de su tutelado.

La interdicción implica la pérdida de la capacidad de tomar decisiones acerca de los derechos civiles. Tales decisiones deberán ser tomadas en lo sucesivo por el tutor que ha nombrado el juez civil.

Ejemplo 6: Un empresario de 56 años de edad sufre de una enfermedad neurológica llamada esclerosis múltiple. Ésta es una enfermedad degenerativa e irreversible del sistema nervioso. Al dañar el cerebro, la enfermedad va provocando pérdida de las funciones mentales, y el daño puede llegar a tal grado que a este hombre se le diagnostique una demencia. Esta condición irá impidiendo, de manera paulatina, la toma de decisiones que garanticen que los negocios marchen y el patrimonio se preserve. La esposa de este hombre debe promover un juicio de interdicción, y en la promoción ella se propondrá a sí misma como tutora, ya que en todo momento su intención es proteger a su esposo.

Aquí, vale la pena tener presente lo señalado por el artículo 462 de nuestro Código Civil: “Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare, en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles, el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella”.

El trabajo pericial

El médico especialista en psiquiatría puede participar en un proceso judicial en dos diferentes papeles. Puede, en primer término, ser mero “testigo de hecho”, es decir, actuar

como un profesional de la medicina con los conocimientos que para ello posee, en tanto se le solicita información sobre alguno de sus pacientes, por los alcances judiciales de la conducta de aquél, y puede actuar también, tema de mucha mayor trascendencia para los fines del presente texto, como un “testigo experto”, esto es, como “perito”.

Queda claro entonces que el médico especialista en psiquiatría puede ser llamado por algún órgano de procuración o administración de justicia que solicite su intervención profesional. Tal llamamiento y la intervención que implica pueden ser con frecuencia mal entendidos, y así, habrá quienes piensen que la participación del psiquiatra se limitará al diagnóstico médico clínico de alguna enfermedad mental o la ausencia de ella. Más allá de este limitado papel, es deseable que el psiquiatra esté en situación de determinar si el sujeto evaluado se halla en alguno de los estados que la ley define como circunstancias especiales que exigen consideración legal. Por ello se ha hablado de términos como capacidad civil, capacidad mental, imputabilidad, interdicción, pretendiendo que el psiquiatra sepa traducir lo que ve como médico especialista, al terreno del derecho y las leyes. Sólo de esta manera puede considerarse una intervención pericial como completa.

El perito psiquiatra debe decidir si su examinado se encuentra en la situación que la ley conoce como “enajenación mental”, y que puede definirse como un estado “patológico del individuo, por detención del desarrollo mental –como el caso del retraso mental–, o por desviación o decadencia –tal es el caso de problemas como las psicosis o la demencia– de las funciones mentales”. Esta decisión requiere que dichos estados consistan en especies o categorías mórbidas bien definidas, al grado de exentar al individuo de responsabilidad penal o limitar su capacidad civil.

El derecho suele hablar de enajenación total cuando el sujeto se halla completamente privado de la voluntad y el entendimiento –como el retraso mental o la esquizofrenia–, o bien de enajenación parcial cuando sólo están disminuidas la voluntad y el entendimiento.

Una enfermedad mental pone al sujeto en situación de enajenación, y en condiciones de inimputabilidad o incapacidad civil, cuando cumple con los siguientes criterios:

1. Criterio psicopatológico. La enfermedad afecta el conocimiento, quien la sufre realiza actos, el juicio para aplicar tales actos, y la libertad volitiva que emplea. Querer, conocer y actuar.

2. Criterio cronológico. La enfermedad debe ser persistente en el tiempo, de modo que los estados intermitentes no determinan incapacidad; sin perjuicio de que los actos cometidos en condiciones como el sonambulismo o los fenómenos postictales, pudieran ser impugnados por falta de conocimiento.

3. Criterio jurídico. La ley exige que la anomalía impida al sujeto autogobernarse.

Por supuesto que el valor que tiene la opinión del psiquiatra como perito no puede considerarse jurídicamente como definitivo. La resolución con respecto a cualquier asunto judicial corresponde, en último término, al juez para el que la opinión pericial no es sino un elemento más. Para fines de interpretación de una opinión pericial en el sentido de la enfermedad mental, el criterio que hemos llamado jurídico suele resultar el de mayor peso.

De acuerdo con López M. (2003), el objetivo de todo reporte pericial psiquiátrico puede resumirse en los siguientes puntos:

1. Demostrar si existe o no un trastorno mental.

2. Relacionar dicho trastorno con las capacidades del peritado para querer, entender y obrar en un presunto delito, si se trata de un asunto de orden penal, o bien para desempeñar un cargo o disolver o contraer un vínculo contractual, si se trata de un asunto de naturaleza jurídicamente civil, e incluso para desempeñar un trabajo o considerar a la enfermedad como secuela de algún trabajo realizado, cuando se trata de asuntos laborales.

3. Dejar claras las consecuencias jurídicas de la enfermedad mental.

4. Responder a cualquier otro cuestionamiento hecho por el juzgador y relacionado con la enfermedad.

Consideraciones finales

· El desarrollo de las ciencias jurídicas, aparejado al de las ciencias neurobiológicas y del comportamiento, está concediendo al derecho y a la medicina una visión nueva del proceder respecto a la condición jurídica de los enfermos mentales.

- El trabajo conjunto dista mucho de haber concluido, y en los próximos años resultará indispensable la comunicación y el intercambio científico y humanístico entre ambas disciplinas, en dirección a garantizar los derechos de quienes han enfermado.
- No es posible hoy día entender la labor de un médico especialista en psiquiatría que no considere sus responsabilidades periciales, encaminadas a defender la situación legal de sus pacientes.

Bibliografía

- Abrahamsen, D., *La mente asesina*, primera edición, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Cabrera Forneiro, J., Fuertes Rocañín, SC., *Psiquiatría y derecho*, Arón Ediciones S.A., España, 1990.
- CIE 10 (Clasificación Internacional de Enfermedades), Organización Mundial de la Salud (OMS), 1992.
- Clemente, M., *Fundamentos de psicología jurídica*, Editorial Pirámide, Madrid, 1995.
- Gutheil TG., *The psychiatry as expert witness*, American Psychiatric Publishing, USA, 2002.
- López, M. F., *La práctica forense en psiquiatría*, Colección PAC psiquiatría 4, Editorial Intersistemas, 2003.
- Marco, R., Martí J L., Bartran P., *Psiquiatría forense*, Barcelona, Editorial Salvat, décima edición, 2004.

Derecho civil y derecho laboral

*Dr. Juan Antonio Legaspi Velasco **

Resumen

El tema *Derecho civil y laboral* del Seminario Derecho y Medicina, y los enunciados a desarrollar en este contexto, como la incapacidad temporal para trabajar, son de referencia diaria en el quehacer de los médicos especialistas en medicina del trabajo, durante el proceso de atención médica de los trabajadores que sufren un daño como consecuencia de su actividad laboral, al determinar criterios para la calificación del hecho, misma que influye sustancialmente en la prestación económica que el trabajador puede recibir, por un lado y, por el otro, en la repercusión que dicho suceso provoca en las empresas, directamente en la prima que aportan a la seguridad social, en el ramo de seguro de riesgos de trabajo.

El tema se refiere, en gran medida, a las condiciones de trabajo, donde el desempeño de la actividad humana puede afectar el valor máspreciado del hombre que

*Médico egresado de la UNAM con estudios de posgrado en Medicina del Trabajo en el IMSS. Invitado experto de la OIT desde 1980. Coordinador de los estudios de maestría en la UNAM, el IPN, el IMSS y el ISSSTE, actualmente es gerente de Desarrollo de Recursos humanos en la empresa Luz y Fuerza.

trabaja: su salud, en un ámbito en el que, de diversas maneras, todos estamos inmersos, en la medida en que formamos parte del mundo laboral.

De ahí que los riesgos de trabajo sean materia del derecho laboral, ya que son los supuestos de realización de hechos que afectan al trabajador en su desempeño, en un contexto en el que existe un sin número de agentes físicos, químicos, psicosociales, biológicos y ergonómicos que pueden provocar accidentes y enfermedades de trabajo. Estos sucesos son atendidos por la medicina del trabajo, disciplina que forma parte del mundo del derecho laboral, y que promueve y fomenta la plena realización del hombre y, consecuentemente, de la sociedad en que se desenvuelve.

Esta es la magnitud del reto al que se enfrenta el médico que, en su ejercicio profesional, debe determinar si los accidentes y enfermedades que sufre un individuo son producto de su actividad laboral, es decir, si son riesgos de trabajo, a través de un proceso que parte de la calificación del riesgo, pasando por la dictaminación de la incapacidad laboral y, finalmente, realizando la valuación de las secuelas resultantes.

Introducción

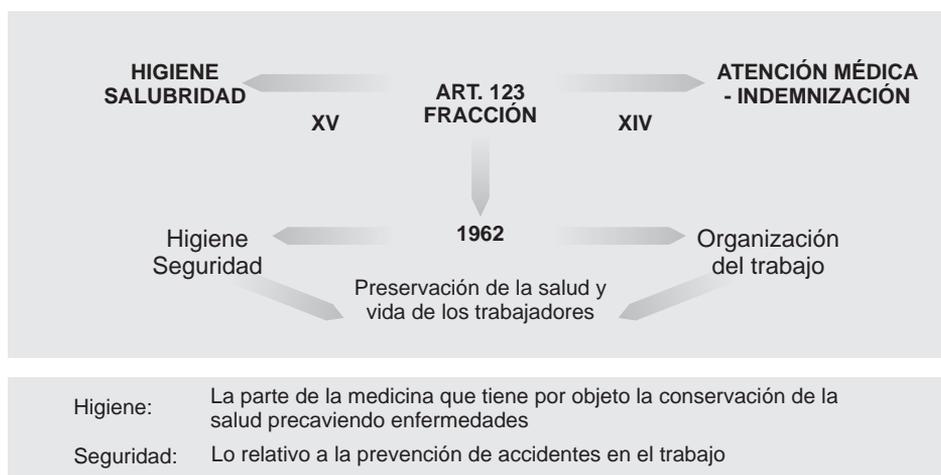
La teoría del riesgo profesional tiene su origen en la ley francesa de 1898. En nuestra legislación, el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPUM) de 1917, en su fracción XIV, nos ubica en el tema. Esta disposición señala que los empresarios serán responsables de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales de los trabajadores sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten, de su atención médica y el pago de la indemnización correspondiente, según el tipo de consecuencia que haya traído –la muerte, o simplemente incapacidad temporal o permanente para trabajar–, de acuerdo con lo que las leyes determinen; asimismo estipula que esta responsabilidad subsistirá aun en el caso de que el patrón contrate el trabajo por un intermediario.

El mismo artículo 123, en su fracción XV, relativa a la prevención, materia de la medicina del trabajo y otras disciplinas, señala la responsabilidad de los patrones de

cumplir con la normatividad en seguridad e higiene, y en el cuidado de la salud y la vida de los trabajadores, así como del producto de la concepción, cuando se trate de mujeres embarazadas.

Nuestra Constitución, por tanto, contiene elementos que relacionan al derecho con la medicina en su rama del trabajo, su organización, la responsabilidad normativa, la salud y vida de los trabajadores, la seguridad y la higiene en el trabajo, así como la atención médica y las indemnizaciones correspondientes por motivo de los riesgos de trabajo.

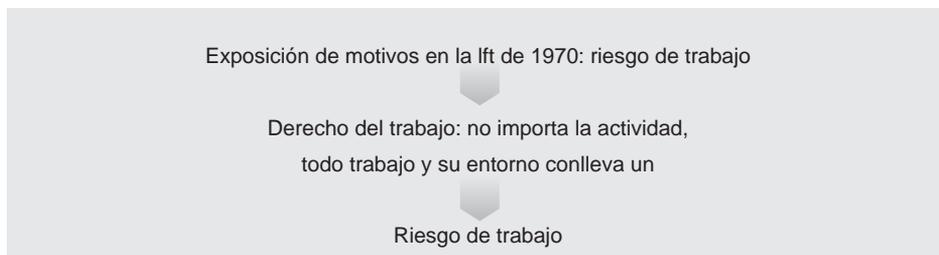
ELEMENTOS EXISTENTES SOBRE MEDICINA DEL TRABAJO ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917



El concepto de riesgo profesional plasmado en la Constitución ha conservado la misma denominación, no obstante que la Ley Federal del Trabajo (LFT) de 1931 que así lo citaba, lo cambió en 1970 por el de riesgos de trabajo.

Al respecto, es conveniente mencionar que desde 1935 una ejecutoria de la Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia (SCJ) considera la idea del riesgo como algo inherente al trabajo, sobre la línea de que es éste –el trabajo– lo que conlleva un riesgo inherente, y no las profesiones ni las ocupaciones.¹

LEY FEDERAL DEL TRABAJO DE 1931: RIESGO PROFESIONAL



El criterio médico en la determinación de la incapacidad laboral

La incapacidad laboral es la imposibilidad de desempeñar las tareas que realiza un trabajador; ésta puede tener dos vertientes, el riesgo de trabajo o la enfermedad general; en ambos casos será el criterio del médico que atienda a la persona el que determine o no su existencia.

Para los efectos del tema nos abocaremos al lo que se señala en la Ley Federal del Trabajo (LFT) con relación a los riesgos de trabajo y sus consecuencias, ya que es este ordenamiento el que define a la incapacidad laboral, en concordancia con las leyes del Seguro Social, del ISSSTE y otras afines, cuya acepción es la misma si la incapacidad es de trabajo o no.

La LFT señala en su artículo 473 que los riesgos de trabajo, término genérico, comprenden los accidentes y las enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo; el artículo 474 define que el accidente de trabajo es toda lesión orgánica o perturbación funcional, inmediata o posterior, o la muerte, producida repentinamente en ejercicio o con motivo del trabajo, cualesquiera que sean el lugar y el tiempo en que se presente; asimismo, incluye el accidente denominado en trayecto o en *intinere*.

De igual modo el artículo 475 define que la enfermedad de trabajo es todo estado patológico derivado de la acción continuada de una causa que tenga su origen o motivo en el trabajo o en el medio en que el trabajador se vea obligado a prestar sus servicios.

LEY FRANCESA DE 1898: TEORÍA DEL RIESGO PROFESIONAL

EJECUTORIA SC.JN EN 1935: PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

El riesgo es inherente al trabajo



Sustituye las doctrinas subjetivas civilistas de la idea de la culpa y de la responsabilidad contractual

Mientras el accidente de trabajo se produce en forma súbita y, en general es visible, la enfermedad de trabajo sobreviene como resultante de una evolución lenta y progresiva, esto es que implica años para su establecimiento.

Existe, por lo tanto, una característica esencial de los accidentes y enfermedades de trabajo: el trabajo y su relación de causa-efecto.

Los riesgos de trabajo pueden producir incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total y la muerte.

IDENTIDAD ESENCIAL DE LOS ACCIDENTES Y ENFERMEDADES DE TRABAJO



Calificación

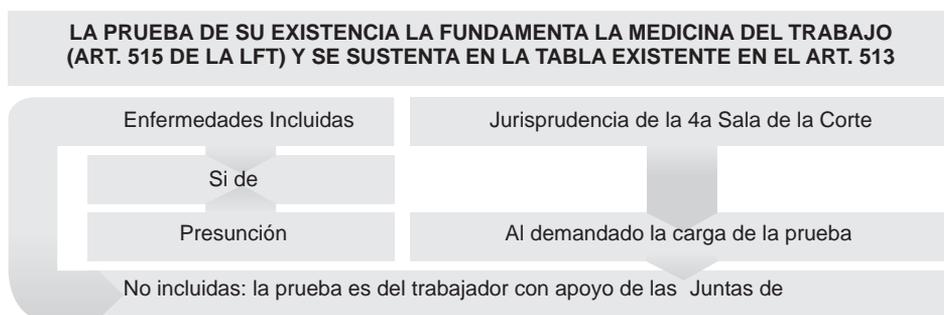
Como comentamos, para determinar si el daño del trabajador es o no derivado de un riesgo de trabajo a fin de precisar el grado de incapacidad, se requiere de la calificación del mismo. Abordaremos el tema en dos casos.

Accidentes de trabajo. El médico deberá analizar la información relativa al accidente y con base en ello calificarlo según proceda. Será de trabajo cuando el mecanismo del accidente sea congruente con la lesión y haya ocurrido en el centro de trabajo o con motivo del mismo, durante su jornada normal o extraordinaria del trabajador y siempre y cuando no exista ninguna de las excluyentes que menciona la LFT.

Enfermedad de trabajo. El médico debe analizar la información contenida en el aviso correspondiente, solicitar los estudios que el caso requiera, elaborar el diagnóstico nosológico y etiopatológico del padecimiento; con base en ello y con la información proporcionada por la empresa –la cual debe señalar los agentes a que ha estado expuesto el trabajador–, determinará si el estado patológico es consecuencia de la exposición a dichos agentes del medio ambiente de trabajo y si son acordes con la historia natural de la enfermedad, estableciendo la relación de causa- efecto.

La dictaminación de la patología deberá apegarse a lo que señala el artículo 513 de la LFT; al respecto, la tabla de enfermedades de trabajo, que enuncia 161 patologías (la LFT de 1931 en su artículo 326 enunciaba 40 entidades), no es limitativa, ya que lo único que hace es reconocer o establecer determinada presunción a favor del obrero y cuando el padecimiento no esté catalogado en la tabla, es el trabajador quien debe probar que se contrajo con motivo del servicio para que se considere como tal, de acuerdo con lo que señala la Cuarta Sala de la SCJ en 1981.²

ENFERMEDADES DEL TRABAJO



Lo anterior implica el dominio de conocimientos especializados, vertidos a través de peritos en medicina del trabajo, como se indica en el informe de la Cuarta Sala de la SCJ de 1980.³

En resumen, para dictaminar la procedencia o no del hecho reclamado como riesgo de trabajo se deberán tomar como base los tres elementos constitutivos del riesgo: la lesión, la causa que la produjo y la relación causal trabajo-daño, es decir, la causa y el efecto.

Es indudable que el medio probatorio apto para la calificación de los daños de trabajo –incluyendo el accidente de *itinere*– es el dictamen pericial médico, situación que se señala en el informe de la Cuarta Sala de la SCJ del año 1985.⁴

Si a juicio del médico el accidente o la enfermedad no procede como riesgo de trabajo, debe notificarlo por escrito fundamentando la negativa desde el punto de vista médico y legal, situación que en los dictámenes de las instituciones de seguridad social no ocurre.

Tipos de incapacidad

Incapacidad temporal

Una vez calificado el daño de trabajo, condición imprescindible, la LFT define en su artículo 478 que la incapacidad temporal es la pérdida de facultades o aptitudes que imposibilita parcial o totalmente a una persona para desempeñar su trabajo por algún tiempo y que le da derecho, por lo tanto, conforme al artículo 491 de la misma ley, a recibir una indemnización que consistirá en el pago íntegro del salario que deje de percibir, desde el primer día de incapacidad y mientras subsista la imposibilidad de trabajar.

Esta circunstancia es de gran importancia, ya que se relaciona con el desempeño de su trabajo, es decir, que la lesión que presenta le impide desarrollarlo; esta situación generalmente no se toma muy en cuenta.

La condición es relevante en razón del subsidio que devengará el trabajador, el 100% de su salario integral, por el tiempo que determinen el o los médicos tratantes, hasta

los límites establecidos en las leyes del Seguro Social, del ISSSTE y afines, que es de 52 semanas. Del mismo modo, afecta el otorgamiento de prestaciones en especie como prótesis u órtesis; lo contrario implica que sus prestaciones son diferentes.

También se debe tener en cuenta que la existencia de estados de salud anteriores al riesgo, tales como idiosincrasias, taras, discrasias, intoxicaciones o enfermedades crónicas no son motivo para disminuir el grado de la incapacidad, ni las prestaciones que corresponden al trabajador.

Incapacidad permanente parcial

Si el daño trae como consecuencia una incapacidad permanente parcial, estaremos a lo que dispone el artículo 479 de la LFT, el cual señala que esta condición es la disminución de las facultades o aptitudes de una persona para trabajar, y que el trabajador tendrá derecho a una indemnización que consiste en el pago del tanto por ciento que fija la tabla de valuación de incapacidades contenida en el artículo 514 de la LFT. Para tal fin –la valuación de la incapacidad– hay que seguir ciertos criterios que expondré someramente.

Es necesario valorar los casos en etapa estable, después de haber proporcionado al trabajador el tratamiento médico, quirúrgico, de rehabilitación, reposo, etc. que requiera, a efecto de lograr la mayor recuperación orgánica y funcional posible, y entonces proceder a evaluar únicamente las secuelas y no las fases de agudización del padecimiento.

Para establecer el diagnóstico de valuación con fundamento en los diagnósticos nosológico, etiológico y anatomo-funcional, se requiere someter al trabajador a un examen físico y, cuando el caso lo requiera, a estudios de gabinete y laboratorio especializados en las enfermedades de trabajo, y sólo después de éstos, emitir el dictamen correspondiente, el cual debe contener el porcentaje de daño, de acuerdo a las secuelas consignadas en la Tabla de Valuaciones del artículo 514 de la LFT. Cabe mencionar que dicha tabla no se ha modificado desde 1970, lo mismo que la de Enfermedades de Trabajo –artículo 513–, tema que plantea una problemática importante en la valuación de estas últimas, dado que la tabla está enfocada primordialmente a accidentes.

Cuando existan porcentajes mínimo y máximo en las tablas, se debe aplicar uno u otro nivel, de acuerdo al diagnóstico anatómico-funcional.

Considero que en caso de omisiones en la tabla de valuaciones, se debe hacer uso del artículo 17 de la Ley y, por similitud, aplicar la fracción que corresponda.

Las principales enfermedades de trabajo que se reclaman en materia de calificación y valuación de incapacidades permanentes son relativas a patologías bronco-pulmonares, otopatías, intoxicaciones y cáncer, cada una de las cuales requiere criterios diferentes, tanto en su calificación como en su valuación. Por ejemplo, en la primera de estas patologías, las bronco-pulmonares, se deben ponderar los cuatro aspectos más significativos, que son el clínico, el radiográfico de tórax, el de pruebas de función pulmonar y el de valoración clínica. Para fines didácticos se anexan los criterios a tener en cuenta en el caso de estas enfermedades.

Para determinar el porcentaje que corresponde, entre el máximo y el mínimo establecidos en dicha tabla, es necesario tomar en cuenta la edad del trabajador, la importancia de la incapacidad, y la mayor o menor aptitud para ejercer actividades remuneradas semejantes a su profesión y oficio; de igual manera se tomará en consideración si el patrón se ha preocupado por la reeducación profesional del trabajador, tal como se señala en el artículo 492 de la LFT.

Si la incapacidad consiste en la pérdida absoluta de las facultades o aptitudes del trabajador para desempeñar su profesión, la Junta de Conciliación y Arbitraje (JCA) podrá aumentar la indemnización hasta el monto de lo que le correspondería por el total, tomando en cuenta la importancia de la profesión y la posibilidad o imposibilidad de desempeñar una de categoría similar, susceptible de producirle ingresos semejantes (artículo 493 de la LFT).

En casos de falta inexcusable del patrón la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (JFCA) podrá aumentar la indemnización en un 25% (artículo 490 de la LFT).

Incapacidad permanente total

El artículo 489 de la LFT define que la incapacidad permanente total es la pérdida de facultades o aptitudes de una persona que le imposibilita para desempeñar cualquier

trabajo por el resto de su vida; en este caso, la indemnización consistirá en una cantidad equivalente al importe de 1095 días de salario.

Esta situación por lo general es rara, ya que lo más común, y que genera controversias judiciales en las Juntas de Conciliación, son las valuaciones de patologías diversas cuya sumatorias pueden dar como resultado más del 100%, ya sea por el mismo accidente o enfermedad, o como producto de diferentes hechos. En estos casos hay que atenerse a lo que señala el artículo 494 de la LFT, que indica que el patrón no estará obligado a pagar una cantidad mayor de la que corresponda a la incapacidad permanente total, aunque se reúnan más de dos incapacidades.

En relación con los aspectos señalados en cuanto a la dictaminación de las incapacidades, debe de tenerse muy en cuenta que la LFT señala en su artículo 481 que la existencia de estados anteriores tales como idiosincrasias, taras, discrasias, intoxicaciones o enfermedades crónicas, no es causa para disminuir el grado de incapacidad, ni las prestaciones que correspondan al trabajador.

Muerte por riesgo de trabajo

Lo expuesto sobre la calificación de los accidentes y enfermedades de trabajo adquiere especial relevancia para los familiares en cuanto a la indemnización y pensión resultantes.

En el primer caso, los familiares, a la muerte del trabajador, tienen derecho a dos meses de salario por concepto de gastos funerarios y al pago de 730 días de salario, como indemnización. En el caso de las pensiones, a lo que dicten las leyes respectivas referentes a la seguridad social.

Respecto a estos temas, es conveniente comentar que la Ley del Seguro Social en su artículo 53 señala que el patrón que haya asegurado a los trabajadores a su servicio contra riesgos de trabajo, quedará relevado del cumplimiento de las obligaciones que sobre responsabilidad por esta clase de riesgos establece la LFT. Este concepto está vigente desde 1973.

ANEXO

Criterios para la valuación de incapacidad permanente en casos de patología broncopulmonar

- Clínico: los únicos datos que establecen cronicidad son la disnea de esfuerzos progresiva y el aspecto que adquieren los pacientes crónicos y graves.
- Anatómico: las alteraciones se observan indirectamente en la radiografía de tórax postero-anterior en inspiración forzada, interpretada de acuerdo al Código de la Clasificación Internacional de Radiografías de Neumoconiosis de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).
- Funcional: mediante los estudios de mecánica ventilatoria y de intercambio gaseoso para detectar, con el primero, alteraciones de tipo obstructivo, restrictivo y mixto, y con el segundo, la presencia e intensidad de la insuficiencia respiratoria, con la consiguiente hipoxemia o hipoxemia con hipercapnia.
- Cardiovascular: la valoración de las repercusiones de las bronconeumopatías sobre la circulación pulmonar y sobre las cavidades cardíacas derechas, mismas que pueden variar desde hipertensión de la arteria pulmonar a cor pulmonale, o insuficiencia cardíaca congestiva, se debe diagnosticar por medio de datos clínicos, serie cardíaca y electrocardiograma.
- Para ponderar el grado de incapacidad físico funcional, se deberá tomar en cuenta la etapa de la evolución del padecimiento y aplicar una escala que varía de diez en diez, hasta llegar al 100%, con el fin de otorgar, en cada caso en particular, la valuación más justa según la magnitud de las alteraciones que presente el trabajador.
- Cuando un caso caiga entre dos valuaciones, se deberá de utilizar como criterio la valuación de los datos más objetivos, que son la espirometría, la gasometría arterial y las alteraciones radiográficas interpretadas debidamente. Teniendo en cuenta que la ley establece un mínimo y un máximo para cada fracción en la Tabla de Valuación, se deben considerar las condiciones particulares del trabajador, tales como su edad, sus condiciones de vida y sus labores, entre otros.

Referencias

- ¹ De la Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 2a ed, 1981. Tomo II, p. 130.
- ² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Cuarta Sala, Tesis 68, p. 48, 1981.
- ³ _____ Tesis 69, pp. 48 y siguiente, 1980.
- ⁴ _____ Tesis 53, pp. 41 y siguiente, 1985.

Bibliografía

Ley Federal del Trabajo, 12ª ed., Secretaría del Trabajo y Previsión Social, México, 1996.

CAPÍTULO 6

Seguro médico y valoración médico legal

Lic. Humberto Ruiz Quiroz

Dr. Luis Miguel Vidal

Concepto y elementos esenciales del contrato de seguro

Distinción entre Seguro de daños y Seguro de personas

*Lic. Humberto Ruiz Quiroz **

Nuestra Ley sobre el Contrato de Seguro (LCS) promulgada en 1935, que derogó el título VII del libro II de nuestro ya antiguo Código de Comercio, inicia su articulado, proporcionándonos la noción del contrato de seguro, con estas palabras: “Por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato”.

Este artículo contiene, si no una definición esencial propiamente dicha, sí la expresión de lo que en lógica se llama una definición descriptiva, es decir, que contiene los elementos que permiten distinguir este contrato de otros respecto de los cuales debe recaer el consentimiento, elemento esencial genérico de todo contrato.

Nuestro legislador se inspiró al en el artículo 1o. del Proyecto formado por la Federación Italiana de Empresas de Seguros, y podemos decir que expresa con claridad y precisión los elementos esenciales específicos del contrato de seguro que son:

* Director del Despacho particular Ruiz Quiroz.

- a) El riesgo o eventualidad prevista en el contrato (artículo 45 LCS), el que se puede definir como *suceso futuro e incierto de carácter dañoso*.
- b) La prestación del contratante del seguro o *prima*.
- c) La prestación del asegurador, que es la cobertura del riesgo por la garantía del asegurador y que, si se realiza el siniestro, llegará a ser el pago de una suma de dinero o el *resarcimiento de un daño*.

En esta forma de expresar la definición, el legislador está refiriéndose a las dos grandes divisiones del seguro: en primer lugar a la *de personas*, en la que la obligación del asegurador puede cubrir un interés económico o bien dar derecho a prestaciones independientes, en absoluto, de toda pérdida patrimonial derivada del siniestro (artículo 152) y, en segundo lugar a la *de daños*, cuyo carácter es eminentemente indemnizatorio (artículos 85 y 86).

d) La empresa es elemento esencial del contrato en nuestro derecho, en la legislación universal y en la doctrina dominante, pues no puede concebirse la operación aislada de seguro, ya que ésta debe descansar en el *procedimiento económico de la mutualidad*, es decir, que debe reunirse una gran masa de riesgos homogéneos para distribuir, entre todas las personas a quienes ellos amenazan, las consecuencias económicas dañosas que producen los siniestros en los, relativamente poco numerosos, casos en que el riesgo se realiza. Por esto, nuestra Ley sobre el Contrato de Seguro en su artículo 2o. exige que el asegurador sea una empresa organizada conforme a la ley administrativa de control, la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, la que no sólo determina de manera minuciosa los requisitos de constitución, organización y funcionamiento de las empresas aseguradoras, sino define como delito la práctica de la operación activa de seguros por quien no sea titular de la autorización del Estado para realizar esa actividad en nuestro territorio.

La organización de la empresa de seguros descansa, como citamos arriba, sobre el procedimiento económico de la mutualidad que, a su vez, está basado en la ley de los grandes números, que brevemente se puede describir a través de los siguientes enunciados.

Ha existido en todos los tiempos una amenaza de daños hacia todos los humanos, es decir, todos los hombres están sujetos a la posibilidad de sufrir algún daño en su persona o en sus bienes; esa posibilidad se llama riesgo, término que podemos definir como “suceso futuro de realización incierta o, simplemente, una eventualidad dañosa”.

Una manera de hacer frente a las consecuencias de esos sucesos futuros de carácter dañoso consiste en un procedimiento económico denominado mutualidad, por medio del cual se reparten los posibles daños que puede sufrir una pluralidad de personas expuestas a un riesgo, entre sólo aquellas en que éste se convierte en realidad; por lo que, si los daños previstos para todos los expuestos al riesgo, que sólo se realizan en algunos de ellos, se reparan mediante la aportación de la parte alícuota de todas las personas expuestas a ese riesgo que forman parte de la mutualidad, se llega al resultado de que esos daños no arruinan a quien sufre la realización del riesgo gracias a que, al cooperar todos al resarcimiento, la pérdida se comparte y resulta no demasiado gravosa para cada uno de los mutualizados.

Pero, al ser un suceso futuro e incierto, se dificulta fijar la cuota en forma precisa en el momento de constituirse la mutualidad, al mismo tiempo que postergar la aportación hasta que ocurran algunos siniestros entre los miembros de la mutualidad, expone a ese grupo a que algunos ya no quieran aportar la cantidad que les corresponde.

El remedio a este inconveniente se ha encontrado al observar los hechos de la misma especie, cuya posibilidad de realización constituye el riesgo y cuya actualización es el siniestro.

La observación y el registro de la realización de los siniestros de la misma especie han revelado que éstos suceden en forma que puede determinarse con una aproximación extraordinaria, conforme a los siguientes datos:

- . Aunque el riesgo –amenaza de daño– es universal o general, sólo se realiza para un grupo reducido de los expuestos a él.
- . Si la observación y el registro de las veces que ocurre en la realidad un riesgo que amenaza a un grupo numeroso, en un lapso determinado, se repite en gran número de pruebas, los resultados que en ellas se obtienen, dan cifras que varían muy poco entre sí.

· Los resultados de cada prueba efectuada en igualdad de circunstancias difieren entre sí, tanto menos cuanto mayor es el número de casos posibles que se comprenden en cada prueba realizada.¹

La regularidad con la que se producen esos acontecimientos homogéneos dio origen a lo que se llama ley de los grandes números.

Podemos concluir, hasta este punto, entre otras cosas, que la empresa de seguros constituida conforme a la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, con autorización del Estado, descansa sobre el procedimiento económico de la mutualidad, y que su fin es reunir las cantidades suficientes para pagar los siniestros que se realicen, lo que se hace con las cuotas de todos los asegurados que forman esa mutualidad, a las que se adicionan las cantidades necesarias para cubrir los gastos administrativos de la empresa, más los de adquisición –como son la publicidad y las comisiones de los agentes–, los impuestos y las utilidades.

Las partes

El contrato de seguro se celebra necesariamente por la empresa aseguradora autorizada por el Estado, por una parte y, por la otra, en general, por el asegurado, es decir, la persona que está expuesta a la eventualidad prevista en el contrato, al suceso que puede causarle un daño en su persona o en su patrimonio.

Estas dos personas –asegurador y asegurado– son los dos sujetos de la relación aseguradora. Sin embargo, no siempre quien celebra el contrato con la aseguradora es el sujeto que está expuesto al riesgo de sufrir un daño en su persona o en su patrimonio, pues el contrato puede ser celebrado por una persona distinta al asegurado.

El seguro puede ser contratado por un representante, sea legal o convencional, como lo prevé el artículo 9° de la Ley sobre el Contrato de Seguro, caso en el que se aplican todas las normas del derecho común, por lo que no hace falta que nos extendamos en él; pero, en materia de seguros, se puede celebrar este contrato por cuenta de un tercero que no tenga representación legal ni convencional, como lo prevé el

artículo 10 de la misma ley, e incluso, al celebrarse el contrato, puede expresarse u omitirse el nombre de ese tercero por cuya cuenta se contrata, situación que en la práctica y en la doctrina universal se designa con la expresión “contrato por cuenta de quien corresponda”, caso previsto en el artículo 11 de la Ley sobre el Contrato de Seguro.

Estas dos hipótesis –la del contrato por cuenta de tercero y la del seguro por cuenta de quien corresponda– se dan en el seguro de daños, y el tercero, por cuya cuenta se contrata, es el titular del interés asegurable, es decir, aquella persona que de producirse el siniestro sufrirá una pérdida patrimonial.

En el seguro de personas no se da esta figura, aunque aparentemente se desprenda del artículo 156 de la Ley del Contrato de Seguro, que prevé el seguro sobre la vida de un tercero, caso en el que es necesario el asentimiento previo y por escrito de ese tercero.

Esta figura corresponde a un contrato celebrado por cuenta propia, con la autorización del tercero sobre cuya vida se contrata; pero no es un contrato por cuenta de ese tercero, quien no será titular ni de los derechos ni de las obligaciones derivadas del contrato. En los dos supuestos antes analizados, el contrato por cuenta de tercero –determinado o indeterminado–, éste es exclusivamente eso, un tercero, que no es parte en el contrato, aunque a su favor se constituya el derecho a cobrar la indemnización.

Una vez citados los terceros por cuya cuenta se contrata, y aclarado que no son parte, puesto que su consentimiento no se necesita para la celebración del contrato, es preciso hacer referencia a que el contrato de seguro se celebra con frecuencia a favor de terceros, especialmente el seguro sobre la vida propia, por razones obvias, puesto que el beneficio del contrato se va a producir cuando el contratante asegurado fallezca y no será él quien reciba la prestación de pago asumida por el asegurador. En todos estos casos estamos en presencia de un contrato o estipulación a favor de tercero, de cuya naturaleza participarán estos actos que crean derechos a favor de quien no fue parte en el contrato.

Al lado de los elementos esenciales del seguro, el interés es un presupuesto necesario de ese acto, aunque se discute si es en todo seguro o sólo en el de daños; pero independientemente de la postura que se adopte, la forma de operar es distinta en uno y otro. En el de daños tiene como consecuencia la aplicación de la regla proporcional

(artículo 92 LCS), que no existe en seguro de personas, pues el interés en este tipo de contratos no puede valuarse y, por lo tanto, no puede haber sobreseguro, seguro pleno o infraseguro.

En el seguro de daños es indispensable la existencia del interés en quien lo contrata o por cuya cuenta se contrata, porque este seguro no puede ser un contrato que produzca una ganancia al contratante, sino que debe ser indemnizatorio para quien tenga derecho a recibir la prestación del asegurador pues, en caso contrario, se fomentaría la especulación o se convertiría en una apuesta y hasta podría originar que propiciara los siniestros voluntarios.

Lo anteriormente expuesto se refiere al contrato de seguro en general y, aunque se ha hecho referencia a que existen dos ramas del seguro, el de daños y el de personas, no se ha hecho especial alusión a este último, que es el que tiene interés para los médicos.

Desde la definición del contrato en el artículo 1o. de la LCS se desprende la existencia de esas dos ramas, cuando establece que la prestación del asegurador consiste en la indemnización que recibirá el asegurado, en el seguro de daños, mientras que se menciona también que el asegurador se obliga a pagar una suma de dinero, sin que se califique de reparación de un daño; esta prestación es a la que se obliga la aseguradora en el seguro de personas.

Esta distinción deriva de que en el seguro de personas no es indispensable que la prestación a que se obliga el asegurador sea igual o menor, nunca superior a la cuantía o medida de los daños que sufra el asegurado.

En el seguro de personas, aunque también el riesgo consiste en un evento dañoso, éste no puede medirse en la mayoría de los casos, mediante la determinación de una suma de dinero que equivalga exactamente al valor del daño sufrido.

Por esta razón, nuestra L.C.S. en su texto original, empezaba su título tercero con los artículos 151 y 152 que decían:

Art. 151. El contrato de seguro sobre las personas comprenden todos los riesgos que puedan afectar a la persona del asegurado en su existencia, integridad personal, salud o vigor vital.

Art. 152. El seguro de personas puede cubrir un interés económico de cualquier especie, que resulte de los riesgos de que trata este título, o bien dar derecho a prestaciones independientes en absoluto de toda pérdida patrimonial derivada del siniestro. En el seguro sobre las personas, la empresa aseguradora no podrá subrogarse en los derechos del asegurado o del beneficiario contra terceros en razón del siniestro.

Posteriormente, en el año 2002 se reformó este último artículo, para quedar en la siguiente forma:

Art. 152. El seguro de personas puede cubrir un interés económico de cualquier especie, que resulte de los riesgos de que trata este título, o bien dar derecho a prestaciones independientes en absoluto de toda pérdida patrimonial derivada del siniestro.

En el seguro sobre las personas, la empresa aseguradora no podrá subrogarse en los derechos del asegurado o del beneficiario contra los terceros en razón del siniestro salvo cuando se trate de contratos de seguro que cubran los gastos médicos o la salud.

El derecho a la subrogación no procederá en caso de que el asegurado o el beneficiario, tengan relación conyugal o parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado o civil, con la persona que les haya causado el daño, o bien si son civilmente responsables de la misma.

Nuestra ley, que es del año 1935, se expidió cuando la costumbre de contratar seguros de gastos médicos e incluso de accidentes era casi desconocida en México, por lo que carecemos de disposiciones específicas para ese tipo de contratos, lo que ha originado que su regulación en detalle esté reservada a las cláusulas que cada contrato contiene, por lo que es urgente reformar la ley o mejor expedir una nueva, en la que se incorporen normas que imperativamente deben contener esos contratos, al lado de otras disposiciones supletorias de la voluntad.

Las cláusulas que actualmente se acostumbra poner en las pólizas serán explicadas desde el punto de vista médico, por el siguiente expositor que participa en este tema.

Referencias

¹ Ruiz Rueda, Luis, *El contrato de seguro*, Editorial México, 1978, p.7.

El seguro médico y la valoración médico-legal

*Dr. Luis Miguel Vidal **

Para el sector asegurador mexicano transformarse es evolucionar hacia la excelencia. Los seguros médicos no se han estancado y están evolucionando para asegurar a más personas con el paso del tiempo. En este texto me referiré al uso de los seguros de gastos médicos y al crecimiento en el número de personas que los contratan en este país

Evolucionar hacia la excelencia es lo que hace cada quien para poder dar a la población mexicana lo que necesita. Desde el punto de vista médico, ¿qué significa profesionalizar? Significa llegar a un nivel de excelencia en la atención. A continuación voy a exponer algunos ejemplos para que quede claro lo que sucede en el ámbito médico en los niveles de excelencia.

Cuando un individuo está estudiando la carrera de medicina tiene la oportunidad de pertenecer a un grupo selecto de estudiantes de la más alta calidad. En la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) existe el Programa de alta exigencia académica,

* Director Médico y de Hospitales GNP.

nombrado Núcleos de calidad educativa en la Facultad de Medicina. Integran este programa los alumnos con los mejores promedios, los que a su vez forman parte de estrategias educativas innovadoras encaminadas a la excelencia en la calidad.

Cuando un médico termina la especialidad y quiere ejercer su profesión tiene que pertenecer a un grupo de individuos de alta calidad mediante un proceso de certificación; para ello existen consejos que certifican a los médicos especialistas y se publica un libro anual donde aparecen los nombres de los que están certificados en este país. Eso genera un currículo importante y la seguridad de la calidad de la atención de estos profesionistas. De la misma manera, pertenecer a asociaciones académicas o academias –como la Academia Nacional de Medicina– significa ingresar a un selecto grupo de individuos que han publicado artículos, tienen una trayectoria profesional reconocida y un nivel de excelencia dentro de su profesión.

Llegar al nivel de excelencia significa calidad, ámbito en el cual se mueven los seguros de gastos médicos. La calidad de los servicios de salud y el costo de los mismos, por supuesto, son tema muy importante para los seguros. Entonces, ésta es una división didáctica basada éticamente, en donde lo más importante es la intersección, pues para poder establecer la tarifa de un seguro necesitamos saber cuál es el costo de los servicios. De esta manera y, después de una metodología utilizada por los actuarios, podemos llegar a responder a la pregunta ¿cuánto cuesta un seguro médico?

Uno de los insumos más importantes para fijar el precio de un seguro es conocer la oferta de servicios existente y cuánto cuestan; es decir, un seguro va a pagar lo que los servicios de salud regularmente cobran, se establece una tarifa para venderlo con la información y los costos del presente. Sin embargo, en el momento en que el seguro se vuelve verdad, porque una persona, ustedes o yo, nos atendemos en un servicio de salud, entonces existe el pago que se convierte en siniestralidad, esto es; cuando una compañía de seguros paga a los médicos, hospitales, servicios sociales, etc., que han sido utilizados por un asegurado, le llamamos siniestralidad, digamos que es el dinero que sale de la compañía para pagar los servicios. Si no hay algún control sobre los costos de los servicios evidentemente el dinero de las primas que recibe la compañía no alcanzaría para pagarlos.

Por otra parte está el aseguramiento de la calidad del servicio pues ¿a quién no le gustaría tener la seguridad de que el servicio de salud al que acude le va a dar la mayor calidad médica, con la mayor satisfacción a un costo razonable y de manera consistente; es decir, que cada vez que se acuda a un servicio como parte de un mismo procedimiento no se generen cantidades diferentes? Está implícito que se busca mejor calidad médica con un costo razonable pues ya no hay dinero que alcance para los servicios de salud privados, sobre todo, si siguen creciendo los costos. Por ende, todos los gastos probables generados alrededor de los servicios de salud –medicamentos, honorarios médicos, cirugías, estancia hospitalaria, etc.– influyen en el precio y en la venta de un seguro.

Por otro lado, una pregunta fundamental cuando alguien desea adquirir este tipo de seguro es *dónde se quiere atender*. el seguro se vende con base en las expectativas que tienen quienes van a comprarlo para sí o su familia, que puede ser cualquiera de nosotros.

En términos de calidad ¿qué es lo que hace la compañía de seguros? La compañía de seguros tiene médicos en convenio, para tener la certeza de cuánto van a cobrar por una consulta cada vez que un paciente/cliente acuda de manera consistente. El problema con este esquema es que se somete a los médicos a un tabulador de honorarios, dificultando la relación de negocio en la profesión. Los tabuladores establecen hasta cuánto se puede pagar de acuerdo a lo que contrató la persona al comprar el seguro; entonces, hasta ese límite se puede pagar. Aquí no se trata de que un médico es de más o de menos calidad, todos son de la misma, la diferencia radica en que cada uno atiende mercados diferentes. Desde luego, no es lo mismo tener el consultorio en las Lomas de Chapultepec que en San Juan del Río, Querétaro.

Grupos de médicos de alta calidad, certificados en sus competencias, con experiencia y trayectoria, así como nivel de excelencia en la medición de sus resultados son factores muy importantes para la compañía de seguros, a fin de que sean ellos los que entren en el convenio. Ahora bien, esta situación no es exclusiva de México o Estados Unidos; en el Congreso de la Sociedad Internacional de Calidad en Londres de 2006 se presentó un artículo del *The New England Journal of Medicine* que dice que, actualmente, en Inglaterra, a los médicos se les está pagando desde las compañías de

seguros de acuerdo a su nivel de desempeño y a sus resultados; por la tanto, la calidad es esencial.

Lo dicho anteriormente es muy interesante, ya que una de las cosas que estamos buscando las aseguradoras es optimizar el costo de los servicios de salud, junto con aquellos a quienes también corresponde esta tarea. Pero, ¿a quién le corresponde? La regulación se tiene que trabajar mucho más –regulación en costos de los servicios de salud– de lo contrario, los seguros no crecerán.

La mayoría de las personas considera que cada año paga más por un seguro médico que no utiliza, sin embargo, al aumento en los costos se encuentra en el lado de los servicios de salud, éstos se incrementan mucho más que la inflación general o la inflación en salud publicada por el Banco de México, pues estos índices incluyen los costos de los servicios públicos, pero cuando nos referimos específicamente a los privados puede ser distinto, y no estoy diciendo que de forma necesaria que no se eleven constantemente, sino que hay hospitales en donde el incremento es mucho y otros en donde no es tanto.

Es importante que tengamos esta información y que todos trabajemos para optimizar los costos. ¿Cómo lo vamos a lograr? Las compañías de seguros no podemos hacerlo solas, las áreas médicas de la propia aseguradora y ésta misma sirven tanto a sus clientes y a sus agentes, que son los intermediarios, como a sus proveedores, es decir, médicos y hospitales. Por lo tanto, si también se sirve a médicos y hospitales lo menos que puede hacer es generar, con ellos, comités de consulta, para preguntarles qué opinan, y entonces que nos digan en qué deberíamos de cambiar. Por ende, necesitamos un círculo de consejeros médicos que, de manera conjunta, indique hacia dónde ir. Eso es lo que se está haciendo en la Sociedad Mexicana de Seguros: proponer reuniones con las academias, asociaciones, sociedades de los hospitales privados, etc., para poder identificar los retos comunes y generar las estrategias pertinentes.

Ahora, cuál es la perspectiva de los médicos sobre las compañías de seguros. Lo primero que dicen es: uno de los atributos más importantes es un pago justo por sus servicios. Sin embargo, el concepto de pago justo puede ser muy relativo, por lo que ha sido un punto de difícil negociación. En realidad, pago justo quiere decir lo que

regularmente se percibe, es decir, lo que el mercado quiere o puede pagar, según sea alto, medio, o no es tan alto ni tan bajo.

El otro punto que los médicos demandan a las aseguradoras es no interceder en la relación médico-paciente. Esto es importante de entender porque este tipo de cuestiones son las que generan quejas y grandes problemas. El co-seguro es un porcentaje de participación monetaria por parte del cliente en el pago de los servicios; para los médicos esto constituye un esquema desfavorecedor en comparación con aquéllos que se encuentran bajo el régimen de convenio –con quienes no hay que pagar co-seguro.

En el tercero punto, en orden de prioridad, están los medios de comunicación utilizados para mantener contacto con los médicos. La atención post-venta de convenios o pólizas debe ser una prioridad permanente para mantener un buen servicio con el asegurado. Además, siguiendo con el tema de la comunicación interpersonal, también tiene que existir calidad en el proceso de programación, es decir, que el médico le avise a la compañía de seguros, con anticipación, que va a atender a una persona para que se pueda expedir una autorización, y ésta se realice de manera eficiente.

Los dos factores más importantes que influyen en la satisfacción al cliente son la solución a sus dudas y a sus quejas, y la rapidez en el pago o reembolso. Esto último está descrito en una encuesta de satisfacción –que es estadísticamente representativa y que se hizo por una sola compañía. En ésta se encontró un índice de satisfacción mayor al 8.5 –en una escala de 10–, a nivel nacional es del 8.2, y hay algunas regiones que están más insatisfechas que otras, por ejemplo, la más insatisfecha es la ciudad de México y su área metropolitana. En esta interpretación también hay que considerar el número de médicos que hay en cada una de esas ciudades.

Ahora bien, ¿cuál es la satisfacción de los médicos con las compañías aseguradoras? En esta misma encuesta se observó que para ellos, como se mencionó antes, los aspectos más relevantes son el pago justo de honorarios, la atención oportuna y la eficiencia en los pagos.

Además de lo ya expuesto, hay otros retos que es indispensable enfrentar para avanzar en la calidad de los seguros médicos, por mencionar algunos, crear consejos o

bien comités de ética por región, operacionalizar los indicadores de calidad y de eficiencia, impulsar los planes de desarrollo en términos de calidad y la retroalimentación orientada a incentivar mejores prácticas. También es esencial mejorar el nivel de calidad de los médicos en los hospitales; al respecto, se está trabajando con la Secretaría de Salud (SSA), para poder hacer un programa único que eleve la calidad y la eficiencia en el uso de los servicios.

Existen cinco elementos que seguimos muy de cerca las aseguradoras en el caso de los seguros de gastos médicos: el primero es la calidad de la atención, antes mencionado; y el segundo es el costo de la atención. Asimismo está la entrega de informes médicos, la utilización de los recursos que tiene la compañía para autorizar, con anticipación la atención de una persona y la satisfacción de los pacientes. Por lo tanto, son varios los fundamentos de la relación con la comunidad médica que se deben desarrollar y que se están logrando dentro del sector de las compañías de seguros, para lo que es primordial tener una participación activa con academias, asociaciones y sociedades médicas, con la finalidad de tener como objetivo crear un impulso a la calidad médica y a la eficiencia en los servicios de salud, al mismo tiempo que se consigue la optimización del costo integral de los servicios.

Ahora bien, en lo que respecta a los costos por procedimientos, como puede ser una cirugía, lo que se busca conseguir es la consistencia a través de todo el sector. En un estudio realizado por la Asociación de Aseguradoras Médicas se observó que existe una gran variabilidad en el costo de una misma intervención. Se evaluaron tres ciudades de la República Mexicana en las que se realizaron tres procedimientos de rodilla comunes mediante una técnica de artroplastía. Los resultados indicaron que no existe ningún tipo de correlación ni consistencia en ninguno de los tres procedimientos. Además, los costos tampoco fueron predecibles al tomar en cuenta factores locales. Por ende, esta heterogeneidad en los precios hace muy difícil establecer un seguro o una prima con un precio constante y correspondiente al mínimo costo, que sería el deseado. Con esta heterogeneidad se tiene que vivir y establecer una prima en el seguro.

Sin embargo, un argumento válido que puede tener el médico que realiza la cirugía es que el costo va de acuerdo con la técnica quirúrgica aplicada, los materiales e instrumentos utilizados, producto de una tecnología avanzada que conlleva un costo adicional. Por lo tanto, el estudio se repitió tomando en cuenta un procedimiento de vesícula biliar técnicamente idéntico en pacientes jóvenes, asegurados y con características similares. Cuando se analizaron los costos promedio de cada uno de los procedimientos registrados, de nuevo se observó una heterogeneidad importante, igual que en el ejemplo anterior. Esto es importante, ya que constituye uno de los obstáculos más grandes para conseguir una verdadera calidad de la atención.

La heterogeneidad en los costos generados por los servicios de salud no sólo aplica a los procedimientos quirúrgicos. Las enfermedades que generan estancias hospitalarias de larga o mediana duración se han convertido en los costos más caros en los últimos años. A su vez, esto repercute en la cobertura de los seguros y en varios aspectos que tienen que ver con temas jurídicos. Ejemplo de ello son los ingresos de recién nacidos prematuros. Hoy en día una proporción importante de ellos se queda en el hospital en el área de cuidados intensivos, en las incubadoras por problemas relacionados con la prematurez. Debido al avance en las técnicas de fertilización asistida, cada vez nacen más niños producto de embarazos de alto riesgo; es el caso también de los alumbramientos múltiples –mellizos, trillizos y quintillizos. Estos avances tecnológicos no se encuentran contemplados por las aseguradoras y actualmente tampoco figuran en los esquemas de cobertura.

A continuación se presenta una tabla de las enfermedades más pagadas por las compañías aseguradoras a nivel nacional.

ENFERMEDAD	MONTO TOTAL (PESOS MEXICANOS)
Cancer de mama	39,973,764
Enfermedad vascular cerebral	31,586,961
Cardiopatía isquémica	24,735,220
Prematurez	17,311,343
Politraumatizados	12,464,227

La buena práctica médica es benéfica para todas las partes involucradas. El primero que gana es el asegurado, después los médicos, los hospitales y las compañías de seguros. Esto constituye una relación tripartita en donde se encuentran los servicios de salud, los seguros de gastos médicos y los pacientes. En realidad, la dinámica de esta relación se da de manera que tanto los servicios de salud como los seguros trabajan para brindar un producto de calidad a los pacientes. Es en estos dos pilares donde se deben centrar todos los esfuerzos para buscar una mejor calidad en la atención.

Existen algunos principios rectores para las compañías aseguradoras que deben regir la relación con los médicos, como son la libertad de fortalecer la relación médico-paciente, respetar su juicio clínico y reconocer que hay diferentes mercados.

Cifras del año 2006 indican que el sector asegurado alcanzó el 5% de la población nacional, lo que representa a 5.355 millones de personas aseguradas. De éstas, aproximadamente 1.5 millones son asegurados individuales y el resto pertenece a grupos colectivos. Este enorme grupo de usuarios está dividido en varios tipos de mercado, de acuerdo a la capacidad de compra de cada uno. Se clasifican con letras, de tal forma que al grupo con mayor capacidad adquisitiva se le denomina *A*, y al que tiene menos se le asigna la letra *D*.

Como el grupo *A* representa a las familias con mayores ingresos, se ha calculado que en este sector el 67% de las personas cuenta con un seguro de gastos médicos. Conforme va descendiendo la escala adquisitiva, disminuye proporcionalmente la cobertura del sector asegurado, hasta llegar al sector *C* en el que sólo el 2% de la población cuenta con un seguro médico. Por tanto, el nivel de penetración de mercado tendrá que situarse en los grupos *B* en adelante.

Para realizar un contrato o póliza de seguro médico lo más importante es la selección de riesgos o suscripción. Para llevarla a cabo se le pide al cliente firmar un contrato de buena fe en donde las dos partes involucradas aceptan hablar con la verdad. Es decir, no se exigen revisiones médicas para establecer las condiciones de salud o enfermedad en que se encuentra el cliente al momento del contrato. La cobertura, entonces, incluye los gastos ambulatorios, el consultorio, la farmacia, el laboratorio, el

gabinete, la óptica, los aparatos ortopédicos, las enfermeras y los médicos, así como hospitalización, obviamente, y el asegurado tiene libertad de escoger el servicio de su preferencia. Los artículos 8, 9, y 10 de la Ley sobre el Contrato de Seguro faculta a la empresa aseguradora para considerar rescindido de pleno el contrato, (.....), aunque no hayan influido en la realización del siniestro.

Quisiera concluir subrayando que debemos hacer las cosas de manera diferente, que no debemos continuar por donde el camino nos conducir, sino que es necesario ir por donde no hay camino y dejar huella, para poder hacer de este México nuestro algo muy distinto. Lo hacemos todos los días y lo hacemos con el compañero de al lado y con el que nos sigue en el proceso. En el sector asegurador estamos más que comprometidos a llevarlo a cabo en busca de una calidad y dignidad en la atención.

CAPÍTULO 7

Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED)

Dra. Eréndira Salgado Ledesma

Dr. Germán Fajardo Dolci

Dr. Heberto Arboleya Casanova

Dra. María del Carmen Doubon Peniche

Justificación de la atención del conflicto médico fuera de tribunales

*Dra. Eréndira Salgado Ledesma **

Resumen

En el ámbito de la salud resulta pertinente inhibir la atención de los conflictos derivados del acto médico fuera de los sistemas tradicionales de administración de justicia, en beneficio de los prestadores de los servicios sanitarios y de sus pacientes.

Resultan evidentes las ventajas que para el profesional de las ciencias relacionadas con la salud representa resolver el conflicto en un ambiente cálido y confidencial, con la participación directa de sus pares y no ante un juzgado o en presencia del Ministerio Público. Para el paciente también conlleva beneficios contar con la opinión calificada de profesionales que valorarán la atención recibida acorde con las condiciones en que se brindó, a fin de determinar posibles desvíos de una práctica profesional correcta y oportuna, adicionalmente a la disminución de los tiempos destinados a su solución y a no erogarse costo alguno por la contratación de abogados que brinden el soporte jurídico.

*Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, CONACYT. Catedrática de la División de Estudios de Posgrado en Derecho de la UNAM. Coordinadora General de Derecho, Universidad Anáhuac Norte.

Todo ello justifica la decisión gubernamental de crear una instancia especializada en la atención de este tipo de conflictos, cuya incidencia y desatención impactan el eficaz cumplimiento de un derecho fundamental elevado a rango constitucional: la protección de la salud.

Introducción

Con anterioridad a la creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), las vías para presentar reclamaciones derivadas de deficiencias en la prestación de los servicios de salud pública se circunscribían, en una primera instancia, a las oficinas instaladas en las propias instituciones hospitalarias del Sector Salud o de los servicios privados, o ante la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor (PROFECO) en el caso de estos últimos. En época más reciente, otro número importante se atendía por las comisiones de derechos humanos nacional y de las entidades federativas. La única alternativa a estos procedimientos se ubicaba en el ámbito de la justicia tradicional: mediante denuncia presentada ante el ministerio público tratándose de conductas ilícitas, o con la interposición de una demanda civil para lograr la reparación del daño.

Los inconvenientes de la atención de la queja por la propia institución son evidentes; la percepción de que la misma no será analizada con imparcialidad y que las irregularidades serán encubiertas a fin de no responder por la conducta. Por su parte, las comisiones de derechos humanos o la PROFECO, si bien cuentan con procedimientos accesibles para su recepción, no son instancias especializadas en su atención y resolución; además de que esta última sólo tiene competencia respecto del monto de los honorarios, no así del conflicto central: la calidad y la oportunidad con que se brindó el servicio público de salud.

Finalmente, si se acude ante la justicia tradicional, además del costo que debe erogarse para recibirla, su trámite es lento y complicado. Las circunstancias en las que se brinda el servicio distan mucho de confirmar lo dispuesto en la carta constitucional; la justicia suele no ser pronta y mucho menos gratuita. Más aún, el escaso monto pecuniario

de múltiples quejas desalienta la impugnación de los particulares, pese a que las mismas fueren justificadas y procedentes.

En otros temas, tratándose de reclamaciones de diversa índole, podría resultar de poca trascendencia e importancia contar con mecanismos accesibles y sin costo para la atención de las quejas y reclamaciones de los particulares. Pero es el caso de que, tratándose de los servicios sanitarios; en especial de los servicios de atención médica, éstos se insertan como uno de los componentes esenciales de un derecho fundamental tutelado en el artículo 4o. de la Constitución mexicana: el derecho a la protección de la salud que, dada su naturaleza programática y su índole universal, exige a favor de todo gobernado, con independencia de su condición económica y social, la satisfacción de una serie de obligaciones concretas a cargo del Estado que garanticen su pleno disfrute y los medios e instrumentos necesarios para que sus disposiciones se conviertan en realidad: “Para que no sean sólo esperanzas, expectativas, promesas”.¹

Por ello, desde la década de los *sesenta*, en el entorno mundial se ha privilegiado una tendencia irreversible que obliga a las autoridades gubernamentales a poner al alcance de los particulares medios accesibles para la defensa de múltiples reclamaciones que, si bien podían estimarse *menores*, dada su cuantía reducida, afectan derechos fundamentales.

Inicialmente, la protección se circunscribió a la materia del consumo, en la que se reconocieron las dificultades de la justicia tradicional para lograr la tutela efectiva de ciertos derechos, así como la conveniencia de plantear métodos de resolución de conflictos alternativos a los tradicionales en sede judicial, debido a que los bajos montos de las reclamaciones suelen contrastar con el alto costo y complejidad de los procesos judiciales. Así, se afirmaba: “La falta de adecuación del recurso judicial deja al consumidor desarmado ante una serie de comportamientos que, no obstante, le son perjudiciales”.²

La protección evolucionó para salvaguardar no sólo a los consumidores de productos, sino, bajo una lógica protectora aún mayor, a los usuarios de servicios, en especial de aquellos brindados por el propio Estado. Así, 30 años antes que en México, en

materia sanitaria, surge el Comisionado Permanente para los Servicios de Salud, *ombudsman* de Inglaterra, Gales y Escocia dotado de atribuciones para investigar denuncias presentadas en contra de irregularidades en los servicios médicos.³

Los consumidores y usuarios requieren no únicamente del reconocimiento de sus derechos en la norma o disposición de orden general, lo que ha acaecido en México en materia de consumo a partir de 1975 y en materia sanitaria desde 1996, además de difundirlos debe garantizarse su acción efectiva, la cual depende, en mayor medida, del acceso a los medios adecuados para afirmarlos. A tal fin debe dotárseles de recursos sencillos, rápidos y efectivos cuando sus derechos sean violentados –además, éstos deben proporcionarse sin costo, acorde con el artículo 17 de la Constitución mexicana– tal y como ordena el artículo 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos: Pacto de San José.

La inadecuación procesal que en México obstaculiza la efectiva defensa del derecho fundamental a la protección de la salud ha empezado a solventarse con mecanismos procesales accesibles a cualquier particular, que posibilitan su tutela eficaz: la conciliación y el arbitraje ante la CONAMED, sin dejar de reconocer que sus procedimientos son perfectibles, como necesariamente ocurre con la actividad de cualquier institución precursora en una materia determinada.

Creación de la CONAMED como instancia de justicia alternativa

La institución fue creada mediante Decreto Presidencial del 31 de mayo de 1996 publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 3 de junio del mismo año. Surge a la vida con carácter de órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud (SSA), lo que en opinión de muchos es la mayor crítica que puede formularsele.

Su exposición de motivos refiere que se constituye en el ámbito de la salud con dos propósitos esenciales: a) Elevar la calidad de los servicios médicos que se prestan en el país, y b) Auxiliar a los órganos de procuración y administración de justicia. Es así como

participa en la tutela del derecho a la protección de la salud por medio de la resolución de conflictos surgidos en la prestación de los servicios sanitarios entre instituciones, profesionales de las ciencias de la salud –médicos, odontólogos, enfermeros, técnicos, etc.–, pacientes y sus beneficiarios. Desde su creación, la institución fue orientada como un mecanismo o instrumento de justicia alternativa con motivo de los procedimientos de conciliación y arbitraje a su cargo. Merced a ellos, coadyuva en la detección de fallas en el sector, lo que posibilita retroalimentarlo a fin de mejorar su calidad. Con esta finalidad, sus principales atribuciones son:

- Brindar asesoría e información a los usuarios y prestadores de servicios médicos sobre sus derechos y obligaciones.
- Recibir, investigar y atender las quejas que presenten los usuarios de servicios médicos por irregularidad en la prestación o negativa de servicios.
- Intervenir en amigable composición para conciliar conflictos derivados de la prestación de los servicios médicos.
- Fungir como árbitro y pronunciar laudos cuando las partes se sometan expresamente al arbitraje.
- Intervenir de oficio en cualquier cuestión que se considere de interés general en la esfera de su competencia.

Derecho a la protección de la salud

Su fundamento constitucional

En 1983 –DOF, 3 de febrero– se incorpora en la Constitución una garantía programática: el derecho a la protección de la salud. Su artículo 4o. establece: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.

Se estima un derecho de índole programático o progresivo porque propone un programa y, por ende, es incompleto⁴. Como tal, define características o metas a alcanzar por el Estado. Éstas se deben ir logrando al paso en que se vaya alcanzando un desarrollo mayor.

A diferencia de otros derechos fundamentales denominados de primera generación como la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad, en la protección de la salud no basta la abstención del Estado: un no hacer, un respetar para preservar la eficacia del derecho universal, indisponible, inalienable e imprescriptible previsto en favor de todo gobernado. Los derechos de segunda generación, como el que nos ocupa, de índole social, económica y cultural contienen la esperanza de mejorar las condiciones de vida de los hombres dentro de la sociedad; por ello exigen del Estado una serie de obligaciones concretas que garanticen su pleno disfrute.⁵ Además, reclaman reconocimiento, respeto, tutela y promoción de parte de todos, y la intervención activa de la autoridad, aunque su concreción depende necesariamente de la disponibilidad de recursos públicos.⁶

Éstos son los verdaderos derechos fundamentales, sostiene el filósofo alemán Martin Kriele⁷; por ello el Estado se compromete a adoptar medidas económicas y técnicas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos.

Su propósito fundamental estriba en producir las condiciones necesarias para que los mexicanos tengan acceso real a los servicios de salud en condiciones de igualdad con sectores más favorecidos de la población. Mantener un estado de salud es su derecho fundamental; su garantía, la protección que se obliga el Estado a brindar para preservarla y/o restaurarla. Por ello, la ley reglamentaria del artículo 4o. constitucional, Ley General de Salud, en su artículo 2o, enumera los componentes básicos que comprende y tutela la garantía citada a fin de materializar el mandato del Órgano Reformador de la Constitución, dentro de ellos destacan:

- El bienestar físico y mental de la persona para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades.

- La prolongación y el mejoramiento de su calidad de vida.
- El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población.
- El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud.

Los dos primeros conforman el derecho fundamental declarado. Los segundos, la tutela o garantía para hacerlos efectivos.

Como puede advertirse, la noción de salud de la legislación mexicana no atiende a un ámbito restrictivo como lo entienden algunos sectores de la doctrina, como la ausencia de enfermedad: “La alteración fisiológica o psíquica de carácter patológico”.⁸ Engloba una concepción más amplia que un valor biológico: un estado completo de bienestar físico, mental y social del individuo, al cual propende toda sociedad que busca ser cada vez más igualitaria; por ello la salud se integra con bienes sociales y culturales susceptibles de protegerse, acrecentarse y restaurarse sólo con la participación del Estado, de la sociedad y del hombre en lo particular.⁹

El conflicto médico

Los servicios públicos de salud, según la ley general que los rige, se desagregan en:

1. Servicios de atención médica, 2. Servicios de salud pública, y 3. Servicios de asistencia social. En los primeros, integrados por actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, es donde se presenta el conflicto médico de manera preponderante. Frente a sus prestadores, el usuario del servicio tiene una serie de derechos vinculados, de manera necesaria, con las acciones llevadas a cabo a fin de proteger, promover y restaurar su salud: los derechos del paciente. Prerrogativas de carácter general que tienen como finalidad garantizar que los servicios se les proporcionen de manera oportuna y con calidad idónea, independientemente de la naturaleza jurídica del prestador.

El buen funcionamiento de los servicios públicos de salud resulta presupuesto necesario para que se observe puntualmente el mandato constitucional y se concreten

sus disposiciones. Su instauración se fundamenta en la obligación del Estado de satisfacer los intereses generales de la población en este rubro, ya que la ineficacia o deficiencia del servicio deslegitima su propia existencia; por ello se considera que la relación administración pública-usuario debe acercarse a la relación cliente-empresa, sin que la posición de fuerza que ostenta la administración empañe la eficacia con la que deben proporcionarse los servicios.¹⁰

Dentro del sector sanitario se afirma que los servicios de salud que se ofrecen en México, tanto por el Estado como por los particulares, se proporcionan con adecuados niveles de calidad, pero con variaciones y limitaciones evidentes –falta de recursos humanos o materiales en algunas instituciones. Algunas de estas limitaciones son de índole económica, otras más derivadas de problemas de organización, de administración, e, incluso, de actitudes del personal de salud o de los propios usuarios. Tales eventualidades impactan los derechos de los gobernados y posponen la vigencia efectiva de la garantía.

A tal fin, para garantizar debidamente el derecho fundamental, el Estado está obligado a poner a disposición de los gobernados mecanismos de defensa cuando no se satisfagan tal y como ordena la legislación que los rige.

De ahí la importancia del conocimiento y la observancia de las disposiciones legales que rigen la actividad profesional del médico, en especial, la referida en el artículo 9o. del Reglamento de Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, que establece su obligación de brindar la atención profesional de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica de la medicina.

Los principios científicos desarrollados por la *lex artis* de la medicina se encuentran comprendidos en la literatura médica que observan los profesionales de la salud tomando en consideración las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que brindan la atención al paciente y su libertad prescriptiva.

Los principios éticos se rigen por el imperativo moral de no causar daño, y se objetivan en acciones de moral médica aceptadas por los comités, comisiones, asociaciones o cualquier otro tipo de organización de profesionales, al ajustarse a los

principios bioéticos y deontológicos reconocidos en un tiempo y circunstancia social determinados. Se afirma que surgen desde el inicio de la medicina racional –400 años a. C.– con el juramento hipocrático que contiene los fundamentos del ser y del hacer del médico.¹¹

Resolución de conflictos derivados de la práctica médica

Para la atención especializada de las reclamaciones derivadas de la prestación de tales servicios y el reforzamiento de las tareas públicas relacionadas con el derecho programático que los contiene, se creó la CONAMED; órgano especializado al cual pueden acudir los usuarios y beneficiarios, así como los prestadores de los servicios para dilucidar, en forma amigable y de buena fe, los conflictos que se susciten en su prestación.

En general, se facultó a la institución para intervenir, a petición de parte, en los conflictos mediante la conciliación y el arbitraje, lo que le permite satisfacer las pretensiones de quienes requieren de su intervención en la avenencia del conflicto garantizando la imparcialidad en el análisis, dictamen y resolución de la controversia.

Su funcionamiento se rige por las disposiciones previstas en su decreto de creación, el cual la dotó de autonomía técnica para el ejercicio de sus atribuciones, así como en el Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas y Gestión Pericial del 7 de febrero de 2002, publicado en el DOF el 21 de enero de 2003. Ambos instrumentos tienen como propósito normar la actuación institucional respecto de los procedimientos seguidos para la atención de las quejas médicas y la gestión pericial.

La actuación institucional inicialmente fue objetada tanto por abogados como por especialistas de la medicina. Los primeros calificaron al presidente Ernesto Zedillo de ignorante del derecho por emitir el decreto de creación al estimar que realizó una tarea de índole legislativa que excedía el ámbito de sus atribuciones constitucionales. Además, se estimó que también carecía de fundamentación, dado que la figura de la conciliación de controversias no se encontraba prevista en la regulación de la salud pública porque era materia contenciosa que debía dirimirse por los tribunales competentes.

Ambas críticas carecieron del debido sustento porque la legislación que rige a las instituciones públicas de salud sí incorpora mecanismos de solución de diferendos por la vía potestativa y, además, porque el presidente cuenta con facultades para crear autoridades dentro de la estructura del Poder Ejecutivo, aun aquellas que administren justicia. Los términos de su ejercicio fueron calificados como constitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte, la que resolvió que sólo es de su competencia exclusiva la justicia que imparte como tribunal de última instancia.

Por parte de las organizaciones de profesionales de la medicina se adujo que la medida era incompleta y centralista porque jamás se llevó a cabo una consulta pública que incorporara a todos los profesionales cuya actividad se vinculara con el paciente; además de considerar que el arbitraje médico era impreciso y absurdo. Debido a ello mostraron su renuencia a considerar a la naciente institución interlocutora responsable de valorar sus procedimientos, negándose, en no pocas ocasiones, a acudir a sus instalaciones por juzgarla una instancia de procuración de justicia más. Desde su óptica, correspondía a los colegios de profesionistas servir de árbitro en los conflictos entre profesionales o, entre éstos y sus clientes cuando aceptaran someterse a su arbitraje, acorde con la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional en Materia de Profesiones. Empero, además de que la ley es de aplicación local, la misma sólo incorpora una posibilidad de solución del conflicto, no una atribución a cargo de una autoridad.

Los colegios de profesionistas no son autoridades. Su actuación se rige por normas de derecho privado, y algunas otras de exorbitante derecho, dado el interés público que subyace en la actuación de sus agremiados.

Finalmente, dos de los argumentos más utilizados para descalificar la pertinencia de la naciente institución giraron en torno al problema de su inconstitucionalidad de origen, al argumentarse que el procedimiento arbitral a su cargo violaba lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta Magna y rompía el principio de igualdad jurídica de los hombres ante la ley

al convertirla en un tribunal especial, o bien, que las partes quedaban imposibilitadas para ocurrir ante un tribunal una vez agotados los procedimientos ante la CONAMED.

Ambos resultan a todas luces inexactos. Si las partes se niegan a conciliar pueden acudir a resolver sus diferencias ante los órganos de justicia tradicional. Si es el caso de que se someten voluntariamente al arbitraje, el laudo puede impugnarse en vía de amparo, dado su carácter de sentencia equiparada. En los dos casos se allanarán siempre que en ejercicio de la autonomía de su voluntad así lo decidan, porque no existen procedimientos forzados, sanciones ni apercibimiento alguno: ésa es su principal virtud. Los particulares deciden tanto el sometimiento como los términos que regirán el procedimiento.

La potestad que la norma creadora le atribuyó a la CONAMED para decidir conflictos de manera imperativa se concreta cuando los gobernados, de manera voluntaria, someten sus diferencias a su conocimiento con la finalidad de que se resuelvan de manera definitiva e imperativa, casos en los cuales: a) existe una cuestión debatida entre partes. b) el conocimiento queda a cargo de un órgano del Estado por decisión de la norma jurídica. c) los particulares se someten al mismo de forma voluntaria, pero éste adquiere carácter forzoso al suscribirse el compromiso arbitral. d) el procedimiento tiene como finalidad resolver un conflicto o controversia. e) para su solución se aplica el derecho al caso concreto. f) la resolución que se pronuncie tiene carácter de sentencia definitiva.

Forma de acceso a los servicios

Las quejas e inconformidades pueden presentarse al conocimiento y atención institucional bajo cuatro modalidades: 1. De forma personal directamente a sus oficinas. 2. Vía telefónica, a través de su servicio gratuito de larga distancia desde cualquier punto de la República. 3. Por correspondencia. 4. Por correo electrónico.

La diversificación de medios para presentar las quejas solventó el problema inicial consistente en que la institución carecía de instalaciones en el interior de la República, pese a que se le atribuyó competencia nacional.

No resulta tarea fácil dar cauce satisfactorio a las inconformidades, ya que por su naturaleza devienen de un conflicto en el que, en algunas ocasiones, ya hubo confrontación previa entre las partes. Pero su análisis adecuado posibilita detectar pretensiones sin sustento y viabilidad para las etapas subsecuentes del procedimiento.

Las inconformidades se analizan de forma conjunta y acuciosa por un médico y un abogado en sus dos componentes básicos: **a)** motivos de origen y **b)** pretensiones reclamadas para determinar si se admiten o no, evitando con ello dos problemas específicos: saturar el sistema con el consiguiente impacto en los costos del servicio y generar falsas expectativas en los quejosos.

El abogado analiza, desde la perspectiva legal, el cumplimiento de las obligaciones de medios y de resultados, así como las modalidades en las que se brindó el servicio, a fin de descartar la comisión de ilícitos. El médico analiza las condiciones en que se efectuó el acto, de tal suerte que, a través de la revisión objetiva e imparcial del expediente clínico, sea posible determinar buena o mala práctica profesional. Éste será el punto de partida para proponer alternativas de solución en la etapa autocompositiva de la controversia.

Una vez admitida la queja se integra un expediente y se analiza la información y documentación aportada con el propósito de contar con elementos que permitan valorar el cumplimiento de las obligaciones. Posteriormente, se realiza una valoración integral del expediente a fin de conducir con equidad el procedimiento y establecer en qué casos hay deficiencias en el servicio, en qué consistieron, qué las propició y cómo pueden evitarse en lo futuro.

Una vez ejecutados los pasos descritos se convoca a una audiencia de conciliación que se realiza ante la presencia de personal institucional. En ella se propone un arreglo y las partes expresan sus puntos de vista hasta encontrar un acuerdo justo acorde con el análisis y la naturaleza de los hechos. Si la controversia llega a conciliarse en su aspecto civil, se firma el convenio correspondiente y el conflicto queda solucionado.

En los casos en que tanto la CONAMED como el prestador del servicio coinciden en el análisis del caso, y el quejoso no acepta la conciliación propuesta, se dejan a salvo sus derechos para que acuda a otra instancia a dirimir su conflicto, cerrándose como no-conciliado.

En caso de no darse la conciliación se propone la última etapa del procedimiento: el juicio arbitral. Éste puede sustanciarse siempre y cuando se cuente con la anuencia de ambas partes. De no aceptarse, una vez informadas con sencillez del alcance y ventajas del arbitraje, respecto de un proceso seguido ante los órganos jurisdiccionales tradicionales, se dejan a salvo los derechos de las partes para que los ejerciten en la vía que consideren más adecuada.

La actuación institucional contribuye a lograr el esclarecimiento de los hechos tomando las medidas preventivas y correctivas necesarias a fin de evitar que prácticas y conductas anómalas se repitan. Ello posterga la generación de la medicina defensiva tendiente a encarecer los servicios, basada más en la búsqueda de culpables que en la prevención y resolución del conflicto.

Para finalizar

El arbitraje ha sido considerado una opción viable y benéfica para solucionar conflictos desde tiempos inmemoriales. Ya lo sostenía Montesquieu, a mediados del siglo XVIII, en su obra *El espíritu de las leyes*, cuando expresaba su opinión sobre los jueces de comercio: “Los negocios de comercio son muy pocos apropiados para las burocracias. Se trata de actos cotidianos, a los que han de seguir otros de igual naturaleza. Resulta necesario, pues, que se puedan decidir en el día”.¹²

Resulta innegable que el sistema judicial de nuestros días se muestra insuficiente y desgastado para atender los conflictos interpersonales de las sociedades modernas con celeridad y eficiencia, ocasionado, sobre todo en el último siglo, el surgimiento de un fuerte movimiento encaminado a encontrar otras vías de solución de los conflictos que, en forma alternativa, coadyuven a la resolución de las controversias entre las personas, dirigiéndose la búsqueda a formas no adversariales ni adjudicatarias en las que, de manera autocompositiva, se puedan solucionar, devolviendo a las partes su protagonismo en la posibilidad de resolverlos por sí mismas en forma pacífica y satisfactoria.¹³ Las ideas anteriores fueron expresadas por el presidente del Tribunal

Superior de Justicia del Distrito Federal (TSJDF), opinión calificada que, sin duda alguna, evidencia la situación imperante en el sistema de justicia tradicional.

Por ello, en materias de libre disposición, en las que están en juego intereses de índole económico-patrimonial debe fomentarse la atención y resolución de los conflictos entre partes mediante la conciliación, la mediación o bien el procedimiento arbitral, cuando su propio interés lo permita. Tal y como se expresó en la declaración final de la VI Cumbre Iberoamericana de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia celebrada en Canarias, España, en el año de 2003: El Estado y todos los estamentos de la sociedad, y no sólo los órganos encargados de impartir justicia, tienen la obligación y responsabilidad de remover los obstáculos y las complejidades técnicas, socioeconómicas, culturales y normativas que limitan el acceso a la justicia...¹⁴

Vale concluir con conceptos utilizados por Platón hace largo tiempo: los primeros jueces serán aquellos que el prestador y el paciente hayan elegido, a quienes el nombre de árbitros conviene mejor que el de jueces. El más sagrado de los tribunales será aquel que las mismas partes hayan creado y elegido de común consentimiento.

Referencias

- ¹ Eichenberger, K., *Estado de derecho como sistema garante de los derechos humanos*, Buenos Aires: Konrad Adenauer, Stiftung, A.C., 1999:169.
- ² Hernández, B., *Acceso a los consumidores de justicia. Seminario sobre justicia y protección de los consumidores*, Madrid: s/e, 1998: 151.
- ³ Aguilar, M., *El defensor del ciudadano*, UNAM-CNDH, México, 1991: 60.
- ⁴ Gutiérrez, LE., Gutiérrez JR., *El derecho a la salud*, Señal Editora, Medellín 2001: 120.
- ⁵ Eichenberger, *op. cit.*: 159.
- ⁶ *Ibid.*: 178-179.
- ⁷ Krieler, *Derechos humanos y división de poderes*, Konrad Adenauer, Stiftung, A.C., Buenos Aires, 1999: 154.
- ⁸ Pérez, F., *Protección penal del consumidor, Salud pública y alimentación*, Praxis, Barcelona, 1991: 40.
- ⁹ Moctezuma, G., *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*, Secretaría de Salud-Cámara de Diputados, LVIII Legislatura-UNAM, México 2001: 21.
- ¹⁰ Cueto, M., *Responsabilidad de la administración en la asistencia sanitaria*, Tirat lo Blanch, Valencia 1997: 170.
- ¹¹ Sánchez, J., *La situación de la queja médica*, CONAMED, México 1996: 255.
- ¹² Alcalá-Zamora, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2ª edición, UNAM, México 1970: 234.
- ¹³ Salgado, E., *Defensa de usuarios y consumidores*, Ed. Porrúa, México 2007:153.
- ¹⁴ <http://www.scjn.gob.mx/investigacionesjurisprudenciales/cumbres/6-declaracion-canarias>

Comisión Nacional de Arbitraje Médico

*Dr. Germán Fajardo Dolci **

*Dr. Heberto Arboleya Casanova ***

*Dra. María del Carmen Doubon Peniche ****

Resumen

El médico y la medicina han sido sujetos de respeto de la sociedad; sin embargo, la propia sociedad ha observado su ejercicio y lo ha cuestionado. El ejercicio de la práctica médica no está aislado de la sociedad, recibe influencias de todos los ámbitos. Históricamente ha existido responsabilidad médica de acuerdo con las circunstancias particulares, las condiciones del medio y las formas de pensar de cada época. Desde tiempos remotos existen diferentes instrumentos relacionados con la ética y la responsabilidad médica que otorgan al derecho una importancia fundamental.

En México, el ejercicio de las profesiones está regulado, y es responsabilidad del Estado atender y dar curso a las demandas sociales. Cuando el paciente decide

* Comisionado Nacional de Arbitraje Médico. Miembro de la Academia Nacional de Medicina. Profesor de posgrado de la Facultad de Medicina de la UNAM.

** Director de difusión de la CONAMED. Coordinador del Centro de Educación Médica Continua CONAMED-UNAM. Maestro en Salud Pública.

*** Directora Árbitro Médica de la CONAMED. Maestra en Administración de la atención médica y hospitales. Candidata a doctora en Ciencias de la Administración en el área de servicios de salud.

interponer una demanda o una denuncia contra su médico es común que acuda a una instancia judicial, es decir, a un juzgado o al ministerio público.

En las últimas décadas ha proliferado la cultura de la demanda por *mala práctica*, con la que se exigen indemnizaciones cuantiosas que obligan al personal de salud a contratar seguros por responsabilidad profesional, cuyas primas van en ascenso en la medida en que se incrementan las demandas y las resoluciones de los tribunales a favor de los demandantes. Esta forma de proceder eleva, sin lugar a dudas, el costo de los servicios médicos. Otro mecanismo de atención de quejas médicas es el que llevan a cabo los órganos internos de control de las instituciones públicas de salud.

En 1996 se creó la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) como órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con la encomienda de contribuir a resolver los conflictos suscitados entre los usuarios y los prestadores de los servicios médicos.

Introducción

A lo largo de la historia la relación entre los médicos y sus pacientes se ha basado en la confianza, la comunicación y la definición del papel de unos y otros. En el mundo y, en particular en México, ésta se modificó, especialmente durante la última veintena del siglo pasado. Los pacientes y sus familiares dejaron de ser sujetos pasivos –en esa relación en la que hasta ese momento las acciones correspondían sólo a los médicos–, al comenzar a tomar una posición más activa, opinando, cuestionando y tomando parte en las decisiones relacionadas con su salud y con su estilo de vida.

La medicina es una ciencia con niveles de incertidumbre; en general, no es posible hacer predicciones exactas sobre el pronóstico y el futuro en la salud de los enfermos. La seguridad en el diagnóstico, el pronóstico y los resultados del tratamiento no necesariamente los conoce de manera inmediata el médico. Es claro que éste siempre trata de ayudar a su paciente; sin embargo, durante el proceso puede cometer errores o incurrir en algún descuido que ocasione un daño aunque no sea intencional.

El ejercicio de la práctica médica no está aislado de la sociedad, recibe influencias de todos los ámbitos. Históricamente, la responsabilidad médica se ha valorado de acuerdo con las circunstancias particulares, las condiciones del medio y las formas de pensar de cada época. Desde tiempos remotos existen diferentes instrumentos relacionados con la ética y la responsabilidad médica que otorgan al derecho una importancia fundamental.

En México, el ejercicio de las profesiones está regulado por el Estado y es responsabilidad de éste atender y dar curso a las demandas sociales. La queja médica es una de ellas, expresa, por una parte, la frustración de los pacientes sobre expectativas no cumplidas y, por otra, los signos característicos de un modelo de atención no deseable.

Las quejas manifiestan diferentes tipos de problemas de interrelación médico-paciente, entre la población y la forma de operar de las instituciones de salud; se relacionan con el maltrato, la falta de información, la mala práctica, los errores médicos y del equipo de salud, la insatisfacción del paciente y la medicina defensiva, la negligencia, la impericia y, eventualmente, el dolo. Algunos piensan que las quejas derivan de la propia interacción humana, aunque en el acto médico se hayan presentado errores, negligencia, irregularidades o eventos adversos. El problema de las quejas médicas no se reduce sólo a evitar o compensar el daño, debe fundamentarse en comprender de qué se quejan los pacientes y actuar sobre sus causas.

Obligaciones de los profesionales

En general se puede hablar de tres obligaciones de los profesionales de la salud: resultado, seguridad y medios, esta última es la que se le exige al médico, ya que tiene el deber de efectuarlo de forma correcta, y aplicar los conocimientos que, de acuerdo con la *lex artis*, están establecidos en la práctica de la profesión. Compromete al profesional de la salud a aplicar el saber y el proceder con todos los recursos y diligencias necesarios, bajo una conducta prudente y diligente, en los términos de la formación profesional que se acredita.

La obligación de seguridad es la acción destinada a cubrir el conjunto de cuidados necesarios para garantizarla en el proceso de atención a fin de evitar accidentes. La seguridad, por lo regular, se refiere a la exigencia para las instituciones de resguardar el buen funcionamiento de las instalaciones y los equipos, y garantizar las condiciones mínimamente adecuadas para el ejercicio de la práctica médica.

La obligación de resultados, en la mayoría de los casos, no le corresponde al médico, salvo que éste lo garantice por escrito. Al médico no se le puede obligar a obtener un resultado preciso, sino sólo a utilizar los medios científicos para tratar de ayudar al paciente.

Por lo tanto, el ejercicio profesional para la salud es la aplicación de conocimientos y destrezas del personal, la adecuada utilización de los recursos tecnológicos a su alcance, y la observancia de los principios éticos y normas legales establecidos para el ejercicio de su profesión. Atender a un paciente debe considerarse un fin en sí mismo, más que un medio. La promesa de curar constituiría un acto ajeno a la ejecución de la prestación asumida.

El ejercicio de la medicina, tanto pública como privada, se encuentra sometido a un escrutinio social crítico y exigente que, como ocurre en muchos países, en México dispone cada vez de mayores espacios para la libre expresión de sus insatisfacciones y controversias emanadas de la prestación de los servicios médicos. Adicionalmente, la complejidad y sofisticación de algunos procedimientos que han enriquecido la práctica médica han generado también nuevos escenarios, cuyas implicaciones éticas no habían sido contempladas en el pasado.

Si bien es cierto que aún muchas de las quejas e inconformidades de los usuarios de los servicios médicos son atendidas por las instancias jurisdiccionales competentes, también lo es que éstas necesitan contar con dictámenes técnicos independientes y bien fundamentados que respalden sus resoluciones.

Cuando el paciente decide interponer una demanda o una denuncia contra su médico es común que acuda a una instancia judicial: un juzgado o el ministerio público. La demanda o denuncia ante el órgano judicial tiene repercusión en el prestigio del médico, el cual se ve dañado, debido a que con frecuencia éstas se hacen públicas. Los médicos

cuidan su prestigio, pues es difícil imaginar que en estas circunstancias el paciente pueda confiar de manera plena en sus capacidades y experiencia. Cuando se exhibe públicamente a los médicos que han sido denunciados en el juzgado, en el ministerio público o en los medios de comunicación, aun antes de haber sido juzgados, repercute de forma directa en el número de pacientes que lo visitan, además de alterar sus relaciones en el seno familiar y laboral al grado de que se llega a cuestionar su capacidad profesional y su integridad personal.

Sin embargo cuando existe una actuación dudosa se debe proceder como corresponde, investigarse y recabar elementos de prueba. La falta de calidad de la atención a la salud se aprecia cuando se pierden los valores que la han distinguido y se agudiza por la mercantilización de profesiones que tradicionalmente eran consideradas más de servicio que de lucro.

En México las quejas médicas se dirimían en los órganos jurisdiccionales, en donde los médicos no eran sujetos del mejor trato, el asunto no se ventilaba de manera objetiva y en la investigación no necesariamente concurría personal especializado. En muchas ocasiones el médico era *satanizado*, además de que el proceso resultaba angustiante, largo, tortuoso y caro.

Con la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), un número importante de quejas médicas de las instituciones públicas se empezaron a atender en ella, con un procedimiento en el que se ofrecía orientación y asesoría, o se daba curso formal a la queja, la que podía ser sujeta de conciliación, y, en algunos casos, culminaba en recomendaciones para las instituciones de salud. Sin embargo su actuación no incluía las quejas médicas contra médicos o instituciones privados.

Otro mecanismo de atención de quejas médicas es el que llevan a cabo los órganos internos de control de las instituciones públicas de salud que le dan curso a las inconformidades que se presentan en sus unidades médicas. En términos generales se puede decir que estas instancias para la atención de inconformidades médicas operan regularmente, no obstante su actuación parece no satisfacer a los usuarios, quienes continúan recurriendo a los órganos jurisdiccionales para la atención de sus demandas.

Derivado del enorme número de servicios que se prestan día a día en todo el territorio nacional, hay muchos casos en los que ocurren errores y surgen problemas que son causa de inconformidad y de queja por parte de los pacientes y sus familiares. Todos los casos requieren de un análisis serio y minucioso para determinar la responsabilidad en que pudieron haber incurrido los profesionales y las instituciones involucradas en el problema.

Creación

Ante este panorama, y derivado de un reclamo de los médicos por no sentirse tratados con imparcialidad ni conocimiento técnico frente a una inconformidad por su actuación hacia a un paciente, así como considerando algunos intentos previos para atender esta problemática, en 1996 se creó la CONAMED, con la encomienda de contribuir a resolver los conflictos suscitados entre los usuarios y los prestadores de los servicios médicos; brindar asesoría e información a estos sujetos sobre sus derechos y obligaciones; recibir, investigar y atender las quejas que presenten los usuarios de servicios médicos por la posible irregularidad en la prestación o negativa de prestación de servicios; recibir la información y pruebas que aporten los prestadores de servicios médicos y los usuarios en relación con las quejas planteadas y, en su caso, requerir las que sean necesarias para dilucidarlas; intervenir en amigable composición para conciliar conflictos derivados de la prestación de servicios médicos por probables actos u omisiones en la prestación del servicio; identificar probables casos de negligencia con consecuencia sobre la salud del usuario y fungir como árbitro y pronunciar los laudos que correspondan cuando las partes se sometan al arbitraje; emitir opiniones sobre las quejas de que conozca, así como intervenir de oficio en cualquier otra cuestión que se considere de interés general en la esfera de su competencia; elaborar los dictámenes médicos que le sean solicitados por las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia; asesorar a los gobiernos de las entidades federativas para la constitución de instituciones análogas a la CONAMED y orientar a los usuarios sobre las instancias competentes para resolver los

conflictos derivados de servicios médicos prestados por quienes carecen de título o cédula profesional.

A la CONAMED se le dotó de plena autonomía técnica para que emita sus opiniones, acuerdos y laudos, y para que actúe en consecuencia de sus atribuciones con imparcialidad y justicia. No afecta el ejercicio de otros derechos y vías que la ley otorga a los mexicanos. También se creó para colaborar con las instancias jurisdiccionales en el desarrollo de los procesos que se ventilen ante ellas, al poder recurrir a un organismo facultado y altamente calificado para la elaboración de dictámenes especializados en la materia. Es un elemento de cooperación con los órganos internos de control de las instituciones públicas del sector salud para dirimir actos de los servidores públicos que pudieran suponer una trasgresión a la normatividad que las rige y para trabajar en conjunto con las academias, colegios y consejos médicos, comités de ética y otros similares, tanto de instituciones públicas como privadas, remitiéndoles los resultados de sus deliberaciones sobre casos específicos o de índole general, a fin de que instrumenten las medidas previstas para los mismos en sus propios ordenamientos.

Las quejas presentadas contra los prestadores de servicios públicos o privados son recibidas en la CONAMED por personal especializado que brinda asesoría e información sobre los derechos y obligaciones de usuarios y prestadores; analiza la documentación aportada; busca la conciliación entre las partes cuando es factible; o bien, las somete al arbitraje para poder emitir el laudo correspondiente.

Así, la CONAMED caracteriza los distintos aspectos que concurren en una queja a través de una acción conciliadora que aproxima a las partes en conflicto. Su intervención no sólo ve por los intereses del paciente sino también por los del médico, pues el ejercicio pone en evidencia demandas no justificadas, es decir, la conciliación hace notar a las partes, en forma explícita, lo que en justicia procede. Se configura así un gran amortiguador contra la medicina defensiva que tan malas consecuencias ha traído en otros países, y se establece un mecanismo que promueve la calidad de la atención médica.

Uno de los propósitos de la CONAMED es la solución de controversias a través de una instancia no judicial, con procesos claros, personal especializado e imparcial, en donde se busca conocer la verdad de lo ocurrido en el acto reclamado, y si es el caso, que se reconozca y se repare el daño, al mismo tiempo que se buscan los mecanismos para evitar que eventos de esta naturaleza se presenten en el futuro.

La Comisión busca conocer por qué se presentan inconformidades y atenderlas según corresponda; resolver en forma amigable y de buena fe los conflictos que se susciten entre los usuarios y los prestadores de servicios médicos; promover y propiciar una buena relación entre estos dos sujetos, así como un trato digno, apegado a la *lex artis* médica y a la ética, en un marco de imparcialidad, confidencialidad y respeto. Para ello, ofrece orientación, gestión inmediata, conciliación y arbitraje. Los servicios que ofrece son gratuitos y procuran ser ágiles y expeditos.

Estadísticas

La CONAMED, durante el periodo de 1996 a 2006 ha atendido poco más de 165,000 asuntos. En el año 2006, presentaron más de 19,000 casos, de los cuales 12,260 se atendieron a través de orientación, 4,179 de asesoría, 591 por gestión inmediata, 1,657 como queja, y se emitieron 349 dictámenes médicos.

Durante el periodo 1996-2006 los asuntos atendidos por grupo institucional suman 27,873, entre gestiones inmediatas, quejas y dictámenes. Destacan 20,981 que competen a las instituciones de seguridad social (IMSS, ISSSTE, PEMEX, SEDENA, Marina), seguidos por los relacionados con instituciones privadas, que ascendieron a 5,019, y por 1,680 de las instituciones que dan servicio a la población sin seguridad social, como son los hospitales federales de referencia de la Secretaría de Salud y los de los gobiernos estatales y de la ciudad de México.

De acuerdo al motivo de la inconformidad, durante el periodo 1996-2006, se registraron 23,277 casos, cuya incidencia más frecuente se debió a los tratamientos médico y quirúrgico, con 8,359 y 7,633 asuntos respectivamente, y que representan 35.91% y 32.79% del total de asuntos atendidos en el periodo.

Asuntos recibidos por tipo y año en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico junio de 1996 - 2006

Concepto	Jun - Dic 1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	Total
Orientaciones	0	0	1366	1169	1034	7537	9071	1786	1469	11141	1226	10827
Asesorías especializadas	1597	1935	2017	1850	1672	2464	2849	3145	3060	4126	4179	28894
Gestiones inmediatas	72	352	468	579	692	738	862	941	698	594	591	6587
Quejas	1158	1347	1494	1749	1915	1478	1172	1514	1545	1661	1657	16690
Dictámenes	80	146	414	585	644	720	455	383	434	386	349	4596
Total	2907	3780	1805	1645	1526	1293	1440	2384	2043	1790	1903	16503

Asuntos concluidos por tipo y año en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico junio de 1996 - 2006

Concepto	Jun - Dic 1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	Total
Orientaciones	0	0	1366	1169	1034	7537	9071	1786	1469	11141	1226	10827
Asesorías especializadas	1597	1935	2017	1850	1672	2464	2849	3145	3060	4126	4179	28894
Gestiones inmediatas	72	352	468	579	692	738	862	941	698	594	591	6587
Quejas	593	1546	1439	1643	1997	1546	1114	1309	1508	1608	1544	15847
Dictámenes	44	138	275	554	742	473	664	443	431	425	323	4512
Total	2306	3971	1786	1632	1544	1275	1456	2370	2039	1789	1889	16411

Fuente: Sistema de Atención de Quejas Médicas (SAQMED). Sistema de Estadística

Otros servicios

La CONAMED ha venido desarrollando diversas actividades para contribuir a la mejora de la calidad en la prestación de los servicios de salud, como la emisión de las publicaciones *Recomendaciones y Opiniones técnicas*, los *Exhortos* a los titulares de unidades médicas y la realización de *Seminarios* sobre la prevención del conflicto derivado del acto médico.

Asuntos (gestiones inmediatas, quejas y dictámenes) por grupo institucional y año, recibidos en la CONAMED junio de 1996 – 2006

Grupo institucional	Jun - Dic 1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	Total
Seguridad social	975	1266	1697	2157	2438	2299	1955	2142	2023	1980	1959	20891
Servicios privados	226	430	506	513	588	485	387	476	480	475	453	5019
Sin Seguridad social	97	130	155	180	196	133	127	182	152	159	169	1680
Asistencia privada	9	14	14	23	23	17	17	27	16	20	9	189
Asistencia social	3	5	4	40	6	2	3	11	6	7	7	94
Total	1310	1845	2376	2913	3251	2936	2489	2838	2677	2641	2597	27873

Fuente: Sistema de Atención de Quejas Médicas y Dictámenes (SAQMED). Sistema de Estadística

Recomendaciones

Son documentos dirigidos al gremio médico elaborados con base en el análisis del acto médico, en los casos que se presentaron como quejas, y en la revisión de la literatura nacional e internacional. Están orientados a la identificación de deficiencias o faltas cometidas en la atención médica, con la intención de prevenir o evitar su repetición.

Las recomendaciones son el resultado del análisis del error médico detectado y documentado, y se encuentran avaladas por la Academia Nacional de Medicina, por la Academia Mexicana de Cirugía, así como por las diferentes asociaciones, sociedades, colegios, federaciones y consejos de las distintas especialidades médicas. Se presentan en forma de monografía con revisión de la literatura y se difunden a manera de conclusiones generales; su propósito es el de retroalimentar al Sistema Nacional de Salud, prevenir actos de mala práctica, disminuir los riesgos y contribuir al aseguramiento de la calidad y a la mejora continua de la atención médica. Tratan de ser, en síntesis, un elemento de orientación específica para instrumentar acciones y programas preventivos y correctivos.

Gestiones inmediatas y quejas por motivo y año, recibidas en la CONAMED junio de 1996 a 2006

Motivo	Jun - Dic 1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	Total
Tratamiento médico	355	594	826	756	734	676	792	987	896	893	850	8359
Tratamiento quirúrgico	405	570	615	772	866	706	611	767	743	769	809	7633
Diagnóstico	254	306	305	360	358	284	279	272	228	343	361	3350
Atención de parto y puerperio inmediato	98	0	0	54	179	119	81	138	127	91	88	975
Auxiliares de diagnóstico y tratamiento	28	36	69	82	127	105	79	82	97	68	72	845
Relación médico - paciente	35	86	59	79	88	97	97	111	81	53	40	826
Atención inicial	0	0	0	0	0	3	32	33	26	2	8	104
Otros motivos	55	107	88	225	255	226	63	65	45	36	20	1185
Total	1230	1699	1962	2328	2607	2216	2034	2455	2243	2255	2248	23277

Fuente: Sistema de Atención de Quejas Médicas (SAQMED). Sistema de Estadística Institucional.
Nota: No incluye dictámenes debido a que en este tipo de asuntos no se registra el motivo de la inconformidad.

Opiniones técnicas

Son documentos que contienen recomendaciones específicas sobre casos de probada falla en el proceso de atención médica que incluyen aspectos relacionados no sólo con la participación del equipo de salud, sino con los medios de que dispone una institución en particular para estos propósitos. Se apoyan en el análisis de casos concretos y en las condiciones de la vigilancia sanitaria identificadas como factores que jugaron un papel definitivo en las consecuencias que sufrieron uno o más pacientes, y que están debidamente fundamentados y soportados técnicamente.

Tratan de ser, en síntesis, un elemento de orientación específica para instrumentar acciones y programas preventivos y correctivos.

Exhortos

Son documentos dirigidos a los titulares de las unidades médicas a través de los cuales se les incita a revisar los casos motivo de queja con el propósito de identificar sus causas y tomar las medidas que correspondan para evitar que se repitan, independientemente de que se haya encontrado una solución en la propia Comisión.

Seminarios

Son eventos de corte académico dirigidos a médicos, odontólogos, licenciados en enfermería, abogados y en general al personal de salud, cuyo objetivo es analizar la vinculación de los principios éticos y legales en la regulación de la práctica de la medicina y su influencia sobre la *lex artis*, como fundamento para comprender la génesis de los conflictos derivados del acto médico, así como los mecanismos para solucionarlos y para prevenirlos.

Bibliografía

Comisión Nacional de Arbitraje México, *Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico*, México D. F., 10 de octubre de 2002, disponible en:

<http://www.conamed.gob.mx>

Comisión Nacional de Arbitraje México, *Decreto de Creación 06-03-2006 por el que se crea la Comisión Nacional de Arbitraje Médico*, México D. F. 3 de junio 1996, disponible en: <http://www.conamed.gob.mx>

Comisión Nacional de Arbitraje Médico, *Reglamento de Procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico*, México D. F. 10 de julio 2006, disponible en: <http://www.conamed.gob.mx>

Profesional y jurídica de la práctica médica, CONAMED-Academia Mexicana de Cirugía, México, 1999, disponible en: <http://www.conamed.gob.mx> .

Código Civil para el Distrito Federal, 67^a. edición, Ed. Porrúa, México, 1998.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, 67^a edición, Ed. Porrúa, México, 1998.

Salgado Ledesma, E., *Medios alternos de resolución de controversias, una opción para modernizar la administración de la justicia*, Conferencia Regional del Banco Mundial, nuevos enfoques para atender la demanda de la justicia, mayo 10-12, 2001.

CAPÍTULO 8

CONAMED. Revisión de casos prácticos

Lic. Sofía Gómez Ruano

Dr. Germán Fajardo Dolci

El Arbitraje

*Lic. Sofía Gómez Ruano **

Resumen

Existen diferentes formas de solucionar controversias, aquellas en que son las partes entre sí las que directamente resuelven sus diferencias, como es el caso de la negociación y la transacción; otras, en las que interviene un tercero que facilita que las partes lleguen a un acuerdo que solucione sus controversias, como son la mediación y la conciliación, y, por último, aquellas en que es un tercero, ajeno a las partes, el que resuelve la controversia, tal es el caso en el procedimiento judicial y el arbitraje.

El arbitraje es un mecanismo heterocompositivo de solución de controversias previsto en la ley, por medio del cual uno o más terceros especialistas en la materia resuelven las controversias arbitrables de forma definitiva siguiendo reglas *ad hoc* o institucionales, a través de una resolución que se denomina laudo. El arbitraje es una

* Socia de Azar, Ortega y Gómez Ruano. Consejera adjunta del Centro de Arbitraje de México.

excepción a la regla general de solución de controversias por la vía judicial, por tanto, requiere del acuerdo previo de las partes para poder ser utilizado.

CONAMED es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud (SSA) que ofrece servicios gratuitos de arbitraje para solucionar controversias entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de dichos servicios.

El arbitraje

La vía judicial no es la única forma de solucionar controversias, ya que éstas pueden resolverse a través de medios alternos de solución como la mediación, la conciliación y el **arbitraje**.

En México, el arbitraje, en materia comercial está regulado por el Título cuarto, Libro quinto, del Código de Comercio, y en materia civil por los Códigos de Procedimientos Civiles estatales. Asimismo está previsto en otras leyes como la Ley Federal de Derechos de Autor y la Ley Federal de Protección al Consumidor, entre otras.

I. El arbitraje

Es un mecanismo de solución de controversias alternativo a la vía judicial, por medio del cual uno o más terceros especialistas en la materia resuelven las controversias arbitrables que les son sometidas, de forma definitiva, siguiendo reglas *ad hoc* o institucionales, a través de una resolución que se denomina laudo. El arbitraje es una excepción a la regla general de solución de controversias por la vía judicial, por tanto, requiere de la celebración de un acuerdo previo entre las partes para que pueda utilizarse.

Este acuerdo puede celebrarse en dos momentos: a) al celebrar un contrato, mediante la inclusión de una cláusula arbitral por la que las partes se someten a este mecanismo para solucionar las controversias futuras derivadas o relacionadas con la relación documentada en el contrato, o b) una vez surgida la controversia, si las partes deciden someter la solución de la controversia ya existente al arbitraje mediante la celebración de un convenio que se conoce como compromiso arbitral.

El arbitraje se rige por lo que las partes hayan establecido en su acuerdo arbitral. El procedimiento se conduce de conformidad con las reglas acordadas por las partes, hayan sido éstas diseñadas por las partes, adoptadas de reglas de arbitraje para procedimientos *ad hoc*, o las de la institución arbitral elegida para administrar el procedimiento.

El arbitraje ofrece distintas ventajas entre las que destacan:

- **Flexibilidad.** Se trata de un procedimiento diseñado por las partes y que, por tanto, ofrece la libertad de modificar marcos jurídicos procesales rígidos, en el entendido de que todo procedimiento arbitral debe respetar los principios fundamentales del arbitraje que son el trato igual a las partes y el respeto al pleno derecho de ambas a defenderse.
- **Especialización de los árbitros.** Las partes pueden directamente, o a través de una institución arbitral, elegir a sus árbitros y determinar las características o requisitos que desean que éstos cumplan, como por ejemplo, tener conocimientos y experiencia en una cierta materia.
- **Menor duración.** El procedimiento arbitral puede llegar a tener una menor duración que un procedimiento judicial.
- **Confidencialidad.** La esencia del arbitraje es que éste sea privado, por tanto, no pueden participar en las audiencias personas ajenas al procedimiento. Asimismo los árbitros y los miembros de la institución arbitral tienen generalmente la obligación de no divulgar información relacionada con el arbitraje del que conocieron.
- **Costo.** Si bien un arbitraje generalmente implica la erogación de los honorarios y gastos de los árbitros, así como la tasa administrativa de una institución arbitral, lo cierto es que, al tener una menor duración que otros procedimientos, representa un menor costo.

II. El arbitraje en la CONAMED

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico, también conocida por sus siglas CONAMED, se creó por decreto publicado el 3 de junio de 1996 como un órgano desconcentrado de la SSA, con plena autonomía técnica para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos.

Una de las principales funciones de la CONAMED es la de fungir como árbitro en conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de dichos servicios, cuando éstos expresamente así lo acuerden, ya sea a través de una cláusula arbitral o en un compromiso arbitral. La CONAMED tiene la facultad de invitar a terceros al arbitraje, los cuales tendrán plena libertad de someterse o no a dicho procedimiento. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes puedan llegar a solucionar su controversia de forma directa, a través de la conciliación, toda vez que el Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas y Gestión Pericial de la CONAMED prevé también la participación de ésta para facilitar que las partes lleguen a un arreglo.

Los conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de dichos servicios son arbitrables, al no ser parte de las materias reservadas a la tutela del Estado en las legislaciones procesales civiles, y al estar el arbitraje expresamente previsto para la solución de estos conflictos, tanto en el decreto de creación de la CONAMED como en el reglamento de procedimientos de la misma.

Los arbitrajes de la CONAMED se rigen por lo establecido por las partes en su acuerdo arbitral y por el Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas y Gestión Pericial de la CONAMED. Dicho reglamento prevé diferentes clases de arbitraje para la solución de controversias. El primero, al que denomina arbitraje en conciencia, es aquél a través del cual la CONAMED, en calidad de árbitro, resuelve las controversias que le son sometidas en equidad, tomando en consideración los términos y condiciones del contrato celebrado entre las partes, si lo hubiere, así como el cumplimiento de los principios científicos y éticos de la práctica médica. El segundo, el arbitraje en estricto derecho, el cual como de su nombre se desprende, es un procedimiento por el que la CONAMED, en calidad de árbitro, resuelve las controversias que le son sometidas aplicando el marco jurídico existente y aplicable a las mismas. En ambos casos la CONAMED rinde un laudo que resuelve la controversia de manera definitiva al no estar previsto recurso alguno en su contra.

De conformidad con las siguientes tesis jurisprudenciales la CONAMED es considerada autoridad para efectos del amparo¹, y su laudo tiene el carácter de cosa

juzgada, por lo que trae aparejado ejecución, aunque cabe señalar que, de acuerdo con la propia CONAMED, la mayoría de sus laudos son cumplidos voluntariamente.

Tesis

COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO.

SUS LAUDOS ARBITRALES SON ACTOS DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO.²

Los laudos que emite la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en su calidad de árbitro, constituyen actos de autoridad para efectos del juicio de amparo, pues si bien es cierto que actúa por voluntad de las partes, también lo es que ejerce facultades decisorias a nombre del Estado y como ente público, establece una relación de supra a subordinación con los particulares que se someten voluntariamente al proceso arbitral, ya que al dirimir la cuestión debatida entre el prestador del servicio médico y el usuario de éste, de manera unilateral e imperativa crea, modifica o extingue, por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afectan la esfera legal de éstos, sin necesidad de acudir a los órganos judiciales ni de obtener el consenso de la voluntad del afectado.

Contradicción de tesis 14/2001-PL. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil, Segundo y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Administrativa, todos del Primer Circuito. 26 de octubre de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan Díaz Romero. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Alberto Díaz Díaz.

COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO.

LOS LAUDOS QUE EMITE EN SU CALIDAD DE ÁRBITRO CONSTITUYEN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES.³

Si se toma en consideración, por un lado, que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 92, fracción III y 97, fracciones II y IV, del Reglamento de Procedimientos para la

Atención de Quejas de la citada institución, los laudos “siempre tendrán el carácter de definitivos”; que “el laudo firme produce acción y excepción contra las partes y contra el tercero llamado legalmente al procedimiento que hubiere suscrito el compromiso arbitral” y que “los laudos se considerarán como sentencias, en términos de la legislación procesal en vigor”; y, por otro, que el diverso numeral 444 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que: “Las sentencias que causen ejecutoria y los convenios judiciales, los convenios celebrados ante la Procuraduría Federal del Consumidor, los laudos que emita la propia procuraduría y los laudos o juicios de contadores, motivarán ejecución, si el interesado no intentare la vía de apremio. Resulta inconcuso que el laudo que emita la citada comisión, en su calidad de árbitro, constituye un acto materialmente jurisdiccional, ya que se traduce en una resolución sobre el fondo de las cuestiones que se hayan sometido a su decisión, que por mandato de las normas jurídicas invocadas es irrevocable e inmutable y que, de ser condenatorio, tiene efectos de un título ejecutivo, por traer aparejada ejecución, lo que obliga al Juez competente a dictar un acto de ejecución si así lo pide la persona legitimada, puesto que hace prueba por sí mismo de la existencia de una obligación patrimonial, líquida y exigible, sin necesidad de completarlo con algún reconocimiento, cotejo o autenticación, esto es, no requiere de aprobación judicial alguna que le dé fuerza jurídica que lo convierta en sentencia verdadera y que le dé eficacia ejecutiva, pues tales atributos ya los tiene.

Contradicción de tesis 14/2001-PL. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil, Segundo y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Administrativa, todos del Primer Circuito. 26 de octubre de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan Díaz Romero. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Alberto Díaz Díaz.

Nota: Esta tesis no constituye jurisprudencia ya que no resuelve el tema de la contradicción planteada.

Finalmente, cabe señalar que los servicios que presta la CONAMED son gratuitos, privados y confidenciales, de conformidad con el Reglamento de Procedimientos de la CONAMED.

Referencias

¹ En opinión de la autora, no debiera considerarse de esa manera, toda vez que quien otorga la facultad de resolver la controversia a la CONAMED son las propias partes y no el Estado.

² Tesis de jurisprudencia 56/2001, aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del treinta y uno de octubre de dos mil uno. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XIV, noviembre de 2001. Página: 31. Tesis: 2a./J.56/2001. Jurisprudencia. Materia: Administrativa.

³ Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XIV, diciembre de 2001. Página: 365. Tesis: 2a. CCXIX/2001. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa.

Comisión Nacional de Arbitraje Médico

Parte II. Estudio de casos

*Dr. Germán Fajardo Dolci **

*Dr. Heberto Arboleya Casanova ***

*Dra. María del Carmen Doubon Peniche ****

Caso 1

Síntesis de la queja

El paciente presentó inconformidad en contra del personal médico del primer hospital, manifestando que lo atendieron indebidamente, lo cual originó cirugía de urgencia en otro nosocomio, pues tenía infectada la vesícula biliar.

Resumen clínico

Expediente clínico primer hospital

Octubre 2004: masculino de 25 años de edad con antecedentes de síndrome Budd Chiari y síndrome antifosfolípido primario, operado en 2003 derivación tipo mesocava (atrial),

* Comisionado Nacional de Arbitraje Médico. Miembro de la Academia Nacional de Medicina. Profesor de posgrado de la Facultad de Medicina de la UNAM.

** Director de difusión de la CONAMED. Coordinador del Centro de Educación Médica Continua CONAMED-UNAM. Maestro en Salud Pública.

*** Directora Árbitro Médica de la CONAMED. Maestra en Administración de la atención médica y hospitales. Candidata a doctora en Ciencias de la Administración en el área de servicios de salud.

trombosis venosa profunda desde 1994, engrapado de várices esofágicas. Asiste por litiasis vesicular, la cual se corrobora por ultrasonido. Esplenomegalia (+), hernia umbilical, hernias incisionales múltiples, hepatomegalia, ascitis, dolor tipo vesicular. Se realizó Doppler encontrándose permeable la derivación mesoatrial. Reporte de ultrasonido Doppler hígado y vías biliares: cambios extensos relacionados con síndrome Budd Chiari representados por hepatomegalia, asociados a imágenes hipoecóicas que sugieren nódulos de regeneración. Venas superhepáticas no visibles. Cambios de arterialización de la circulación hepática y flujo hepatofugal pulsátil a velocidad de 19 cm sobre segundo. Litiasis vesicular; esplenomegalia secundaria a hipertensión portal, líquido de ascitis en moderada cantidad. Derivación mesoatrial permeable que muestra en su interior promedio de 56 cm sobre segundo. Hacia región umbilical defecto en la pared que permite protrusión de líquido de ascitis y asas intestinales que se logran reducir con compresión extrínseca.

11 de noviembre 2004: valorado por internista y hematólogo, cuatro días antes de la cirugía se efectuará ajuste de tiempos.

19 de noviembre 2004: el hematólogo suspenderá anticoagulantes y solicita plaquetoféresis antes de la cirugía. Al existir retención de bilirrubina directa y aspecto cobrizo-ictérico del paciente, se insiste en descartar ictericia obstructiva extrahepática, por ello se realiza Doppler, consultándose al departamento de imagen. Se consultó probabilidad de CEPRE, la cual no se considera conveniente por várices esofágicas e hipocoagulación. Se explica ampliamente al paciente y familiares, informándose que se efectuaría colecistostomía para extraer los cálculos. Por instrucciones del hematólogo se prepara plaquetoféresis y plasmaféresis.

21 de noviembre 2004, nota de ingreso, cirugía general: en marzo fue atendido en otro nosocomio por hipertensión portal hemorrágica y síndrome de Budd Chiari, se diagnosticó síndrome antifosfolípido efectuándose derivación mesoatrial. Exploración física: consciente, signos vitales en parámetros normales, abdomen con múltiples cicatrices, soplo en epigastrio y cuadrante superior derecho, protrusión umbilical reductible. Impresión diagnóstica: colecistitis litiásica, síndrome de Budd Chiari y

síndrome antifosfolípido. Nota preoperatoria: se realizará plastía abdominal y colocación de malla, posterior a colecistostomía por litiasis vesicular. Gran eventración, múltiple, incisional; se planea colecistostomía, pues la colecistectomía es de alto riesgo. Se tomará biopsia de hígado. Riesgo quirúrgico alto por cirrosis, ascitis e hipertensión porta más anticoagulantes. Nota de valoración preanestésica: presión arterial 120/90, frecuencia cardiaca 80 por minuto, frecuencia respiratoria 23 por minuto, temperatura 36.4° C. Técnica anestésica recomendada: anestesia general balanceada.

Nota postoperatoria: cirugía efectuada. Colecistostomía, biopsia hepática, plastía de pared, colocación de malla. Descripción: se incide piel encontrando múltiples sacos herniarios y ascitis. Se libera y disecciona aponeurosis, retirando cicatriz previa. Se abre cavidad obteniendo ascitis, encontrándose adherencias a colon, estómago, vesícula, hígado y prótesis vascular de Gorotex. Abundante sangrado, hígado de aspecto cirrótico, se toma biopsia. Se realiza colecistostomía dejando drenaje con sonda Foley por flanco derecho, al explorar vesícula se encuentran y extraen litos. Posteriormente se coloca doble malla la cual se fija. Se revisa hemostasia y se cierra por planos, previa colocación de drenes. Pasa a recuperación y terapia intermedia.

Nota de ingreso a cuidados intermedios: presión arterial 130/60, frecuencia cardiaca 96 por minuto, frecuencia respiratoria 24 por minuto, SPO2 96%, temperatura 36° C. Con efectos residuales de anestesia, hidratado, estable, cardiopulmonar sin compromiso, abdomen con apósitos secos. Exámenes de laboratorio: hemoglobina 14.7, hematocrito 41%, plaquetas 106,000, leucocitos 14,400, tiempo de protrombina 16.8" (37%), tiempo parcial de tromboplastina 72.5"/27.5", sodio 147, potasio 3.7, cloro 116, colesterol 118, transamina glutámico oxalacética 37, transamina glutámico pirúvica 33, fosfatasa alcalina 149, bilirrubina directa 1.25, bilirrubina indirecta 0.59, bilirrubina total 1.84, glucosa 75, urea 17, creatinina 0.9. Plan: soluciones parenterales, plasma fresco congelado, cefalotina, hidrocortisona, parecoxib, omeprazol, ondasetron, morfina y oxígeno suplementario. Pronóstico: malo para la función, reservado para la vida.

22 de noviembre 2004, nota de evolución: hemodinámicamente estable. Radiografía de tórax de control sin alteraciones; cardiopulmonar sin compromiso. Se

inició vía oral con líquidos claros. Herida quirúrgica sin sangrado. Por sonda de colecistostomía drena material biliar escaso (35 ml). Drenajes con gasto serohemático de 55 ml. A su ingreso tiempos de coagulación prolongados, se transfundieron dos unidades de plasma fresco, se solicitaron tres unidades más, así como una unidad de plaquetoféresis. No ha requerido insulina. Flujos urinarios espontáneos. Electrolitos y azoados sin alteraciones. Actualmente asintomático.

23 de noviembre 2004, nota de evolución: estable hemodinámicamente, afebril. Neurológicamente bien, cardiopulmonar sin dificultad para respirar, pulsometrías de 90 a 98%. Herida quirúrgica húmeda, alrededor de colecistostomía con gasto biliar, se permeabiliza sonda. Ingesta escasa, sin evacuar, diuresis de 850 cc., hemoglobina 14.3, hematocrito 41.4; plaquetas 105,000. Evolución lenta hacia la mejoría. 10:05 horas, nota de evolución: alrededor de sonda de colecistostomía salida de líquido de ascitis, se colocan puntos de compresión profundos en piel alrededor de la sonda y se logra controlar el escape de líquido. Se introdujo azul de metileno por la sonda, sin obtenerse escape por la misma, se recomienda no movilizarla, pues no está obstruida. Herida quirúrgica en buenas condiciones, portovack funcionando. Se inicia dieta blanda hiposódica.

24 de noviembre 2004, nota de evolución: asintomático, tolera vía oral, hidratado, cardiopulmonar sin compromiso, abdomen blando, depresible; sonda de colecistostomía funcional con drenaje en 24 horas 1,200 cc, con características de ascitis. Herida quirúrgica con ligero exudado seroso, peristalsis presente. Sodio 145, potasio 3.9, cloro 116, hemoglobina 14.5, hematocrito 42.4, plaquetas 95,000, leucocitos 13,500, tiempo de protrombina 18.2" (31%), 79.9" (27.5%), glucosa 118, urea 26, creatinina 0.9. Se egresa a piso y se solicita interconsulta a medicina interna para manejo de enfermedad de base.

Nota de egreso, cuidados intermedios: hemodinámicamente estable, tolera vía oral. Herida quirúrgica sin sangrado activo, exudado seroso escaso en tercio inferior de la herida. Sonda de colecistostomía con drenaje biliar (108 ml), drenajes con material serohemático. Peristalsis presente. Se transfundieron cuatro unidades de plasma fresco y una unidad de plaquetoféresis. No requirió insulina. Flujos urinarios limítrofes, requirió

furosemida y espironolactona. Actualmente asintomático, tolerando deambulación. Por mejoría egresa a hospitalización.

24 de noviembre 2004, reporte de estudio histopatológico: biopsia cuneiforme de hígado con: a) cirrosis micro y macronodular; b) cápsula con fibrosis adherencial e inflamación crónica y aguda.

25 de noviembre 2004, nota de cirugía general: evolución satisfactoria en los últimos dos días, sin escape alrededor de la sonda de colecistostomía. La ascitis ha disminuido aunque aún hay escape por el portovack, debe mantenerse en función hasta que selle al no producirse ascitis a tensión. El paciente puede egresar. Herida quirúrgica en buenas condiciones. Se prescribe furosemida 40 mg al día, aldactone 100 mg cada doce horas y sales de potasio sustitutivas. Alta mañana. Cita en una semana. 15:00 horas, nota de medicina interna: se dará de alta el día de mañana con indicaciones, es conveniente continuar control a nivel de hematología.

26 de noviembre 2004, nota de cirugía general: evolución satisfactoria. Se decide egreso con cita a consulta externa de cirugía general, hematología, reumatología y medicina interna. Alta por mejoría, pronóstico reservado.

3 de diciembre 2004: mínimo escape de líquido por Biovack (ascitis), el cual se retira, dejándose sonda de colecistostomía.

9 de diciembre 2004: asintomático, se retiran puntos de piel; abdomen plano sin distensión, ascitis poco detectable. Sonda Foley sin problema, herida quirúrgica cicatrizada. Se deja sonda de colecistostomía.

12 de diciembre 2004: se recibe llamada telefónica del paciente, informando que presenta dolor en hipocondrio derecho, se indica acudir a consulta.

Expediente clínico segundo hospital

6 de enero 2005, urgencias: el 31 de diciembre de 2004 presentó dolor (tipo cólico) en mesogastrio e hipocondrio derecho (posterior a alimento rico en grasa), de intensidad progresiva, náusea y vómito de contenido gastroalimentario que no mejoró. El día primero se desplazó el dolor hacia fosa ilíaca derecha e izquierda; manejado en su domicilio hasta el día de ayer con paracetamol y butilioscina. Sin datos de irritación peritoneal, ascitis; se

realizó paracentesis obteniéndose líquido hemático. **Nota de cirugía general:** abdomen distendido, dolor generalizado de predominio en hemiabdomen inferior, rebote negativo. Tomografía axial computarizada de abdomen documenta líquido libre en cavidad, sin colecciones. Ultrasonido hepatobiliar mostró puente mesoatrial permeable, no agudización ni litos vesiculares. Se realizará laparotomía exploradora. **Nota postquirúrgica:** se realizó incisión media, se profundizó por planos encontrando hemoperitoneo; se empaquetaron los cuatro cuadrantes; pared abdominal con vaso visible, sangrando, se ligó y el resto de la pared se cauterizó. Se lavó cavidad abdominal, se reintrodujo sonda de colecistostomía, se cerró por planos. Sangrado aproximado 1,400 cc. No existieron complicaciones.

8 de enero 2005, nota de ingreso a hospitalización: inició el 31 de diciembre de 2004 con dolor epigástrico que al día siguiente se irradió a ambos flancos y aumentó de intensidad, presentó náusea y vómito, cefalea, astenia, adinamia y anorexia. Se automedicó butilhioscina y trimetoprim con sulfametoxasol. Acudió con médico institucional quien recetó ciprofloxacina cada doce horas, lo tomó un día, por persistencia de sintomatología acudió a urgencias. Fue intervenido quirúrgicamente detectándose 1,400 ml de hemoperitoneo. Cursó postoperatorio estable con cifras de hemoglobina limítrofes a pesar de transfusiones. Actualmente tratamiento con omeprazol, dorixina, ceftriaxona, amikacina, metronidazol y albúmina. Diagnósticos: hemoperitoneo, anemia normocítica normocrómica, síndrome antifosfolípido primario, síndrome Budd Chiari, derivación mesoatrial, trombosis venosa profunda de repetición.

2 de febrero 2005: alta por mejoría. Acenocumarina 2 mg cada tercer día, alternado con 4 mg, espironolactona y furosemda. Continúa control en consulta externa de hematología, reumatología y cirugía general.

Análisis del caso

Para el estudio del caso se estiman necesarias las siguientes precisiones:

Atendiendo a la literatura especializada, el síndrome antifosfolípido es un padecimiento autoinmune, caracterizado por anticuerpos antifosfolípidos que ocasionan

trombosis recurrente arterial o venosa, en cualquier parte del organismo, suele haber trombocitopenia y promueve la agregación de plaquetas.

El citado síndrome ocasiona alteraciones en diversos sistemas, por ejemplo, el nervioso central, arterias coronarias, riñón, pulmón, aparato digestivo (donde produce síndrome de Budd Chiari), isquemia intestinal con infarto, úlceras en colon, necrosis esofágica, colecistitis litiásica, trombosis de la vena porta y mesentéricas, así como fibrosis y otras patologías hepáticas. En el sistema hemático puede haber sangrado grave, trombocitopenia, anemia hemolítica en 14% a 23% de los casos.

El grupo de edad más afectado es desde jóvenes hasta adultos de mediana edad, sin embargo no pueden excluirse niños o ancianos. Por cuanto hace a la clasificación este síndrome puede ser primario, cuando no está relacionado con otros padecimientos y, secundario, cuando se asocia con enfermedad de tejido conectivo, en particular lupus eritematoso sistémico. Entre los criterios de clasificación están los siguientes.

Criterios clínicos

1. Trombosis vascular: uno o más episodios de trombosis arterial, venosa, o de pequeños vasos en cualquier tejido del organismo. La trombosis debe confirmarse mediante imagen, Doppler o histopatología.
2. Morbilidad en embarazo: uno o más fallecimientos inexplicables del feto morfológicamente normal o del producto más allá de la décima semana de gestación, documentado por ultrasonido o examen directo.

Uno o más nacimientos prematuros de neonato morfológicamente normal, o antes de la semana 34 de gestación a causa de preeclampsia, eclampsia grave o insuficiencia placentaria.

Tres o más abortos espontáneos consecutivos antes de la décima semana.

Criterios de laboratorio

1. Anticuerpos anticardiolipina de IgG o IgM en sangre, en dos ocasiones, con intervalo de seis semanas.

2. Lupus anticoagulante en plasma, presente en dos ocasiones con intervalo de seis semanas.

Entre las manifestaciones clínicas se encuentran: trombosis venosa en diversos sitios; extremidades inferiores 55% de los casos, la mitad tienen embolia pulmonar; las trombosis arteriales involucran cerebro 50%, trombosis de arterias coronarias 25%, en la misma proporción en ojo, riñón y arterias periféricas; dos terceras partes de los pacientes tienen alteraciones en electrocardiograma. También puede presentarse el síndrome antifosfolípido catastrófico, el cual recibe este nombre cuando acontece trombosis arterial o venosa de múltiples órganos, de rápida aparición, a manera de “tormenta trombótica”, con elevada mortalidad.

Asimismo, entre los criterios diagnósticos, la literatura refiere: tres diferentes órganos o sistemas involucrados, cuadro desarrollado en días o pocas semanas, típicamente existe microangiopatía trombótica pero también de grandes vasos, en 50% de los casos involucra riñón, pulmón, sistema nervioso central, corazón y piel. En el tratamiento debe emplearse anticoagulación completa. En enfermos sin historia de trombosis, funciona como profilaxis ácido acetilsalicílico 325 mg diarios. La hidroxiclороquina empleada en pacientes con lupus eritematoso puede proteger contra trombosis en el síndrome secundario. Ante la evidencia de un sólo episodio de trombosis está indicado tratamiento con anticoagulantes.

Por su parte, el síndrome de Budd Chiari se caracteriza por obstrucción al drenaje venoso hepático. El diagnóstico se establece fundamentalmente mediante pruebas de imagen (ecografía-Doppler, resonancia magnética). La venografía directa, si bien no es necesaria para el diagnóstico, delimita con precisión la morfología vascular. Además del diagnóstico es esencial el estudio etiológico dirigido a descartar enfermedades hematológicas subyacentes con tendencia a la trombofilia. El tratamiento de esta entidad comprende tres aspectos fundamentales:

1. Descompresión del territorio afectado, para lo cual existen cuatro técnicas diferentes (fibrinólisis farmacológica, repermeabilización mediante dilatación con balones de

angioplastia, derivación quirúrgica, o derivación portosistémica percutánea intrahepática).

2. Tratamiento de la enfermedad subyacente, el cual debe incluir manejo específico (citostáticos, inmunosupresores, etc.) y anticoagulación del paciente.

3. Tratamiento de la enfermedad crónica, similar al de cualquier enfermedad hepática evolucionada.

En lo que respecta a la cirugía del tracto biliar, en términos de la literatura especializada, en México la litiasis biliar constituye 30% de los ingresos a cirugía general, esta entidad predispone a colecistitis aguda, coledocolitiasis y adenocarcinoma de vesícula biliar. Al impactarse los cálculos de la vesícula en el antro vesicular o en el conducto cístico, se presenta dolor agudo y cólico intermitente, debido a la contracción brusca de la vesícula en un intento por expulsar los litos o el lodo biliar; la obstrucción parcial o completa de bilis, favorece la proliferación bacteriana y la inflamación de la pared vesicular con el consiguiente cuadro inflamatorio agudo, que de persistir, inicialmente produce hidrocolecisto y posteriormente empiema vesicular (picolecisto), septicemia e incluso choque séptico. La erosión que producen los litos y el cuadro infeccioso agregado llevan a gangrena y necrosis de la pared con perforación de la misma, vaciándose el contenido vesicular hacia la cavidad abdominal, lo cual provoca peritonitis.

El diagnóstico de litiasis biliar se basa en el estudio clínico, de gabinete (radiológico y ultrasonido) y de laboratorio. El síntoma principal es dolor o cólico biliar de inicio agudo, que dura pocos minutos a varias horas, habitualmente postprandial, localizado en el cuadrante superior derecho (aunque el dolor epigástrico es común), ocasionalmente referido a escápula, en la mitad de los casos existe náusea y vómito. El primer estudio para detectar litiasis vesicular en 95% de los casos es el ultrasonido, y el tratamiento de primera elección para colecistitis litiasica es quirúrgico. La evaluación preoperatoria del paciente con enfermedad hepática debe empezar con interrogatorio y exploración en busca de ictericia, ascitis, hepatomegalia y esplenomegalia, complementada con exámenes de laboratorio, entre ellos: pruebas de función hepática, de coagulación y electrolitos. La presencia de coagulopatía, ascitis y encefalopatía requieren manejo

específico antes de la cirugía (vitamina K, plasmaféresis y plaquetoféresis) a fin de mantener el tiempo de protrombina y la cuenta de plaquetas. La ascitis debe manejarse con diuréticos, o bien, con drenaje al momento de la laparotomía.

La indicación de colecistectomía electiva en paciente cirrótico es limitada, debido al riesgo de sangrado, pues el enfermo puede presentar sangrado aun con exámenes de función hepática, cuenta plaquetaria y pruebas de coagulación en parámetros normales. Entre los factores que influyen están: aumento en la vascularidad del hígado, tejido cicatrizal, nódulos hipertróficos y comunicaciones intrahepáticas arteriovenosas, además influye la hipertensión porta y la coagulopatía característica de esta entidad (trombocitopenia por hiperesplenismo, prolongación en la actividad del tiempo de protrombina, tiempo parcial de tromboplastina y fibrinólisis por hipofibrinoginemia asociada). En pacientes con cirrosis y cirugía abdominal previa, las adherencias alrededor del hígado pueden estar vascularizadas y favorecer durante la cirugía mayor riesgo de sangrado. Los pacientes con cirrosis, además de presentar reserva funcional menor, tienen disminución de la capacidad regenerativa, por lo que en estos casos debe considerarse la colecistectomía parcial, o bien, la colecistostomía como tratamiento quirúrgico. La colecistostomía puede realizarse con anestesia general, mediante técnica abierta.

Por otra parte, la hernia incisional es aquella que se presenta como protrusión a través de una herida quirúrgica antigua; más de la mitad de estas hernias aparecen en los dos años siguientes a la cirugía primaria y su tasa de recidiva varía de 10% a 50%. La reparación de la hernia puede ser mediante: a) cierre primario; b) cierre primario con incisiones relajantes; c) cierre primario con refuerzo de malla sobrepuesta, colocación de malla intercalada o intraperitoneal. Para defectos herniarios menores de cinco centímetros de diámetro mayor, puede utilizarse cierre primario (recurrencia hasta 50%). En defectos mayores debe emplearse colocación de malla para cubrir el defecto y disminuir la tensión de la pared abdominal, la malla puede colocarse sobre la aponeurosis, sobre el saco herniario, o bien, fijarse a nivel intraperitoneal, las tasas de recidiva con esta técnica varían de 10% a 20%.

En el presente caso el paciente presentaba colecistitis litiásica, esta patología fue corroborada mediante ultrasonido; por ello los facultativos demandados propusieron tratamiento mediante colecistostomía, debido a que el enfermo presentaba síndrome antifosfolípido primario autoinmune con tendencia a trombosis múltiples y síndrome Budd Chiari con antecedentes de trombosis venosa profunda y superficial de miembros inferiores, várices esofágicas, así como derivación mesoatrial con colocación de prótesis vascular Gorotex.

En efecto, la nota clínica fechada en octubre de 2004, señala que el enfermo presentaba litiasis vesicular, hernia umbilical, hernias incisionales múltiples, esplenomegalia, hepatomegalia y ascitis. Asimismo, que se realizó Doppler encontrándose derivación mesoatrial permeable. Lo anterior se confirma mediante el reporte de Doppler de hígado y vías biliares. Merced a lo anterior, se programó la intervención quirúrgica, previo envío del paciente con internista y hematólogo.

En ese sentido no se observan elementos de mala práctica atribuibles a los demandados, pues debido al padecimiento litiásico, estaba justificado el procedimiento quirúrgico propuesto; más aún, se programó la cirugía, previa valoración del enfermo y preparación preoperatoria por hematología para corregir alteraciones de coagulación. Así las cosas, los facultativos tratantes atendieron sus obligaciones de medios de diagnóstico y tratamiento, conforme a las necesidades del caso, para intervenir al paciente con razonable seguridad.

El 21 de noviembre de 2004 se intervino quirúrgicamente al paciente; la nota postoperatoria reporta que se efectuó colecistostomía con extracción de litos intravesiculares dejándose sonda Foley, así como biopsia hepática, plastía de pared y colocación de malla sobre aponeurosis, dejándose drenaje tipo Biovack. En esos términos, no se observan elementos de mala práctica, pues se efectuó la citada cirugía en concordancia con la *lex artis* especializada. Se ponderó el riesgo-beneficio, decidiendo efectuar colecistostomía, en razón de que el enfermo presentaba injerto de Gorotex (el cual había sido colocado en cirugía para derivación mesoatrial), así como adherencias; por ello tratar de disecar la vesícula completamente significaba mayores riesgos para el

paciente, entre ellos el de hemorragia, debido a sus padecimientos. Por lo anterior, fue correcta la decisión de realizar colecistostomía. De igual suerte, estaba indicada biopsia hepática, ya que era necesario confirmar la presencia de cirrosis y descartar otra patología hepática, así como la colocación de malla, debido a la hernia postincisional que presentaba el enfermo.

Por cuanto hace al postoperatorio, el paciente ingresó a cuidados intermedios permaneciendo en el citado servicio del 21 al 24 de noviembre de 2004, situación que acredita que los médicos tratantes atendieron su deber de cuidado; el ingreso del paciente a dicha unidad demuestra que la atención se brindó con razonable seguridad.

Al tercer día de postoperatorio, el enfermo presentó distensión abdominal por ascitis, así como salida de líquido por Biovack y alrededor de la sonda de colecistostomía; por ello se aplicó azul de metileno por la sonda, descartándose escape de bilis, esto se encuentra reportado en nota del 23 de noviembre de 2004. Este hecho demuestra que los médicos tratantes, nuevamente, atendieron sus obligaciones de diligencia en la atención del paciente.

Más aún, el paciente ingresó a piso el 24 de noviembre de 2004, ese día se solicitó interconsulta a medicina interna para manejo de la enfermedad de base, siendo la evolución postoperatoria satisfactoria pues se corrigieron los problemas inherentes a la producción masiva de ascitis que presentan este tipo de enfermos, siendo egresado a su domicilio al quinto día de operado, sin evidencia de sangrado, ni complicaciones. En igual sentido, la nota del 26 de noviembre de 2004 demuestra que el paciente fue egresado con citas subsecuentes. Por lo anterior, tampoco se observan elementos de mala práctica, por cuanto a este rubro se refiere, ya que quedó demostrado que egresó en condiciones satisfactorias, indicándose cita para seguimiento.

El paciente fue atendido en consulta externa en dos ocasiones, sin presentar manifestaciones de sangrado o biliperitoneo. En efecto, el 3 de diciembre de 2004 se retiró Bioback, dejándose sonda de colecistostomía. De igual forma, el 9 de diciembre, se retiraron puntos de piel y sonda de colecistostomía, reportándose que el paciente estaba asintomático. En este sentido, no se observan elementos de mala *praxis*, pues durante el postoperatorio la atención se hizo en términos de la *lex artis* especializada.

Ahora bien, el paciente manifestó que presentó dolores muy fuertes. Sobre el particular, es necesario señalar que el paciente se comunicó telefónicamente refiriendo dolor en hipocondrio derecho, motivo por el cual se indicó asistir a consulta, situación que no ocurrió, con lo que quedó demostrado que el paciente decidió abandonar, de manera voluntaria, su atención, sin que mediara mora o negativa del servicio. En esos términos, los facultativos demandados no incurrieron en mala *praxis*, en cuanto a este rubro se refiere, pues observaron diligencia en el cumplimiento obligacional de su cargo y el propio paciente, de forma libre, fue quien decidió relevarlos.

El 5 de enero de 2005 el paciente ingresó a otro hospital donde se efectuó paracentesis que mostró líquido hemático; por ello se realizó laparotomía encontrando 1,400 cc de hemoperitoneo y sangrado en capa en lecho quirúrgico, recolocándose sonda de colecistostomía. Asimismo, en el postoperatorio requirió múltiples transfusiones y triple esquema antibiótico, siendo egresado el 2 de febrero de 2005, con tratamiento médico.

Es necesario mencionar que, atendiendo a la nota postquirúrgica, el sitio de sangrado provenía de pared abdominal. En esos términos, está demostrado que el paciente presentó hemoperitoneo 45 días después de la intervención de los demandados; lo anterior hace evidente que se trató de sangrado espontáneo, el cual no guarda relación alguna con el procedimiento quirúrgico realizado por ellos el 21 de noviembre de 2004, pues según quedó demostrado, la evolución postoperatoria de dicha intervención fue satisfactoria y la citada patología ocurrió a largo plazo; es decir, si la complicación hubiese sido a causa de la cirugía de los demandados, ésta debió ocurrir dentro de las primeras 24 a 48 horas del postoperatorio.

A mayor abundamiento, la atención subsecuente fue a consecuencia de la historia natural del síndrome antifosfolípido complicado con cirrosis hepática, ascitis, trombosis de venas suprahepáticas, factores que pueden explicar el cuadro de sangrado.

Es importante señalar que, atendiendo a la nota postquirúrgica del segundo nosocomio, no quedó demostrada la vesícula infectada que argumentó el paciente. En efecto, la citada nota postquirúrgica es concluyente al señalar que el sangrado provenía

de pared abdominal; en esos términos, no existe relación causal entre el procedimiento quirúrgico realizado por los facultativos demandados y el desarrollo de hemoperitoneo, manifestado 45 días después de realizado el citado evento quirúrgico.

Apreciaciones finales

- El personal demandado cumplió con sus obligaciones de medios de diagnóstico y tratamiento durante la atención del paciente.
- No existió relación causal entre la atención brindada por los demandados y las complicaciones de salud en el enfermo. En efecto, la atención subsecuente fue a consecuencia de la historia natural de las enfermedades del paciente.
- No se demostró la infección de vesícula biliar aducida por el paciente, la cirugía efectuada en el segundo nosocomio fue debida a hemoperitoneo, el cual ocurrió 45 días después de la intervención de los demandados.
- El enfermo lamentablemente era portador de dos enfermedades en extremo delicadas, las cuales, por su propia naturaleza, tienen evolución insidiosa y pueden acompañarse de cuadros clínicos de difícil control.

Bibliografía

Asherson RA., Espinosa G., Cervera R., Front J., Reverter JC., *Catastrophic antiphospholipid syndrome. Proposed guidelines for diagnosis and treatment*, J. Clin Rheumatol 2002; 8: 157-65.

Derksen RHW., Khamasht Ma., Branch DW, *Management of the obstetric antiphospholipid syndrome*, Arthritis Rheumat 2004; 50: 1028-36.

Díaz Jiménez O., Gutiérrez Samperio C., *Colelitiasis y coledocolitiasis*, en: Gutiérrez Samperio y Arrubaberera, *Fisiopatología quirúrgica del aparato digestivo*, Ed. Manual Moderno, 1996, Cap. 24, 419-425.

Erkan D., Cervera R., Asherson RA., *Catastrophic antiphospholipid syndrome*, Arth Reuma 2003; 12: 3320-27.

Friedman L.S., *The risk of surgery in patients with liver disease*, Hepatology 29: 1617-1623, 1999.

Gezer S., *Antiphospholipid syndrome*, Dis Mon 2003 ; 49 : 696-741.

Hanly J.G., *Antiphospholipid syndrome: an overview*, CMAJ 2003; 168: 1675-81

Harrison, *Principios de Medicina Interna*, Mc Graw Hill-Interamericana, 14ª edición, 1998.

Lawrence W., Way, *Diagnóstico y Tratamiento Quirúrgico*, Manual Moderno, 6ª. edición, 1989.

Levine JS., Branch DW., Rauch J., *The antiphospholipid syndrome*, New England Journal Medicine 2002; 346: 752-63.

Milikan K.W., *Reparación de las hernias incisionales*, Clin Quir NA5:1187-1198, 2003.

Schirmer W.J., Rossi L.R., *Problemas quirúrgicos comunes en la cirugía hepatobiliar*, Clin. Quir NA6: 1413-1430, 1991.

Schwartz S.I., Biliary Tract, *Surgery and cirrhosis: a critical combination*, Surgery 90: 577-583, 1981.

Shoefeld Y., Lev S., Blatt I., y cols., *Features associated with epilepsy in the antiphospholipid syndrome*, J. Rheumatol 2004; 31: 1344-48.

Way L.W., Doherty, G.M., *Biliary Tract*, Cap. 26: 595-615, en: *Current Surgical Diagnosis & Treatment*, Ed. Lawrence W. Way, 11a Ed. 2003.

8-Chopra N., Koren S., Greer WL y cols., *Factor V Leiden, prothrombin gene mutation, and thrombosis risk in patients with antiphospholipid antibodies*, J. Rheumatol 2002; 8:1683-88.

Caso 2

Síntesis de la queja

El paciente refiere que en el primer hospital donde fue atendido no trataron debidamente el dolor abdominal agudo que presentaba; por ello tuvo que acudir a otro nosocomio donde lo intervinieron quirúrgicamente.

Resumen clínico

Expediente clínico primer hospital

19 de mayo 2006, 10:30 horas, urgencias: masculino de 19 años de edad, dolor cólico, moderado a intenso, de cuatro horas de evolución. Presión arterial 110/70, frecuencia cardiaca 100 por minuto, frecuencia respiratoria 20 por minuto, temperatura 37.7° C, cardiopulmonar sin compromiso. Abdomen globoso por panículo adiposo; resistencia muscular en ambos cuadrantes inferiores, de predominio izquierdo, palpación profunda dolorosa en cuadrantes inferiores, percusión timpánica, peristalsis hipoactiva, Mc Burney/Lanz dudosos; psoas izquierdo doloroso, obturador negativo, Bumberg dudoso. Impresión diagnóstica: síndrome de abdomen doloroso. Plan: estudio de abdomen doloroso. Ultrasonido abdominopélvico: pielonefritis derecha agudizada, pielectasia moderada. Datos de colon espástico a correlacionar con estudios complementarios y evolución clínica.

13:00 horas, nota de valoración, cirugía general: abdomen agudo de siete horas de evolución. Padecimiento actual: inicia con dolor en cuadrantes inferiores de abdomen, hiporexia. Tomó medicamentos con mejoría temporal del dolor; actualmente dolor moderado, continuo, en cuadrantes inferiores, no síntomas urinarios. Exploración física: mucosa oral seca (+), tórax sin datos patológicos; abdomen blando, hiperestesia en fosa ilíaca derecha, fosa ilíaca izquierda y epigastrio, rebote positivo en fosa ilíaca derecha e izquierda. Psoas derecho negativo, psoas izquierdo positivo; peristalsis no audible. Hemoglobina 14.4, hematocrito 43.3, leucocitos 12,300, bandas 11, examen general de

orina en parámetros normales. Diagnóstico colitis vs. apendicitis modificada por analgésicos. Plan: hospitalización, medidas generales, revalorar en tres horas. Solución fisiológica 500 ml para dos horas; solución mixta 1000 ml.

17:00 horas, nota de evolución: refiere dolor cólico, de predominio en colon descendente, fiebre hasta 39.2° C, frecuencia cardíaca 102 por minuto, mucosa oral mejor hidratada, tórax sin datos patológicos. Dolor en marco colónico, rebote dudoso, peristalsis leve. Salmonelosis, se inicia gentamicina y metamizol. Dieta líquida a tolerancia. Resultados de estudios de laboratorio: hemoglobina 14, leucocitos 12,300, segmentados 70%, bandas 11.

17:45 horas, indicaciones: dieta líquida a tolerancia, solución glucosada 5% 1000 para seis horas, gentamicina 160 mg intravenosos cada doce horas, metamizol 1 g intravenoso cada seis horas, signos vitales, deambulación y baño.

20 de mayo 2006, 9:30 horas, nota de evolución: remiten cólicos, presenta evacuaciones diarreicas (4) por la noche, con pujo. Tolera poco líquido vía oral, tiene náusea, cede la fiebre, diuresis concentrada. Temperatura 36.3° C, frecuencia cardíaca 82 por minuto, frecuencia respiratoria 20 por minuto, presión arterial 90/60. Mucosa oral levemente seca, campos pulmonares sin datos patológicos; abdomen blando, no distendido, dolor en marco colónico a la palpación profunda, rebote dudoso, peristalsis leve. **Indicaciones:** dieta líquida astringente a tolerancia, solución mixta 1000 ml, más 1 ampolla KCL para seis horas; metamizol sólo por fiebre mayor a 38° C., caolín/pectina 10 ml, vía oral cada cuatro horas, gentamicina 160 mg intravenosos cada doce horas; loperamida una tableta vía oral cada seis horas; solicitar coproparasitológico y amiba en fresco. 21:40 horas: butilioscina una ampolla intravenosa cada seis horas. Resultados de estudios de laboratorio: amiba en fresco, trofozoitos de entamoeba histolytica ausentes. Coprológico, leucocitos 0-1 por campo, eritrocitos 0-1 por campo, pH 8.5, parásitos de entamoeba histolytica.

21 de mayo 2006, 9:15 horas, nota de evolución: vómito (único evento en 24 horas). Temperatura 36.2° C, frecuencia cardíaca 77 por minuto, frecuencia respiratoria 20 por minuto, presión arterial 100/70. Campos pulmonares sin datos patológicos;

abdomen blando, depresible, no hiperestesia, leve hiperbaralgia colon descendente, rebote (-), peristalsis (+/++); evacuaciones líquidas. Indicaciones: dieta líquida sin lácteos, blanda al medio día; solución mixta 1000 ml, más una ampolleta KCL para doce horas; gentamicina 160 mg intravenosa cada doce horas, metamizol, caolín/pectina 10 ml, vía oral cada cuatro horas, loperamida vía oral cada seis horas. Preatla.

21 de mayo 2006, 16:00 horas, nota de egreso: diagnóstico de ingreso. Colitis vs. apendicitis modificada por analgésicos. Diagnóstico de egreso, enteritis, probable shigella. Pronóstico favorable. Plan: dieta astringente, loperamida por razón necesaria, gentamicina 160 mg intramusculares cada 24 horas por tres días, antiespasmódicos por razón necesaria. Cita en siete días.

22 de mayo 2006, consulta externa: evacuaciones líquidas, vómito, dolor, cólico esporádico. Se solicita rotavirus en heces. Cita a la brevedad posible.

Expediente clínico segundo hospital

23 de mayo 2006, nota postquirúrgica: diagnóstico pre y postoperatorio. Absceso pélvico secundario a apendicitis complicada. Cirugía efectuada, apendicectomía, lavado y drenaje de cavidad. Hallazgos, colección purulenta en hueco pélvico (200 ml), abundante fibrina, sigmoides y vejiga maceradas, adherencias múltiples interasa, apéndice perforado.

27 de mayo 2006, nota de egreso: alta por mejoría. Diagnóstico definitivo, apendicitis aguda complicada, absceso pélvico.

29 de mayo 2006, reporte de estudio histopatológico: muestra enviada. Apéndice cecal. Diagnóstico, apendicitis aguda necrótica, fibrinopurulenta. Periapendicitis aguda fibrinosa. Reporte de cultivo: staphylococcus aureus coagulasa positivo. Proteus mirabilis.

Análisis del caso

Para el estudio del caso se estiman necesarias las siguientes precisiones:

Atendiendo a la literatura especializada, la apendicitis aguda es la patología quirúrgica más frecuente del abdomen, ocurre a cualquier edad, siendo el rango mayor entre los 15 a 30 años; afecta igualmente a ambos sexos.

En su inicio la apendicitis aguda puede ser difícil de identificar; sin embargo, si se realiza el estudio cuidadoso del paciente se reducen las complicaciones, tales como perforación, absceso o peritonitis, las cuales se deben, principalmente, a retrasos en el diagnóstico y tratamiento.

Por cuanto a su etiología, la obstrucción de la luz es factor determinante en la producción de apendicitis, el fecalito es causa común de obstrucción y, menos frecuente, la hipertrofia del tejido linfóide; otras causas pueden ser vegetales, semillas o parásitos.

Inicialmente la obstrucción comprime los conductos linfáticos, genera isquemia, edema y acumulación de moco, el cual es transformado en pus por las bacterias, presentándose úlceras en la mucosa (apendicitis focal grado I). Posteriormente, las bacterias colonizan y destruyen la pared apendicular, el proceso inflamatorio alcanza la serosa y el peritoneo parietal; en esta etapa existe apendicitis aguda supurada (grado II).

La trombosis de vasos sanguíneos apendiculares produce necrosis de la pared y gangrena, ocurriendo, finalmente, la perforación. A través de la perforación escapa el contenido purulento, ello origina peritonitis. Cuando las asas cercanas y el epiplón mantienen aislado el foco, persiste como peritonitis localizada y se forma plastrón o absceso localizado (grado III). Si el apéndice es retroperitoneal el proceso tiende a mantenerse localizado. Si la perforación no es sellada por asas o epiplón, se produce peritonitis generalizada (grado IV).

En cuanto al diagnóstico, debe atenderse a los datos clínicos, asimismo existen exámenes auxiliares, entre ellos, biometría hemática, radiografía simple de abdomen y ultrasonido pélvico.

La secuencia clínica clásica consiste en dolor, vómito y, por último, fiebre. El dolor inicia en epigastrio o región periumbilical, después se localiza en fosa ilíaca derecha. Casi

siempre existe anorexia, el vómito está presente en más de 75% de los casos. En pacientes de edades extremas (neonatos y ancianos), la fiebre puede estar ausente, incluso puede haber hipotermia. De igual forma puede existir diarrea en uno de cada cinco pacientes.

En la exploración física, se pueden encontrar los signos siguientes:

- Punto de Mc Burney, localizado a 4-5 cm de la apófisis espinosa del íleon, en una línea recta trazada desde dicha apófisis hasta el ombligo. Este signo es positivo cuando existe hipersensibilidad al rebote.
- Rovsing, se presenta dolor en cuadrante inferior derecho al hacerse presión en el izquierdo.
- Resistencia muscular a la palpación de la pared abdominal, es indicador de la intensidad del proceso inflamatorio. En la fase temprana existe resistencia defensiva y voluntaria; conforme avanza la enfermedad, se intensifica el espasmo muscular, tornándose involuntaria (rigidez refleja).
- Psoas, indica foco de irritación en su proximidad; este signo se busca con el paciente en decúbito lateral izquierdo, extendiendo lentamente el muslo derecho. Si la extensión produce dolor, el signo es positivo.
- Obturador, se realiza mediante rotación interna, pasiva, del muslo derecho flexionado, con el paciente en decúbito supino; es positivo cuando ocurre dolor hipogástrico, al distenderse el músculo.

En presencia de peritonitis localizada o generalizada es posible encontrar dolor al rebote; es decir, a la descompresión brusca (signo de Von Blumberg).

En la exploración física puede identificarse masa palpable, la cual es signo de plastrón o absceso. Por último, cuando el apéndice se perfora, el paciente se agrava de inmediato, se incrementa la fiebre, existe taquicardia y mal estado general. En ocasiones, el cuadro clínico se puede enmascarar, principalmente, cuando los pacientes han recibido tratamiento mediante analgésicos y/o antibióticos, los cuales pueden modificar el cuadro y presentarse sólo algunos síntomas e incluso ninguno.

En los estudios de laboratorio la biometría hemática puede mostrar leucocitosis y/o neutrofilia en más de 70% de los casos de apendicitis aguda. Este dato sirve para

confirmar el diagnóstico, pero su ausencia no lo excluye. El examen general de orina tiene utilidad si se sospecha infección urinaria como alternativa diagnóstica. La presencia de leucocituria puede observarse si el proceso inflamatorio del apéndice se encuentra en vecindad con el uréter o la vejiga.

Los principios básicos del manejo incluyen: mejorar las condiciones del paciente, antibiótico (para cubrir Gram negativos y anaerobios), e intervención quirúrgica. En caso de absceso y destrucción total del apéndice cecal, debe realizarse drenaje del absceso, dejando drenes por la posibilidad de fístula enterocutánea. Si el cuadro es de peritonitis generalizada, una vez realizada la apendicectomía, debe lavarse la cavidad peritoneal hasta que el líquido de retorno sea de aspecto claro.

En el presente caso, el 19 de mayo de 2006, el paciente asistió al primer hospital por presentar dolor abdominal. La nota inicial señala que el paciente presentaba síndrome de abdomen doloroso, estimando necesario su estudio.

A las 13:00 horas el paciente fue valorado por cirugía general, reportándose abdomen agudo de siete horas de evolución. La nota de dicho servicio refiere que el padecimiento inició con dolor en cuadrantes inferiores de abdomen e hiporexia, y que el enfermo tomó medicamentos con mejoría temporal del dolor. Asimismo, la citada nota refiere que el paciente presentaba temperatura de 37.6° C, frecuencia cardíaca 120 por minuto, mucosa oral seca; hiperestesia en fosa ilíaca derecha, izquierda y epigastrio; rebote positivo en fosa ilíaca derecha e izquierda, psoas izquierdo positivo, peristalsis no audible; por ultrasonido abdominal riñón derecho con discreta ectasia piélica y ureteral, pérdida de la relación corteza-médula; biometría hemática que reportó leucocitos 12,300, bandas 11, y examen general de orina en parámetros normales, integrándose diagnóstico de colitis vs apendicitis modificada por analgésicos; por ello se indicó la hospitalización del enfermo, medidas generales, observación y revaloración en cuatro horas, lo cual estaba indicado debido al cuadro clínico que presentaba.

El paciente fue revalorado por cirugía general; en efecto, la nota de las 17:00 horas, señala que presentaba dolor tipo cólico de predominio en colon descendente, fiebre hasta 39.2° C, frecuencia cardíaca 102 por minuto, dolor en marco colónico, signo de rebote dudoso, peristalsis leve.

Con los datos clínicos anteriores, se estimó que se trataba de salmonelosis y se inició tratamiento mediante gentamicina, metamizol y dieta líquida a tolerancia. En ese sentido, quedó demostrado que el personal médico del servicio de cirugía general del hospital demandado, incurrió en mala práctica, por negligencia, pues incumplió sus obligaciones de medios de diagnóstico y tratamiento en la atención del paciente, al indicar tratamiento, sin que estuviera debidamente sustentado.

En efecto, el expediente clínico demuestra que el paciente, desde su ingreso a urgencias (19 de mayo de 2006), tenía datos clínicos sugestivos de abdomen agudo; de las notas médicas se desprende que presentaba taquicardia, febrícula, resistencia muscular en hemiabdomen inferior, signos apendiculares dudosos, entre otros. Asimismo, la biometría hemática reportó leucocitosis (12,300) con bandemia importante (11), y durante su estancia, ese mismo día, presentó fiebre (39.2° C), persistencia del dolor y rebote dudoso.

Más aún, las notas del expediente clínico acreditan que cirugía general sospechó apendicitis modificada por medicamentos y, pese a ello, indicó antibiótico y analgésico antipirético, lo cual contribuyó a la modificación del cuadro clínico. Esto demuestra la mala *praxis*, por negligencia, en que incurrió el personal médico.

Al respecto es necesario mencionar, que en términos de la literatura especializada, los pacientes con apendicitis aguda pueden presentar síntomas atípicos, los cuales pueden deberse, entre otras cosas, a las diferentes posiciones anatómicas del apéndice, al grado de inflamación que exista durante la valoración médica, así como a la modificación del cuadro clínico por empleo de antibióticos y/o analgésicos. Por lo anterior, cuando se sospecha apendicitis, la atención debe ser cautelosa, antes de iniciar medicamentos que puedan modificar la historia natural de la enfermedad y retrasar el diagnóstico, favoreciendo la aparición de complicaciones. En el presente caso fue acreditado que el paciente presentó apendicitis aguda; en la especie, el reporte de estudio histopatológico así lo demuestra.

Atendiendo a las notas médicas de los días 20 y 21 de mayo de 2006, el paciente presentó evacuaciones líquidas, sin que desapareciera el dolor abdominal; sin embargo

cirugía general se limitó a dar tratamiento con antibiótico, analgésico, antiespasmódico y antidiarreicos. Esto es un elemento más para tener por cierto que la actuación no se ajustó a lo establecido por la *lex artis* especializada, pues se soslayaron las manifestaciones de abdomen agudo que el paciente presentó y, si bien se sospechó la posibilidad de apendicitis aguda, no se descartó debidamente.

El personal médico del hospital demandado egresó al paciente el 21 de mayo de 2006, con tratamiento mediante loperamida y gentamicina, lo cual modificó las manifestaciones clínicas, retrasando el diagnóstico del padecimiento apendicular. De igual forma, el enfermo fue atendido en consulta externa el 22 de mayo de 2006; la nota de la citada fecha, refiere que presentó vómito, persistencia de evacuaciones líquidas y dolor cólico esporádico; sin embargo, no se señala la exploración física del paciente, sólo la solicitud de búsqueda de rotavirus en heces.

Lo anterior demuestra incumplimiento de las obligaciones de medios de diagnóstico y tratamiento por parte del personal médico del hospital demandado, pues pese a que el paciente continuaba con dolor abdominal y diarrea, se concretó a solicitar estudio de rotavirus (padecimiento que se presenta con mayor frecuencia en lactantes), sin efectuar el diagnóstico diferencial que el caso ameritaba.

En esos términos, está demostrado que debido a las omisiones observadas por el personal médico del hospital demandado, fue necesario que el paciente asistiera al segundo hospital para atender su problema de salud, el cual era de resolución quirúrgica.

El expediente clínico del segundo hospital demuestra que el enfermo fue intervenido quirúrgicamente el 23 de mayo de 2006, pues presentaba apendicitis complicada; en efecto, la nota postquirúrgica así lo demuestra. De igual forma, el reporte de estudio histopatológico, fechado el 29 de mayo de 2006 es concluyente al señalar que el paciente presentó apendicitis aguda necrótica fibrinopurulenta y periapendicitis aguda fibrinosa.

Apreciaciones finales

La atención brindada por el personal médico del hospital demandado no se ajustó a la *lex artis* de la especialidad, pues ante el cuadro clínico que presentaba el paciente, incumplió

sus obligaciones de medios de diagnóstico y tratamiento, incurriendo así en mala práctica por negligencia.

El tratamiento subsecuente ofrecido en segundo hospital fue necesario ante las irregularidades observadas en el hospital demandado.

Bibliografía

Athié Gutiérrez, C., Guizar Bermúdez C., *Apendicitis*, Capítulo 94, 785-794. En: *Tratado de Cirugía General*, Ed. Manual Moderno, 2003.

Bergeron, E., *Clinical judgment remains of great value in the diagnosis of acute appendicitis*, Canadian Jour. Surg., 49(2):96-100, 2006.

Butterton, JR, Calderwood: *SB en Harrison's principles of internal medicine*, Dennis L. Kasper, Eugene Braunwald, Anthony Fauci, Stephen Hauser, Dan Longo, J. Larry Jameson (Eds): McGraw-Hill Professional; 16 edition, July 23, 2004.

Douglas, Ch., McPherson, NE., Davidson, PM., Gani JS., *Randomized controlled trial of ultrasonography in diagnosis of acute appendicitis, incorporating the Alvarado score*, British Medical Journal, 321(7226):919-922, 2000.

Guízar, B. y cols., *Análisis de 8,732 casos de apendicitis en el Hospital General de México*, Cir. Gen. 21: 105-109, 1999.

Silen, W., *Abdominal pain en Harrison's principles of internal medicine*, (Eds) Dennis L. Kasper, Eugene Braunwald, Anthony Fauci, Stephen Hauser, Dan Longo, J. Larry Jameson, McGraw-Hill Professional; 16 edition, July 23, 2004.

Tamamés, GS., *Apendicitis aguda en cirugía*, Tamamés, Martínez RC., Editorial Médica Panamericana, España, 2000.

Zaldívar, R.F. y cols.: *Perfil de atención de la patología apendicular en el servicio de urgencias: análisis de 1,024 pacientes*, Cir. Gen. 21: 126-30. 1999.

CAPÍTULO 9

Bioética y el ejercicio de la práctica médica

Dr. Rodolfo Vázquez Cardozo

Dr. Guillermo Soberón

Bioética: principios generales

*Dr. Rodolfo Vázquez Cardozo **

Lo primero que me gustaría señalar es que la bioética que quiero defender hoy día es una bioética de corte liberal. Por ello, primero voy a tratar de definir qué es esto de liberal, para luego pasar a los principios.

Un liberal, o al menos el liberal que quiero proponer, parte del supuesto de que toda elección individual en tanto es libre, por ese sólo hecho es valiosa; acepta que existe una multiplicidad de planes de vida porque los valores en los cuales se sustentan son, objetiva e inmensurablemente, plurales; no niega que puedan existir formas de vida mejores que otras, pero rechaza cualquier intervención del Estado o de otros individuos que busque imponer –subrayo esto de imponer– de manera perfeccionista o paternal injustificada, algún plan de vida y, por lo tanto, proscribe aquellas acciones que perjudiquen la autonomía y el bienestar de terceros.

En el marco del liberalismo que estoy proponiendo, la función del Estado no se entiende únicamente a partir de deberes negativos, sino también de deberes positivos

* Director del Programa de Teoría y filosofía del derecho, Departamento académico de Derecho, ITAM.

que se traducen en facilitar, promover y ordenar la realización de aquellas acciones que favorezcan de manera prioritaria los intereses de los individuos más desaventajados, de tal manera que a partir de estos cuatro criterios –elección individual; multiplicidad de planes de vida; rechazo de cualquier intervención del Estado y de terceros en la autonomía de los individuos; así como una concepción del Estado que no solamente se limite a ser un Estado abstencionista, sino activamente positivo en la defensa de los más desprotegidos– se constituye lo que yo llamaría, grosso modo, un neoliberalismo igualitario.

Con respecto a los principios de la bioética liberal, voy a tratar de ir definiendo cada uno de ellos, comenzando por los principios primarios; inicio con el primero de ellos, que es el principio de autonomía.

Los problemas generales de la bioética, siguiendo al profesor Manolo Atienza –destacado especialista en filosofía y derecho, autor de un artículo profusamente citado que lleva por título Juridificar la Bioética– podrían resumirse en cuatro preguntas; la primera es ¿Quién debe decidir? Parecería que el principio primario por excelencia para poder contestar esta pregunta, sería el principio de autonomía, mismo que voy a formular en los términos de un también destacado filósofo de derecho argentino Carlos Nino y de un filósofo inglés- mexicano, Mark Platts.

Cito primero a la definición de Nino, quien dice: siendo valiosa la libre elección individual de los planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado y los demás individuos no deben intervenir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida, y a la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente, e impidiendo la interferencia mutua en el del curso de tal persecución. Esta definición, no necesariamente literal, creo que es muy interesante porque parte, precisamente, de que la libre elección como tal es valiosa, que por supuesto puedo escoger planes de vida pero además ideales de virtud personal y, por supuesto, con respecto a esas elecciones y esos ideales de virtud personal, el Estado debe abstenerse de intervenir, pero no sólo abstenerse de intervenir, sino que debe imponer la condiciones para que esos planes de vida e ideales de virtud puedan ejercitarse de una manera plural, en sociedad.

La definición de Mark Platts es más breve, pero tal vez más categórica: debemos dejar a los agentes racionales y competentes tomar las decisiones importantes para su propia vida, según sus propios valores, deseos y preferencias, libres de coerción, manipulación o interferencias. El acento está puesto, entonces, en esta abstención de terceros con respecto a las elecciones que realizan agentes racionales competentes. Vamos a ver que cuando se da la característica de incompetencia, entonces el Estado tiene obligación de intervenir de alguna manera, pero mientras sean competentes el Estado debe abstenerse.

El principio de autonomía permite identificar determinados bienes sobre los que versan ciertos derechos, cuya función es poner barreras de protección contra medidas que persigan el beneficio de otros, del conjunto social o de entidades supraindividuales. El bien más genérico protegido por el principio de autonomía es la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros, de manera más específica, el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad, la libertad reproductiva, la libertad de residencia y de circulación; la libertad de expresión de ideas, de actividades religiosas, científicas, artísticas y políticas y la libertad de asociación para participar en las comunidades voluntarias, totales o parciales, que cada individuo considere conveniente.

Sin embargo, es claro que si alguien usa esa autonomía y pone en peligro la autonomía de terceros, algún límite podríamos poner a esa autonomía; por lo tanto, si yo expando mi autonomía poniendo en peligro la autonomía de terceros, un segundo principio tiene que aparecer para poder poner esa limitación, que responde a la segunda pregunta: ¿Qué daño, qué beneficio se puede o se debe causar?. Se trata del principio de dignidad.

Este principio supone que no pueden imponerse privaciones de bienes de una manera no justificada, ni que una persona pueda ser utilizada como instrumento para la satisfacción de los deseos de otra; en este sentido, dicho principio clausura el paso a ciertas versiones utilitaristas, que al preocuparse por la cantidad total de felicidad social, desconocen la relevancia moral que tienen la separabilidad e independencia de las personas. A su vez, el reconocimiento de este principio implica ciertas limitaciones en la

búsqueda de los objetivos sociales, la imposición de derechos personales, y restringe la aplicación de la regla de la mayoría en la resolución de los conflictos sociales.

Podemos enunciar el principio de dignidad con resabios claramente kantianos de la siguiente manera: Siendo valiosa la humanidad en la propia persona o en la persona de cualquier otro, no debe tratarse nunca como un medio, sino como un fin en sí misma, y no deben imponérsele contra su voluntad sacrificios o privaciones que no redunden en su propio beneficio.

Esto no significa que no pueda imponérsele sacrificios o privaciones, siempre y cuando medie el consentimiento de la persona para ese sacrificio o privación, si no media el consentimiento, se vulnera el principio de dignidad de la persona. Este principio, permite identificar ciertos bienes y los derechos correspondientes, íntimamente relacionados con la identidad del individuo, el bien genérico es, sin duda, la vida misma, y más específicamente, entre otros bienes, la integridad física y psíquica del individuo, la intimidad y privacidad afectiva, sexual y familiar y el honor y la propia imagen.

El tercer principio es el principio de igualdad y trata de responder a la pregunta ¿cómo debe tratarse a un individuo en relación con los demás? Atienza le llama aquí universalidad, podríamos llamarle principio de justicia, pero vamos a quedarnos con la idea de principio de igualdad. En un primer acercamiento el principio normativo de igualdad se puede enunciar todos los seres humanos deben ser tratados como iguales; ahora bien, la realidad en que se presenta dicho principio ofrece una enorme multiplicidad de rasgos, caracteres y circunstancias de los seres humanos que nos hace muy diferentes.

El principio de igualdad trata de decirnos cuándo está justificado establecer diferencias en las consecuencias normativas y cuándo no es posible establecer esas diferencias. Cuando no hay diferencias relevantes, el tratamiento debe ser igual, mientras que cuando aquellas existen, debe ser diferenciado. Entre ambos tipos de tratamientos hay un orden léxicográfico, es decir, la diferenciación basada en rasgos distintivos relevantes procede sólo cuando la no discriminación por rasgos irrelevantes está satisfecha. Por ello me parece que el enunciado que hace del principio de igualdad

Francisco Laporte, filósofo del derecho español, capto esta idea de la relevancia, dice: Una institución satisface el principio de igualdad sí y sólo sí su funcionamiento está abierto a todos en virtud de principios de no discriminación y una vez satisfecha esa prioridad, adjudica a los individuos, beneficios o cargas diferenciadamente, en virtud de rasgos distintivos relevantes. Si los rasgos no son relevantes, entonces el trato no puede ser discriminatorio, si son relevantes hay que diferenciar. Ejemplos de rasgos no relevantes, que no justificarían un tratamiento discriminatorio entre las personas, serían por supuesto, la raza, el sexo, las preferencias sexuales o las convicciones religiosas; si el principio de igualdad no se reduce exclusivamente al problema de la no discriminación, sino al tratamiento diferenciado cuando existen diferencias relevantes, la cuestión es cómo determinar que un rasgo o característica es relevante y, de acuerdo con tal criterio, proceder a la discriminación. No me voy a detener en todas las teorías de la justicia que han procedido a destacar cuáles son los rasgos relevantes para proceder a la diferenciación, pero entendamos, a manera de un ejemplo muy sencillo, que si una persona tiene méritos para poder ser tratado diferente a otra persona porque ha hecho más esfuerzo, porque se ha disciplinado más para poder tener una buena calificación en el Seminario de Derecho y Medicina, en el acta al final, bueno si esta persona ha puesto todos esos esfuerzos, sería desigualitario tratarlo de manera igual a una persona que no ha puesto el mismo esfuerzo.

Pienso que la combinación de los principios de autonomía, dignidad e igualdad de la persona tal como los he enunciado, constituyen una base normativa suficiente para la construcción de una teoría liberal. En el desarrollo, de lo que voy a decir ahora voy a tratar de ver de qué forma estos principios pudieran limitarse, pero repito, autonomía, dignidad e igualdad, un liberal igualitario, me parece que podría comprometerse con esos enunciados que he dicho.

Quizá lo que diría respecto a lo referido por Atienza es que yo sí me abocaría a la idea de que entre los tres principios hay una relación de prioridad, entre la autonomía, por ejemplo, y la dignidad de la persona; para un liberal lo que hace digna a una persona es su capacidad autonómica, si no puede detectar en una persona esa capacidad autonómica,

entonces esa persona no es un candidato a ser tratado dignamente. Parecería que otras corrientes pudieran invertir la relación entre los principios y pensar que el principio de dignidad antecede al principio de autonomía, porque quizás ven en la persona, aún cuando esta no tenga todavía ninguna capacidad autonómica, ven algo que la hace especialmente relevante. No puedo imaginarme qué sea eso relevante; de si lo relevante es un atributo que es dado por algún ser que infunde en esa persona algo así como un alma racional, entonces estaríamos pensando que esa persona es digna porque tiene algo del alma racional infundido por un ser absoluto que la hace digna, independientemente de que tenga posibilidad de ejercer su autonomía o no. Sin entrar ahora en este debate, un liberal pensaría que si la persona tiene la condiciones para poder ejercer la autonomía en esa misma medida esa persona es digna, si pierde las condiciones para poder ejercer la autonomía esa persona deja de ser digna; por lo tanto, hay un prevalencia de la autonomía sobre la dignidad de la persona, a diferencia de otras posturas que harían la prevalencia al revés.

Es claro que entre los planes de vida posibles de cualquier individuo se encuentran también aquellos que se sustentan en convicciones religiosas, en tanto, y esto quisiera remarcarlo mucho, en tanto libremente elegidos o ratificados en una etapa de madurez, son tan valiosos como cualquier otro plan de vida y su límite es, igualmente, el daño a la autonomía y bienestar que pudieran causar en terceros al momento de puesta en práctica. De tal manera que si yo elijo libremente una convicción religiosa, por el solo hecho de ser una elección libre, deliberada, racional es tan valioso como cualquier otra elección.

Un liberal no está reñido con las convicciones religiosas, él o ella mismos pueden tener la propias; pero están conscientes de que los principios religiosos carecen de prueba y son inmunes al razonamiento; en este sentido, la religión no es una condición ni necesaria ni suficiente para la moral, pero mucho menos para el derecho. Por ello, un individuo liberal entiende que un ordenamiento jurídico debe estar dirigido tanto para creyentes como para no creyentes, agnósticos o ateos. En palabras de un filósofo del derecho argentino Martín Farrel, la situación puede observarse de la siguiente manera:

Los principios religiosos son necesariamente de tipo metafísico, insusceptibles de prueba, dogmáticos, autoritarios y en buena medida inmunes al razonamiento. En la filosofía occidental se considera a los sentimientos religiosos generalmente como carentes de prueba, y las pruebas que han tratado de buscarse se han considerado como inválidas; el orden jurídico, por su parte, está dirigido a todos, creyentes o no creyentes, para cualquier contenido de orden jurídico hay que dar razones, proporcionar argumentos, hay que discutir y no dogmatizar.

Consecuencia de lo dicho hasta aquí es que para un liberal, sólo los seres humanos a través de sus elecciones individuales pueden ser susceptibles de una valoración moral; ni las entidades sociales o metafísicas, ni los seres naturales inertes o biológicos o colectivos son objeto de calificación moral. Sacralizar el carácter biológico del ser humano ha conducido a no pocos moralistas a excluir todo tipo de intervención humana en los procesos naturales, dando lugar a éticas dogmáticas que inevitablemente terminan confundiendo la moral con la religión. Este tipo de ética parece ignorar algo por lo demás obvio, a saber que, prácticamente, toda la historia de la medicina se puede leer también como “una lucha contra lo natural”, no en perjuicio sino en beneficio de los individuos. Que esta lucha contra lo natural haya incurrido en excesos alarmantes en perjuicio de las especies de animales y del equilibrio ecológico es un hecho indudable y en extremo lamentable, pero de estos excesos no se puede inferir legítimamente la tesis de que la naturaleza es intocable, y su defensa se revierta en un prejuicio más lamentable, limitando por ejemplo, las posibilidades de conocimiento y salud para el ser humano.

Dicho esto, Manuel Atienza señala que estos principios primarios de autonomía, dignidad e igualdad, dejo de lado el último, el de información, me parece que se puede subsumir perfectamente en el principio de autonomía, dado que nadie puede ejercer deliberadamente, racionalmente la autonomía si no tiene la información adecuada, entonces, dejo de lado el último principio. Estos tres principios primarios podrían limitarse y justificarse a partir de lo que señala él como principios secundarios aplicables si se dan las siguientes circunstancias:

El principio de autonomía podría limitarse con el principio de paternalismo justificado; el principio de dignidad con el principio de utilitarismos restringido; el principio de igualdad con el principio de diferencia.

Con respecto al principio de paternalismo justificado, voy a enunciarlo, dice Atienza lo siguiente:

- 1) Es lícito tomar una decisión que afecta a la vida o salud de otro, si este último está en situación de incompetencia básica;
- 2) La medida supone un beneficio objetivo para esa persona, y
- 3) Se puede presumir racionalmente que consentiría si cesara la situación de incompetencia.

De tal manera de que si tomamos como ejemplo a los seres humanos incompetentes, por ejemplo, personas con debilidad mental, la pregunta sería ¿el Estado debería intervenir o debería de abstenerse de esta intervención?, ¿debería de influir en el sujeto o debería de abstenerse de esa influencia?. El paternalismo está justificado, entonces, cuando tengo pruebas evidentes, empíricas, claras de que la persona de la que estoy hablando es un ser incompetente, y no cualquier incompetencia, sino una incompetencia básica; alguien podría pensar que un menor de edad puede ser incompetente para muchas cosas, pero digamos que es una incompetencia relativa, en algún momento llegará a tener la competencia completa, pero un incompetente básico requiere de una atención inmediata, directa y positiva por parte del estado y de terceros para poder resolver el problema de incompetencia. Por lo tanto, la autonomía se puede limitar en la medida que tenga esas características el sujeto y haya necesidad de un paternalismo justificado. Como ven ustedes, la idea de paternalismo como tal, no es peyorativa, hay paternalismos justificados, como hay paternalismos, obviamente injustificados; si una persona es competente y se interviene en esa competencia se está violando la autonomía de la persona, por lo tanto el paternalismo es injustificado.

Con respecto al principio de utilitarismo restringido, es lícito emprender una acción que no supone un beneficio para una persona o incluso que no le supone un daño si con ella se produce o es racional pensar que podría producirse, un beneficio apreciable para otro u otros, se cuenta con el consentimiento del afectado o se puede presumir racionalmente que hubiera consentido y tercero, se trata de una medida no degradante.

Por tanto, si una persona se encuentra en una situación en la que ya no es presumible pensar que hay autonomía y dignidad, entonces se puede usar el principio de utilitarismo restringido para tomar una decisión con respecto a esta persona en beneficio de terceros, pero la condición es que esta persona no tenga ya, o no pueda ejercer ya su capacidad autonómica y no tenga las condiciones de dignidad.

Y en tercer lugar, el principio de trato diferenciado diría, es lícito tratar a una persona de manera distinta de otra si la diferencia de trato se basa en una circunstancia que se universalizable, produce un beneficio apreciable en otra u otras personas, y sea puede presumir racionalmente, que el perjudicado consentiría si pudiera decidir en circunstancias de imparcialidad; por lo tanto, el principio de igualdad se desdoblaría entre principio de no discriminación trato igual a los iguales, y principio de diferenciación cuando hay diferencias relevantes para poder hacer esta diferenciación y pueden universalizarse.

Bien, para concluir, ¿qué pasa cuando estoy jugando con estos principios primarios y secundarios, con respecto a situaciones que se presentan como casos difíciles o incluso casos trágicos? Y Atienza menciona aquí, entre los casos controvertidos, por ejemplo el caso de la autonomía, la investigación con niños inconscientes, límites de la libertad clínica, la eutanasia, testigos de Jehová.

En el caso del utilitarismo restringido, investigación que no mejora directamente la salud, la realización de trasplantes; en el caso del principio de diferencia o de igualdad y diferencias, lista de trasplantes, investigación con placebos, trato de sidosos, aleatoriedad, etc.

¿Qué tendría que hacer la bioética cuando pesa estos principios primarios, con los secundarios y surge un caso conflictivo? La idea es pasar de principios a reglas, para que puedan resolverse estos casos, y voy a señalar, simplemente a manera de ejemplo, tres reglas que se pueden desprender de ese ejercicio de ponderación de principios o de balance de principios ante casos controvertidos.

1) Con respecto al principio de autonomía y el paternalismo justificado y un caso difícil como es el del testigo de Jehová: ante el caso controvertido de la transfusión sanguínea a un niño testigo de Jehová, el principio primario de autonomía personal de los

padres debe ceder ante el principio secundario de paternalismo justificado que justifica la regla “un padre no puede impedir que a su hijo se le transfunda en caso de necesidad”. Si el niño presenta todas las características de la incompetencia básica, y podríamos presumir eventualmente, que se desearía una situación de seguir viviendo a morir, entonces parecería que usar el principio de paternalismo justificado para limitar la autonomía de los padres y salvaguardar la vida de una persona, de incompetencia en este momento, como es el niño a una cierta edad, que todavía no tiene formada o ejercida su autonomía.

2) Con respecto al principio de dignidad, ante la situación concreta de un paciente en estado terminal vegetativo irreversible, el posible principio primario de dignidad personal debe ceder ante el principio secundario del utilitarismo restringido que justifica la regla: es lícita la eutanasia activa para evitar un mayor daño a los familiares y beneficiar a terceros con los recursos hospitalarios. Quiere decir que para poder llegar a aplicar el utilitarismo restringido no puedo ya aplicar el principio de dignidad, tengo que tener razones obviamente, para decir que ya no es digna la persona; aplicando el principio de utilitarismo restringido en este caso controvertido, llego a una regla como la que enuncié : es lícita la eutanasia activa para evitar un mayor daño los familiares, etc.

3) Por último, ante las escasez de órganos y la creciente demanda de los mismos , el principio primario de igualdad debe ceder ante el principio secundario de trato diferenciado, que justifica la regla: lícito preferir para un transplante, en igualdad de otras condiciones, al enfermo que pueda pronosticarse una mayor cantidad y calidad de vida. Podría esto cuestionarse y, de hecho hemos llegado a algún cuestionamiento con Atienza, pero en todo caso, lo que quiero resaltar es que esta regla final es un ejercicio de ponderación de principios ante casos controvertidos para saber que hacer aquí y ahora, con respecto a una situación de un sujeto que presenta, por ejemplo, ante la gran escasez de órganos o ante la situación de estado terminal vegetativo o ante la transfusión sanguínea de un niño testigo de Jehová.

Bien, la idea es que la bioética tiene que hacer un gran ejercicio de identificar los principios, ponderarlos y, ante situaciones trágicas, tratar de diseñar reglas, que sería algo así como la jurisprudencia bioética para poder tomar decisiones en casos difíciles o trágicos.

Bioética y el ejercicio de la práctica médica

*Dr. Guillermo Soberón **

Introducción

Desde mi perspectiva, este Seminario guarda una importancia capital para la impartición de justicia en el país, en tanto vincula el conocimiento médico y de la salud a partir de la evidencia científica, con el corpus jurídico que debe orientar y alimentar las decisiones del Poder Judicial: la Corte y, en general, de los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, así como de los Juzgados de Distrito que operan en el ámbito local. Es, a todas luces, un hecho inédito como tal, efectuar este Seminario y creo que deberá ser un ejercicio continuo, además de constituir un puente permanente de comunicación entre el conocimiento médico y el saber jurídico. Empezaré por precisar algunos conceptos.

* Presidente de la Comisión Nacional de Bioética.

Bases conceptuales y antecedentes

Cuando se habla de práctica médica se debe estar consciente de que, en rigor, la práctica médica es una parte del cuidado de la salud centrada en la atención médica. Es la aplicación del conocimiento médico para restablecer la salud que ha resultado afectada; pero en sentido amplio, el cuidado de la salud implica otras acciones y áreas de conocimiento.

Con relación a la bioética y su vinculación al cuidado de la salud hay que tener presente que la primera preocupación por este nuevo campo de conocimiento derivó de la revisión de los protocolos de investigación en seres humanos que se hicieron en los campos de concentración de los nazis en la Segunda Guerra Mundial. Esto generó una sacudida importante y naturalmente despertó un clamor unánime en el sentido de que no deberían tolerarse este tipo de acciones que sujetaban a los seres humanos a esa serie de prácticas de investigación, lo que quedó plasmado en el *Tratado de Nuremberg* y en el código correspondiente, llamado *Código Belmont* y, después, de manera más amplia en la Declaración de *Helsinki*, que se dio en 1964. Esta última ha sufrido diversas revisiones y actualizaciones sucesivas en donde se establece qué se puede permitir y qué no en el trato de los seres humanos como sujetos de investigación.

Hay también otro tipo de investigaciones, como es el caso de los estudios en el campo de la salud pública, que ya no tratan con el individuo aislado si no más bien con comunidades, con grupos poblacionales, en los cuales se deben fijar limitaciones o restricciones sobre qué puede hacerse y qué no cuando se realiza investigación en salud.

De ahí surgió El *Consejo Internacional de Organizaciones Médicas y de Salud*, conocida como CIOMS por sus siglas en inglés, instancia afiliada a la Organización Mundial de la Salud (OMS), que inició su ejercicio para extender la práctica de la bioética en la investigación y la aplicación de ciertas conductas y tratamientos sobre colectividades. Así surgieron las investigaciones epidemiológicas, la investigación en políticas de salud, así como la investigación en servicios y sistemas de salud, como campos de la investigación en salud pública.

En estos ámbitos y, desde esa perspectiva poblacional, también existen consideraciones y decisiones importantes que tomar en cuenta, así como restricciones que hay que imponer en los protocolos cuando no hay el respeto debido a las personas que participan en la investigación. Pero no solamente es en el área de la investigación en donde aplican todos estos principios y preceptos que Rodolfo Vázquez ha ilustrado en su oportunidad, sino ahora además en el proceso de la atención médica, en los actos que se ejercen sobre una persona para restablecer su salud quebrantada; es decir, en las intervenciones sanitarias como la aplicación de un nuevo medicamento, un examen de gabinete, una técnica quirúrgica innovadora o cualquier medida que se diseñe con propósitos de atención médica.

Así, la atención médica está ya sujeta a este tipo de escrutinio por la sencilla razón de que ha habido un gran avance en la investigación biomédica y, por tanto, de ahí han emergido nuevos conocimientos que pronto también serán llevados a constituirse en intervenciones sanitarias innovadoras.

Este proceso, que se ha venido acelerando cada vez más, conlleva riesgos de los que hay que estar conscientes, para que si se detecta que algo inconveniente está sucediendo, se puedan poner en marcha las medidas correctivas conducentes o suspender la investigación o intervención, poniendo por delante el beneficio y el respeto de los enfermos.

De hecho se dice y, no sin razón, que la celeridad en el desarrollo del conocimiento y la innovación tecnológica en el campo de la medicina y la salud han sido los detonadores del auge de la bioética, en donde se incluye de igual manera a la investigación en animales, principalmente en torno al cuidado de los animales de laboratorio, tomando en cuenta que también son seres vivos a los cuales hay que evitarles sufrimientos innecesarios y procurarles los cuidados y las medidas adecuadas en cada caso, y no usarlos a menos que sea absolutamente necesario en los protocolos, cuando se constate que pueden proveer información valiosa que de otra manera no se puede obtener.

En el marco de aplicación y desarrollo de la bioética se ha ido extendiendo cada vez más la idea y la premisa ética de que se necesita más conocimiento, más conciencia de lo

que significa su ejercicio y que se requiere, también, la creación de instrumentos más finos para poder ser efectivos en lo que se propone. Es esencial hacer lo que se debe y evitar lo que no se debe hacer, con la finalidad última de proteger, fundamentalmente, los derechos de los pacientes.

El desarrollo de la bioética en México

Dentro de este contexto se comenta a continuación lo que se ha estado haciendo en la Comisión Nacional de Bioética, que fue recreada, por decirlo así, en 2005, ya que originalmente esta Comisión fue establecida en el año de 1992, en el ámbito del Consejo de Salubridad General.

En aquel tiempo el maestro Manuel Velasco Suárez, denodado luchador social, además de un excelente neurocirujano y un hombre interesado en la política y el servicio a sus semejantes, y que formaba parte de una organización de médicos contra la aplicación de la energía nuclear con fines bélicos, logró la creación de la Comisión Nacional de Bioética en 1992, siendo él Secretario del Consejo de Salubridad General y en tiempos que era titular de la Secretaría de Salud el doctor Jesús Kumate Rodríguez.

Su esfuerzo fue grande. Fundamentalmente lo dedicó a extender, sobre todo en el área de la salud humana, las características de la bioética y anticipó mucho de lo que se esperaba de ella; llegó a organizar varios congresos internacionales y, en fin, promovió el campo de una manera importante.

En el 2000 el presidente Ernesto Zedillo Ponce de León emitió dos acuerdos presidenciales: en uno de ellos le dio un carácter permanente a la Comisión Nacional de Bioética y, según los términos del decreto correspondiente, sus funciones se ampliaron y al proceder al ámbito del Consejo de Salubridad General, el segundo acuerdo creó la Comisión Nacional para el Genoma Humano.

Eran los tiempos en los que estaba por terminar el Proyecto del Genoma Humano –iniciado en 1990– y en ese entonces se juzgó que el conocimiento que iba a ser proporcionado como producto de este esfuerzo, sin duda tendría grandes aplicaciones en

el campo de salud, por lo que debía ser analizado por el gobierno y conducido de manera tal que permitiera tomar las medidas necesarias para participar en su aplicación.

El maestro Velasco Suárez murió precisamente en el año 2000, meses después de que se publicaran estos decretos y el doctor Fernando Cano Valle fue nombrado secretario ejecutivo de la Comisión Nacional de Bioética y el que suscribe fue nombrado secretario ejecutivo de la Comisión Nacional para el Genoma Humano.

En el 2003, el doctor Fernando Cano Valle pasó a ser director del Instituto de Enfermedades Respiratorias y en su relevo estuvo encargado de la conducción de la Comisión Nacional de Bioética, por un par de años, el doctor Juan Garza Ramos. Por lo que toca a la Comisión para el Genoma Humano, en julio de 2004, fue creado el Instituto Nacional de Medicina Genómica, por lo que algunas de sus funciones pasaron a formar parte de éste y otras se incorporaron a la Comisión Nacional de Bioética; entonces se vio que había cierta superposición entre las funciones de la Comisión Nacional para el Genoma Humano y lo que el Instituto planeaba realizar en este campo que ya tenía su propia comisión interna de bioética y contaba con una estructura propia de trabajo.

Posteriormente, por instrucciones del entonces Secretario de Salud, doctor Julio Frenk Mora se propuso la formulación de un decreto presidencial para hacer de la Comisión Nacional de Bioética un órgano desconcentrado con una mayor autonomía de operación que se juzgó importante para su acción efectiva.

La Comisión Nacional de Bioética

En el 2005, el suscrito fue designado Presidente del Consejo de la Comisión Nacional de Bioética, ya que el propio decreto que se estableció, creó una estructura diferente de la que existía; ahora es un Consejo el que conduce los trabajos de la Comisión; se trata de una estructura semejante a la que existe para la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

La misión que tiene la Comisión –simplemente enunciada pero ambiciosa en sus pretensiones–, es coadyuvar al desarrollo de una cultura bioética en México. Se considera que la sociedad mexicana es una población plural, multicultural, que significa en

donde conviven diversas poblaciones y grupos étnicos, por lo que se requiere un marco ético amplio e influyente que refleje este variado mosaico para construir los acuerdos intersubjetivos, así como propiciar la armonía necesaria frente a la diversidad de códigos de convivencia que coexisten en el marco de un Estado laico, como es el mexicano.

La visión que tiene la Comisión, es fomentar la reflexión, la deliberación y la discusión multidisciplinaria y multisectorial alrededor de los temas vinculados con la salud humana y con el desarrollo de normas éticas para la atención, la investigación y la docencia en salud, así como divulgar la importancia y alcances de la bioética entre la sociedad y los grupos interesados.

No se incluye explícitamente, pero forma parte de la bioética, y ahora de toda manifestación de vida, el cuidado del medio ambiente. De hecho, a ello obedece que hay una entidad en la Administración Pública Federal que se ocupa del cuidado del ambiente y se espera que puedan establecerse convenios y relaciones entre diversas instancias, para que esa responsabilidad no sea descuidada. En este contexto la Comisión Nacional de Bioética es la responsable del cuidado de la salud de acuerdo al ámbito de responsabilidad que se nos ha señalado actualmente.

La Comisión Nacional de Bioética facilita estrategias, caracteriza elementos para la reflexión y la toma de decisiones informadas, razonables, sustentadas, tolerantes y prudentes en el marco del respeto a los derechos fundamentales, habida cuenta de que en la sociedad existen puntos de vista diferentes sobre ciertos problemas en donde se invoca a la bioética.

Desde esta perspectiva la Comisión tiene el propósito de coadyuvar para que pueda haber acercamiento entre estos puntos de vista distintos, y se lleguen a formular acuerdos que permitan hacer coexistir diversos planteamientos. No se trata de levantar la mano a una tendencia frente a otra, tampoco de decidir por mayoría de votos, de tomar una posición u otra. Por el contrario, la idea es recoger lo que pueden aportar las partes para contar con mayores elementos que sean legados a los decisores y a la población, después de ser analizados, de considerar y ponderar las diferentes opiniones y tendencias, para propiciar una decisión convenida sociablemente y vivir en mayor armonía.

Las principales tareas, los principales avances

Construir la agenda de la Comisión Nacional de Bioética ha sido y es, una de las tareas de especial importancia. ¿Qué tópicos interesan y se abordan? Las implicaciones bioéticas en políticas de salud son vigentes y están en curso. Ya se señalaba que cuando se extiende la bioética a la perspectiva de las colectividades, al contexto poblacional, se tocan aspectos y se configuran bases que inciden en las políticas de salud que se van formulando y se implantan, y éstas, muchas veces, corren algunos riesgos que no son aparentes en un principio, por lo que se debe contar con suficientes elementos de vigilancia, que permitan observar y cuidar su evolución, consistencia y continuidad.

Se trata, en ciertos casos, de intervenir, reunir evidencia y aconsejar a la autoridad sanitaria, atendiendo a los tiempos que corren, ya que en los últimos sexenios ha habido reformas en el Sistema Nacional de Salud, y es muy importante que estas reformas estén visualizadas en perspectiva. De hecho, esta fue una de las indicaciones que dio el doctor Frenk cuando se inició el desarrollo actual de la Comisión Nacional de Bioética.

Valorar las prioridades establecidas en la investigación en salud, desde la óptica de la bioética, es también importante pues no hay recursos suficientes para acometer todo lo que pudiera hacerse; por lo que es fundamental que las decisiones sean tomadas en congruencia con el mayor beneficio en salud, pensando en quienes lo reciben. Antes se tomaban, quizá unilateralmente, por las personas responsables del desarrollo de la investigación, sin hacer un análisis cuidadoso de su trascendencia en el marco más amplio de las políticas públicas en salud.

A ello responde ahora la existencia de estos cuerpos colegiados que se abocan a este tipo de análisis y que van cuidando que haya justificación en las decisiones, previendo la confidencialidad de la información, sobre todo, cuando se trata de la salud colectiva.

La confidencialidad de la información debe cuidarse en beneficio de las personas que son adultos con posiciones propias, no siempre coincidentes. Debido a ello hemos tenido no digamos conflictos, pero sí puntos de vista divergentes que es necesario tener

presentes. Ahora, de acuerdo con las disposiciones del Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI) y a la Ley de Transparencia, es necesario considerar algunas cuestiones relativas a los protocolos de investigación en las instituciones de salud, las cuales no se han sentido inclinadas a revelar algunos aspectos, debido a que esa información va unida a elementos que inciden en la intimidad de las personas y que no pueden ser usados en forma libre. Frente a ello se han buscado medidas que permitan preservar la identidad de las personas que participan en algunos estudios, y que puedan servir a las instituciones para que vayan normando sus criterios. Estamos a un paso de configurar un marco que sea de ayuda para todos. La premisa es respetar los derechos de los pacientes en los sistemas sanitarios, lo que constituye realmente una tarea delicada, ya que de lo contrario, resultaría preocupante.

Sobre esta base se ha visto la importancia de organizar debates sobre problemas bioéticos que preocupan a la sociedad; que se van discutiendo periódicamente, pero es sorprendente ver cómo en estas discusiones muchas veces se enfrascan personas o grupos sin tener pleno conocimiento de lo que se está discutiendo, lo cual es esencial para contar con elementos y criterios válidos para tomar decisiones. La Comisión Nacional de Bioética, entonces, ha tomado la responsabilidad de alimentar, definir y estudiar estos cuestionamientos; propiciar debates debidamente fundamentados para que sean útiles y den lugar a propuestas razonables.

Esto se ha hecho ya sobre temas sensibles e importantes como el aborto, la eutanasia y otros problemas que van surgiendo en nuestro contexto y, en este sentido, es importante la información actualizada, así como crear infraestructura, porque se necesitan elementos que puedan ir ayudando a entender y construir juicios bioéticos que inciden en el cuidado de la salud.

La Comisión Nacional y las Comisiones Estatales

Dentro de la infraestructura que se ha diseñado se prevén organizaciones locales, cuerpos colegiados llamados Comisiones Estatales de Bioética que, se ha decidido, dependan de las secretarías de salud de las entidades federativas.

Hace unos cuantos años fueron descentralizados los servicios de salud que dependían de la Secretaría de Salud, hacia las entidades federativas, tanto para favorecer la autonomía de sus decisiones, como para establecer mecanismos que puedan servir para todos los sistemas de salud estatales.

En consecuencia, se vienen creando las Comisiones Estatales de Bioética, que aunque a la fecha tienen un desarrollo desigual, ya se cuenta con más de veinte organizadas, algunas de las cuales ciertamente han sido efectivas en avanzar en la toma de decisiones y difundir la información que han generado. En estas Comisiones confluyen los órdenes de gobierno estatales y municipales, el gobierno federal a través de la Comisión Nacional, el sector académico que tiene un interés creciente en estos asuntos, organizaciones no gubernamentales y otras instancias vinculadas a la salud, dependencias del medio ambiente, la cultura, la agricultura, la veterinaria y la educación, fundamentalmente. En ellas se realizan labores de difusión, producción y profesionalización de los cuerpos colegiados.

Dos nuevas instancias

Hay una iniciativa de modificación a la Ley General de Salud, que ahora está en la Cámara de Diputados donde se generó y, después de pasar al Senado, en donde se le hicieron algunas modificaciones, pero ya volvió a la Cámara de origen. En esta iniciativa se propone la creación de dos instancias esenciales: una es la *Comisión de Ética e Investigación* y la otra es la *Comisión Hospitalaria de Bioética*, ambas para instaurarse en los establecimientos de atención médica que llevan a cabo actividades de investigación en seres humanos.

La primera, la *Comisión de Ética e Investigación*, se ocupa de evaluar y dictaminar los protocolos de investigación que se someten a la decisión de las autoridades, en donde el consentimiento informado, que se ha venido perfeccionando, es un instrumento fundamental para poder juzgar; desde este punto de vista, si el enfermo está suficientemente informado para que pueda tomar una decisión abierta y libre sobre los procedimientos a los que va a ser sometido. Parece mentira pero muchas veces, en las instituciones, se juzga como un mero requisito a cumplir y, como se les solicita oficialmente, lo que hacen es decirle a la persona “lea esto y fírmelo, si está de acuerdo”. Naturalmente, si el enfermo no cuenta con información suficiente, si no se le da la oportunidad de que pueda preguntar y conocer las consecuencias de los procedimientos a los que va a ser sometido, pues está limitado para poder tomar decisiones razonadas que afectan su organismo, incluso para su tratamiento.

En este sentido la relación médico-paciente, que ha sido fundamental durante mucho tiempo y que ha sido desde muchos ángulos enjuiciada a través de las modalidades que ha ido adoptando, muestra que hay una gran asimetría entre el conocimiento que tiene el médico y el que tiene el enfermo, de modo que las decisiones se han basado fundamentalmente en los criterios del médico, más que en los del enfermo. Sin embargo, de lo que se trata es de que el enfermo sea capaz de tomar y asumir decisiones, de impulsar su capacidad “empoderamiento”, para que tenga los recursos que le permitan juzgar si lo que se le ofrece tiene probabilidades de brindarle satisfacción, o si hay otras opciones a las cuales pudiera recurrir. Todos estos elementos son ahora solicitados en las instituciones, sobre todo en aquellas que realizan investigación, de ahí la crucial importancia que guarda este *Comité de Ética e Investigación* como instrumento de apoyo y regulación bioética.

La otra instancia propuesta, el *Comité Hospitalario de Bioética* se ocupa de identificar cuestiones bioéticas o problemas bioéticos que surgen en el acontecer del cuidado de la salud, tanto en el aspecto de la atención médica, de la docencia, o en el de la relación médico-paciente, para configurar un juicio y encontrar información adecuada que permita establecer criterios que puedan ser aplicados al interior de las unidades hospitalarias.

La tecnología

Otro aspecto de enorme importancia es el relativo a las cuestiones tecnológicas que tienen que ver con el principio y el final de la vida. Al respecto sólo mencionaré algunos aspectos relevantes para ilustrar el tipo de cuestiones bioéticas que van interesando a la sociedad. Es el caso de la reproducción asistida, que ya lleva más de dos décadas de aplicación de muchos países, a partir una fertilización *in-vitro*, del uso de vientres subrogados o del vientre de la propia madre biológica para abordar el tratamiento de la infertilidad.

Esto conlleva algunas cuestiones bioéticas que giran alrededor del destino de estos embriones que se han creado vía fertilización *in-vitro*, puesto que en la reproducción asistida, en esta forma, se usan de cuatro a seis embriones guiados por el diagnóstico pre-gestacional y se va viendo cuál de ellos ofrece mayores posibilidades de desarrollo. Es decir, se procura escoger el embrión idóneo para que siga el curso de un nuevo ser humano, y los otros embriones sobrantes se congelan y se desechan posteriormente. Esto, en muchos países, ha sido cuestionado en el sentido de que en lugar de desecharse, sean usados en la llamada clonación terapéutica, que busca producir tejidos específicos a partir de estos embriones, lo que ha suscitado una gran controversia que no ha terminado, que es vigente, en tanto hay un sector importante que la sigue considerando como una vía válida.

El diagnóstico pre-gestacional también se usa como medio para detectar problemas genéticos que existen en el genoma de las mujeres, a fin de que puedan conocerse desde un principio.

Otro asunto que también ha sido muy debatido es la denominada anticoncepción de emergencia o píldora del día siguiente, de la cual ya ha sido hecho el registro y se han formulado las normas para la aplicación de esta tecnología. Por último, nos referimos a un producto que se llama RU486, que también ha generado debates ya que éste sí es un abortivo; es decir, produce el aborto y ha llamado mucho la atención recientemente, en función de la legislación que aprobó la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, y que

estableció que se permite el aborto antes de las doce semanas de gestación. Desde esa perspectiva es un producto que tiene y debe cumplir un papel, pero considerando los beneficios que reporta frente a los riesgos del legrado uterino y del gran problema de la mortalidad materna ligado a éste, en los casos de las mujeres que sufren abortos inadecuados, resulta entonces una medida que se tiene para contender con el problema de la alta mortalidad materna que no ocurre sólo en México, pero que se menciona por que se utiliza en muchos países y, dada la situación que ahora se presenta en el país, pues no sería extraño que de pronto se solicitara o se pidiera la aplicación de este recurso tecnológico.

El aprendizaje que nos dejan estos avances es que lo más importante es tener presente cómo los problemas o las cuestiones y decisiones bioéticas van surgiendo y van acomodándose a las condiciones sociales y económicas de cada país. Se trata de una visión que va evolucionando, frente a la cual se debe tener una mente abierta, reunir muchos conocimientos y revisar continuamente.

En el otro extremo, la tecnología relacionada con el final de la vida, hay un aspecto bioético importante: los cuidados paliativos para evitar el sufrimiento en la fase terminal de una enfermedad o la suspensión de apoyos que prolongan la vida en forma artificial y que vienen a constituir lo que se denomina “el encarcelamiento terapéutico”, el exceso de cuestion es que se hacen para prolongar la vida, para evitar, artificialmente, algo que ya no tiene salida, aspecto que tiene también implicaciones éticas importantes que considerar.

Otro tema crucial es el del diagnóstico de VIH en mujeres embarazadas, como medida que va más allá de lo que ahora se puede hacer, que es el examen con la voluntad de la propia mujer. Quienes proponen que esto debería ser ya una medida generalizada lo hacen pensando que pueden detectar casos que son importantes, porque no sólo se trata de la prevención de la infección en la mujer que ya muestra datos de su presencia, sino también de la prevención de la infección y transmisión vertical que va a tener un niño con el padecimiento, máxime que ahora está probado que con los nuevos antivirales que existen a nuestro alcance, se puede acotar y evitar por completo la contaminación y la enfermedad en el recién nacido.

Todos los aspectos señalados constituyen cuestiones que por ética y compromiso social deben ser debidamente valorados, ya que derivan de los incesantes avances tecnológicos que van surgiendo y que dan origen a reflexiones y decisiones que debemos estudiar y ponderar acuciosamente en beneficio de la salud y el bienestar de la sociedad.

CAPÍTULO 10

Epidemiología y enfermedades infecciosas

Dr. Pablo Kuri Morales

Lic. Marco Michel Calderón

La vigilancia epidemiológica: herramienta del derecho a la protección de la salud pública

*Dr. Pablo Kuri Morales **

*Lic. Marco Michel Calderón ***

Resumen

Este trabajo expresa la contribución de la vigilancia epidemiológica en hacer conciencia de que la salud pública no sólo es tarea del Estado, toda vez que en forma recíproca a las obligaciones de éste de proteger y salvaguardar la salud de toda la población, existen responsabilidades a cargo de la comunidad y de sus miembros en la prevención, promoción y protección de la salud como bien colectivo. El campo de interés de este documento está centrado en la operación del Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica, su interacción con las funciones de la salud pública y su relación con la intervención del Estado, con el propósito de salvaguardar la salud de la población. Con base en la exposición de las modalidades de participación del Estado, se manifiesta la necesidad de contar con el respaldo de un marco jurídico sólido que sustente su actuación y lo limite para evitar abusos al suponer el potencial ejercicio de actos de autoridad en contra de los individuos.

*Médico y maestro en ciencias sociomédicas y epidemiología por la UNAM. Actualmente es director general de Epidemiología en la Secretaría de Salud (SSA). Coordinador del Comité de Monitoreo y Evaluación del CONASIDA y responsable del Centro de Vigilancia Epidemiológica también de la SSA.

**Licenciado en derecho por la UNAM y diplomado en Derecho, salud y bioética y Cabildeo y producción jurídica por el ITAM. Ha sido asesor jurídico, de la Política normativa así como del Centro Nacional de Vigilancia Epidemiológica y Control de Enfermedades de la Secretaría de Salud, entre otros cargos.

Introducción

Para tratar el tema de la vigilancia epidemiológica y su relación con las acciones que en materia de la prevención y el control de las enfermedades están a cargo de las autoridades sanitarias, también debe explicarse qué es la salud pública, el objetivo que persigue, así como cuáles son las funciones que desempeña, qué atributos tiene que la distinguen de otras disciplinas de la salud.

De esa manera, se señalará porqué la vigilancia epidemiológica es la principal herramienta de información con que cuentan las autoridades para la toma de decisiones en salud pública, mismas que se traducen en intervenciones indispensables en la atención de los padecimientos o situaciones de riesgo que afectan a la comunidad en forma grave y frecuente.

Nuestro país cuenta con un Sistema Nacional de Salud, que no sólo se integra por la totalidad del personal médico existente, o por las unidades de salud instaladas en todo el territorio que nos deben brindar atención cuando enfermamos, pues estaríamos observando sólo una parte del Sistema Nacional de Salud, el Sistema de Atención Médica.

No obstante, lo que la mayoría de la gente desconoce es que existe otra parte del Sistema Nacional de Salud, que también nos ayuda a mantenernos sanos, pero funciona de formas de las que regularmente no nos percatamos; esta parte se denomina Sistema de Salud Pública.

El Sistema Nacional de Salud debe ser considerado como la totalidad de las instituciones de salud y del personal para la salud en su conjunto, pero en este trabajo únicamente se aborda al Sistema de Salud Pública.

En este sentido, existen muchos ejemplos de cómo la salud pública, que es la que se hace cargo de toda la comunidad, es diferente de los servicios de atención médica, los cuales son responsables de la salud de una persona a la vez. La salud pública trabaja para mantener a toda la población sana, pero cuando llega a fallar, el total de la población lo resiente.

La vigilancia epidemiológica contribuye a que el Estado cuente con evidencia que sustente la efectividad de las alternativas contempladas en sus estrategias de promoción de la salud, así como que disponga de los medios adecuados para tomar las decisiones en las mejores condiciones posibles, tenga plena responsabilidad de que los individuos accedan a la información completa respecto a sus opciones de acción y de que las elecciones individuales no dañen la salud de otros. Asimismo, coadyuva a que las autoridades sanitarias desarrollen estrategias de persuasión, como puede ser la de regular una determinada conducta a través de mecanismos legales que incluyan una sanción en caso de incumplimiento, o el establecimiento de impuestos encaminados a desincentivar el consumo de un bien determinado que se considera de riesgo, y pueda realizar las funciones de prevención y control de enfermedades y de protección contra riesgos sanitarios, así como utilizar el control que ejerce sobre la condición sanitaria de ciertos bienes para instrumentar medidas generalizadas de carácter preventivo cuya efectividad ha sido científicamente comprobada.

La aplicación de métodos epidemiológicos sirve para conocer el origen de diversos problemas de salud. Un claro ejemplo de esto son los efectos que causa el consumo de tabaco, en el que décadas de investigación y acciones en salud pública han guiado el conocimiento para determinar que el tabaco mata, por lo que se han instrumentado diversas estrategias dirigidas a reducir la adicción a la nicotina, incluyendo los espacios libres de humo.

De igual manera, el Sistema de Salud Pública, en su totalidad, está enfocado a atacar las causas que provocan la obesidad y la inactividad física y sus consecuencias, debido en gran medida, a que los estudios epidemiológicos han identificado y detectado daños y riesgos para la salud en este tenor.

El Sistema de Salud Pública abarca a todas las instituciones públicas, privadas y sociales, por lo que las autoridades federales, estatales y locales trabajan en su conjunto para dirigir y coordinar la prevención y promoción de la salud en todo el territorio, estado por estado, y municipio por municipio.

La autoridades sanitarias cuentan con facultades y atribuciones para proteger a la población, pero no pueden hacerlo solas, invariablemente se necesita la participación de los sectores privado y social.

La comunidad, los hospitales, centros de salud, escuelas, médicos, enfermeras, odontólogos, laboratorios clínicos, empresas y, en general, todas las personas tienen un papel fundamental en la prevención y control de enfermedades, así como en la promoción y protección de la salud de sus integrantes. Por lo tanto, cualquier individuo, y la suma de las conciencias, esperan que el sistema de salud pública continúe brindando apoyo a él y a su familia, como siempre lo ha venido haciendo, silenciosa y, prácticamente, de forma invisible, razón por la que, a pesar de haber dado cuenta de varios ejemplos de cómo la salud pública realiza su misión, pocas personas fuera del Sistema de Salud Pública apenas lo notan.

Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica

En materia de prevención y control de enfermedades corresponde a la Secretaría de Salud (SSA) planear y operar el Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica; así como llevar a cabo las acciones necesarias para tal fin. La Ley General de Salud establece una lista de las enfermedades transmisibles respecto de las cuales la Secretaría de Salud y los gobiernos de las entidades federativas deben realizar actividades de vigilancia epidemiológica. En el mismo ordenamiento se prevé la necesidad de realizar estudios epidemiológicos respecto de las enfermedades no transmisibles.

Para el desarrollo de las funciones citadas, la Secretaría de Salud requiere de la colaboración de las instituciones de los sectores público, social y privado y, en general, de toda la población. Los lineamientos para la operación del Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica los establece la norma oficial mexicana NOM-017-SSA2-1994, para la vigilancia epidemiológica.

El concepto de vigilancia epidemiológica se refiere a un sistema de recopilación de información sobre determinados eventos de relevancia en términos de riesgo para la

salud; en este mismo sistema se analiza la información recabada, y el resultado permite iniciar, profundizar o rectificar las acciones de prevención y control. La información respecto a los daños y riesgos para la salud representa un insumo importante de la vigilancia epidemiológica, ya que orienta sobre la necesidad de la notificación e investigación de éstos, así como acerca de la frecuencia con que estas acciones deben realizarse, de acuerdo con su trascendencia.

Las acciones de vigilancia epidemiológica se apoyan en el Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica, el cual se concibe como el conjunto de relaciones formales y funcionales, en el cual participan coordinadamente las instituciones del Sistema Nacional de Salud, para llevar a cabo, de manera oportuna y uniforme, la vigilancia epidemiológica.

El Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica tiene por objeto obtener conocimientos oportunos, uniformes, completos, y confiables referentes al proceso salud-enfermedad en la población, a partir de la información generada en los servicios de salud en los ámbitos local, intermedio, estatal, o sus equivalentes institucionales, para ser utilizados en la planeación, capacitación, investigación y evaluación de los programas de prevención, control, eliminación y erradicación y, en su caso, de tratamiento y rehabilitación.

Para lo anterior, es necesario contar con sistemas de manejo de información homogéneos en todo el Sistema Nacional de Salud y, a este efecto, se ha creado el Sistema Único de Información para la Vigilancia Epidemiológica. Bajo ese marco la información se recopila en formatos uniformes y el flujo de la misma es horizontal.

La Secretaría de Salud es el órgano normativo y rector del Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica y a ésta corresponde recopilar toda la información generada por el sistema. Dichas funciones se ejercen por conducto del Centro Nacional de Vigilancia Epidemiológica y Control de Enfermedades, que es un órgano desconcentrado de la citada dependencia.

Asimismo, existe una instancia interinstitucional, el Comité Nacional de Vigilancia Epidemiológica, que es parte integrante del Sistema Nacional de Vigilancia

Epidemiológica y cuyo propósito es fijar las normas en la materia, a efecto de unificar y homologar los criterios y procedimientos respectivos.

El Comité Nacional de Vigilancia Epidemiológica se integra por la Secretaría de Salud y los servicios de salud del Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, las Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina, así como de Petróleos Mexicanos.

En cada estado de la República se han creado Comités Estatales de Vigilancia Epidemiológica y, en ocasiones, hasta comités jurisdiccionales.

En el Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica participan todas las instituciones del Sistema Nacional de Salud, así como otras que, sin pertenecer a éste, pueden generar o manejar información de relevancia en materia epidemiológica.

El Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica desarrolla sus actividades en cuatro niveles principales: operativo –local–, jurisdiccional o zonal –municipal–, estatal –delegacional, intermedio o regional– y nacional.

El Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica cuenta con los siguientes elementos estructurales.

Unidades de vigilancia: son las instancias de atención donde se realizan las funciones operativas de vigilancia epidemiológica.

Grupos institucionales: se integran por todos los servicios de epidemiología o sus equivalentes en las instituciones del Sistema Nacional de Salud.

Grupos interinstitucionales: son aquellos en los que se da la coordinación entre los servicios de epidemiología de distintas instituciones.

Órgano normativo: que es la Secretaría de Salud, como se mencionó antes, la cual se apoya en el Comité Nacional de Vigilancia Epidemiológica, los Comités Estatales de Vigilancia Epidemiológica y, en su caso, en los comités jurisdiccionales.

El Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica clasifica a los padecimientos o eventos sujetos de vigilancia, de la siguiente manera.

Generales: son todos los incluidos en el Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica.

Especiales: son aquéllos para los que se establecen subsistemas especiales de vigilancia, por considerárseles de alta prioridad.

Emergentes: los de nueva aparición en el país.

El Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica se integra por los siguientes subsistemas.

Subsistema de información: sus fuentes son todas las unidades del Sistema Nacional de Salud, así como de cualquier organismo, dependencia o persona que tenga conocimiento de algún padecimiento, evento o situación sujeta a vigilancia epidemiológica. La información se concentra en las unidades de vigilancia, las que la envían al nivel inmediato superior, hasta llegar al nivel nacional. Se utilizan formularios que contienen las bases establecidas por la Secretaría de Salud. La información debe manejarse de manera confidencial. Según la trascendencia e importancia de los padecimientos, la periodicidad puede ser inmediata, diaria, semanal, mensual, anual, o diversa, para el caso de aquella que requiera recopilarse con periodicidad distinta a las anteriores mencionadas.

Subsistema de laboratorio: lo integran los laboratorios de la Red Nacional de Laboratorios de Salud Pública, encargados de los diagnósticos y análisis de muestras. Este subsistema permite llegar de la detección del caso –sospechoso o probable– a la clasificación final del mismo –confirmado, compatible o descartado. En ocasiones otros laboratorios, que no forman parte de la red, pueden apoyar al Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica.

Subsistema de vigilancia de la mortalidad: procesa la información proveniente de los certificados de defunción o muerte fetal y, en ausencia de éstos, del acta de defunción del Registro Civil. La unidad de vigilancia competente debe compilar la información relativa a los certificados para detectar la presencia de padecimientos sujetos a vigilancia epidemiológica y, en su caso, ratificar o rectificar la información en ellos establecida, ya que en ocasiones hay una mala definición de las causas de fallecimiento.

Esta ratificación o rectificación debe informarse al Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática (INEGI) y al Comité de Vigilancia Epidemiológica Estatal.

Subsistemas especiales de vigilancia epidemiológica: las acciones generales de vigilancia epidemiológica se complementan mediante la operación de este tipo de subsistemas que se aplican a aquellos padecimientos y riesgos para la salud que, por su importancia y trascendencia, requieren que sea obtenida información adicional. Estos subsistemas, para su establecimiento, deben obtener la aprobación y validación del Comité Nacional de Vigilancia Epidemiológica; asimismo, deben contar con los componentes de información, laboratorio, capacitación y adiestramiento, investigación, evaluación y seguimiento. En otras palabras, reproducen a pequeña escala la integración del Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica.

Subsistema de vigilancia en situaciones emergentes: ante la presencia o amenaza de ciertos padecimientos, eventos o en caso de desastres es necesario instrumentar programas especiales o extraordinarios, los cuales tienen por objeto el control y, en su caso, la prevención de circunstancias determinadas. Los lineamientos y procedimientos a aplicar en cada situación emergente varían dependiendo del comportamiento epidemiológico del evento o padecimiento, por lo que son determinados en presencia del mismo por los grupos institucionales e interinstitucionales dentro de cuyo ámbito de competencia se produzcan. En todo caso, las acciones a tomar deben ser avaladas por el Comité Nacional de Vigilancia Epidemiológica y la propia Secretaría de Salud, la que, de considerarlo conveniente, podrá intervenir de manera directa.

Subsistemas de asesoría y capacitación: corresponde a las unidades de vigilancia, así como a los grupos institucionales e interinstitucionales desarrollar programas actualizados de capacitación y asesoría en materia de vigilancia epidemiológica para el personal involucrado. El Comité Nacional de Vigilancia Epidemiológica y la Secretaría de Salud deben garantizar que existan las condiciones que permitan la capacitación y adiestramiento necesarios, para lo cual establecerán los mecanismos de coordinación adecuados con las instituciones de enseñanza.

Subsistemas de supervisión y evaluación: el Comité Nacional de Vigilancia Epidemiológica, la Secretaría de Salud y los grupos interinstitucionales designan al personal que, con el carácter de autoridad, efectuará las actividades de supervisión. Dichas actividades se realizan, principalmente, mediante visitas de supervisión en las cuales se vigila el cumplimiento de la normatividad y se proponen, en su caso, soluciones a la problemática detectada. Todas las unidades del Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica están obligadas a permitir el acceso y proporcionar la información necesaria a las personas comisionadas para la supervisión. La evaluación, por su parte, es aplicable al Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica en su conjunto y se realiza mediante el análisis de su estructura y de los resultados de las actividades desarrolladas. El objeto de la evaluación es detectar problemas y proponer medidas preventivas o correctivas. Para estos efectos e, independientemente de la evaluación que se realice, cada integrante del Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica y la Secretaría de Salud aplican ciertos indicadores preestablecidos.

La Ley General de Salud establece los casos en que los particulares deben colaborar en la prevención y control de enfermedades y, consecuentemente, en la vigilancia epidemiológica, en el marco del Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica. En dicha ley se determina que existen ciertas medidas que deberán ser observadas por los particulares, según el caso de que se trate. Estas medidas pueden ser una o más de las siguientes.

Confirmación de la enfermedad por los medios clínicos disponibles; aislamiento, por el tiempo necesario, de los enfermos, de los sospechosos de padecer la enfermedad y de los portadores de gérmenes, así como limitación de sus actividades, cuando así se amerite por razones epidemiológicas; observación de los contactos humanos y animales; aplicación de sueros, vacunas y otros recursos preventivos y terapéuticos; descontaminación microbiana o parasitaria; desinfección de zonas habitacionales, ropas, utensilios y otros objetos expuestos a contaminación; destrucción o control de vectores y reservorios o de fuentes de infección naturales o artificiales, que representen riesgo para la salud; e inspección de pasajeros que puedan ser portadores de gérmenes, así como de

equipajes, medios de transporte, mercancías y otras potenciales fuentes o vehículos de agentes patógenos.

Asimismo, los profesionales, técnicos y auxiliares de la salud, al tener conocimiento de la presencia de una enfermedad transmisible, están obligados a tomar las medidas necesarias, con todos los recursos disponibles, para proteger la salud individual y colectiva.

Cuando una enfermedad adquiera, a juicio de la Secretaría de Salud, el carácter de epidemia grave, las autoridades civiles y militares, así como los particulares que se ubiquen en el territorio afectado y en los sitios colindantes expuestos a propagación, estarán obligados a colaborar con la Secretaría de Salud en el combate de la enfermedad.

Las autoridades sanitarias podrán utilizar, como elementos auxiliares en la lucha contra las epidemias, todos los recursos médicos y de asistencia social de los sectores público, social y privado de las zonas afectadas y colindantes en riesgo.

Otra circunstancia en que la ley establece la obligación de todos los sectores de contribuir con las autoridades sanitarias es la acción extraordinaria en materia de salubridad general.

Servicios de salud pública

La vigilancia epidemiológica es un conjunto de estrategias y acciones que permiten identificar y detectar los daños y riesgos para la salud, y su importancia radica en la capacidad de generar información útil para la orientación de los programas, las intervenciones que se requieren en la atención de los padecimientos y las situaciones de riesgo que afectan a la comunidad en forma grave y frecuente. La vigilancia epidemiológica es un sistema, como se mencionó antes, que recopila información sobre los diversos eventos de interés médico epidemiológico, capaz de analizar la información y proporcionar un panorama sólido que permita iniciar, profundizar o rectificar acciones de prevención y control.

Por lo anterior, se puede afirmar que la vigilancia epidemiológica tiene sentido en la medida en que se reconozca la importancia de la salud pública dentro del estudio del derecho a la protección de la salud.

La salud pública puede concebirse como la respuesta organizada que tiene la comunidad para hacer frente a los retos que constantemente se le presentan para prevenir la enfermedad, proteger y promover la salud. Pero para explicar su funcionamiento debe comprenderse que la salud pública no puede operar correctamente sin que en ella intervengan todas las instituciones del Sistema Nacional de Salud, pues su objetivo principal es la generación de las condiciones físicas, biológicas y sociales saludables para alcanzar un completo estado de salud.

Alcanzar un estado integral de salud resulta un objetivo tan amplio, que la salud pública debe, necesariamente, cumplir funciones fundamentales dentro del Sistema Nacional de Salud. En efecto, dichas funciones son: contribuir a garantizar la seguridad tanto del país como de las personas, promover la equidad y ser universales.

Para entender la importancia de las funciones de la salud pública, basta con señalar las características de sus servicios, tarea nada sencilla, ya que no existe un catálogo de esta naturaleza, pero para identificarlos puede señalarse que los servicios de salud pública son de cobertura nacional, es decir, se proveen independientemente de la condición de aseguramiento en salud de la población beneficiaria; se otorgan de manera gratuita en el momento de su uso; son acciones de impacto colectivo, que pueden prestarse al mismo tiempo a todos los miembros de la comunidad o a un grupo de población específica; son servicios que se proporcionan sin que tenga que mediar una demanda explícita para los mismos, y que al prestarse el servicio para una persona no se reduce la cantidad de recursos disponibles para otros miembros de la población.

Una lista que resume las funciones de la salud pública en el Sistema Nacional de Salud, es la siguiente:

- El desarrollo de políticas, programas y capacidad de gestión que apoyan la salud pública y su rectoría.
- La participación de la comunidad y la responsabilidad compartida de los individuos.
- La vigilancia de la salud de las poblaciones.
- La promoción de la salud y las conductas saludables.
- La prevención de epidemias y la protección contra los riesgos sanitarios.

- La reducción del impacto en la salud en casos de emergencia y desastres.
- El desarrollo de recursos humanos y la capacitación en salud pública.
- La investigación, desarrollo e instrumentación de soluciones innovadoras en salud pública.

Ahora bien, tras mencionar las características que se pueden encontrar en los servicios de salud para clasificarse como de salud pública, también debe distinguirse a las actividades rectoras que dan orientación a todas las intervenciones o acciones en salud pública que el Estado pretenda instrumentar.

La primera sería la emisión y supervisión de marcos normativos y de regulación sanitaria de los productos, procesos, métodos, instalaciones, servicios y actividades que tienen un impacto sobre la salud. La segunda, la definición y conducción de políticas de salud, así como la generación y operación de los sistemas de información y evaluación. La tercera, la promoción de la investigación en materia de servicios de salud pública. La cuarta y última, la identificación, análisis y evaluación de riesgos sanitarios.

La instrumentación de las acciones o intervenciones en salud pública se traduce en:

- Acciones que implican la participación comunitaria mediante las cuales se evitan o se reducen riesgos para la salud de la población, promueven el autocuidado de la misma salud y la adopción de estilos de vida saludable de manera generalizada.
- Intervenciones encaminadas a prevenir o contrarrestar los riesgos para la salud de la población en el territorio nacional, que se derivan de actividades realizadas por agentes dentro y fuera del sector salud o de eventos no predecibles, coadyuvando a salvaguardar la seguridad nacional.
- Acciones efectuadas sobre la persona, que implican una reducción de riesgos a la comunidad.
- Intervenciones de tamizaje.
- Intervenciones que forman parte de la vigilancia epidemiológica.
- Acciones de atención a la comunidad en caso de desastre o urgencias epidemiológicas.
- Intervenciones que permiten proteger contra riesgos sanitarios, que implican el control y fomento sanitario de procesos, productos, métodos, instalaciones,

servicios y actividades, así como la emisión, prórroga o revocación de autorizaciones sanitarias.

· Intervenciones de control analítico y constatación del cumplimiento de la normatividad.

Para finalizar se indican los temas de salubridad general que deben considerarse como materias de análisis y desarrollo que van a configurar el contenido de la salud pública. Estas materias son: salud sexual, salud reproductiva y planificación familiar; educación y promoción de la salud; orientación y mejoramiento de la nutrición; prevención y control de los efectos nocivos de los factores ambientales; salud ocupacional y saneamiento básico; prevención y control de las enfermedades; programa contra las adicciones; control sanitario de productos y servicios, así como de los establecimientos dedicados al proceso de los mismos y de su publicidad; control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos; sanidad internacional; información de las condiciones, recursos y servicios de salud en el país, y disponibilidad de insumos esenciales y estratégicos para la salud.

Derecho a la protección de la salud pública

Una vez que es posible distinguir con claridad a los servicios de salud pública de los servicios de atención médica, procede abordar la idea del derecho a la protección de la salud pública.

El derecho a la protección de la salud pública es un derecho social. Pero hay que puntualizar que los derechos sociales no son, en su totalidad, derechos programáticos, sino que existen también derechos sociales que son prestacionales, mismos que le van a imponer al Estado la obligación de dotar, en el presente, al titular de tal derecho de un catálogo de prestaciones que van a estar dirigidas a cubrir una serie de necesidades, vistas de entrada como individuales, pero, en un segundo análisis, consideradas colectivamente. Asimismo, debe especificarse que en paralelo con esas obligaciones de hacer a cargo del Estado, coexisten además, como en el caso de los principios o garantías fundamentales, otras obligaciones de no hacer.

Por tanto, debemos concluir que el derecho a la protección de la salud pública es un derecho social exigible y prestacional y que estas clases de derechos deben ser exigibles ante los tribunales en caso de incumplimiento por parte del Estado.

El derecho a la protección de la salud pública tiene que ver con el concepto de comunitarismo, mismo que va aparejado a obligaciones o responsabilidades que se fundamentan en la pertenencia a una comunidad. Estas responsabilidades llevan implícitos los distintos supuestos bajo los cuales el Estado puede intervenir en la esfera de los gobernados y el alcance con el que puede hacerlo, con el propósito de proteger la salud pública.

Los supuestos mencionados se clasifican en relación con el tipo de riesgo presente y la corresponsabilidad que para cada caso existe entre el individuo, la comunidad y el Estado.

a) Riesgo directo. En este supuesto el Estado debe limitarse a proporcionar información e intentar persuadir a la población de modificar su conducta y adoptar un estilo de vida saludable. Tiene como principal herramienta la promoción de la salud. No hay un daño directo en la comunidad, pero los costos que ciertos tratamientos generan a la colectividad justifican la intervención del Estado. El individuo puede controlar sus comportamientos y tiene la obligación de evitar imponer a la comunidad cargas financieras derivadas de conductas de riesgo.

b) Riesgo para la comunidad. En este supuesto el Estado debe proporcionar información y generar mecanismos de coerción para persuadir, restringir o castigar el comportamiento y regular o prohibir los medios para autoinfringirse daño y poner a los demás en riesgo. La intervención del Estado se justifica como garante del derecho a la salud de los demás miembros de la comunidad. Las personas deben tomar sus propias decisiones, pero el Estado debe darles información completa respecto a sus alternativas de acción. Sus herramientas básicas son la promoción de la salud, así como los mecanismos legales de sanción o cargas impositivas para desincentivar la conducta de riesgo.

c) Factores ambientales. En este supuesto el individuo no tiene ningún control de la situación, por carecer de los conocimientos y los medios para ello. El Estado debe

instrumentar acciones para prevenir y controlar enfermedades y regular la elaboración, expendio o suministro de los productos o la prestación de los servicios. Asimismo tiene la obligación de proteger al individuo y a la comunidad contra riesgos sanitarios, así como de enfermedades transmisibles. La acción del Estado puede ser preventiva y/o reactiva.

d) Riesgo inminente para la comunidad. Este supuesto puede provenir de un agente infeccioso o de un fenómeno de la naturaleza, respecto a los cuales ni el individuo ni el Estado tienen control alguno. El Estado debe instrumentar las medidas que le permitan prever un determinado acontecimiento o contar con un sistema de alerta temprana para organizarse y coordinar oportunamente a la comunidad a efecto de prevenir o reducir el impacto y abordar rápida, ordenada y de manera eficaz el suceso. Asimismo tiene la obligación de proporcionar al individuo y a la comunidad los medios para proteger su salud ante situaciones que nadie puede prever ni prevenir por sí mismo. Existe aquí una justificación para la perspectiva paternalista del Estado, las autoridades de salud pueden tomar ciertas medidas aun en contra de la voluntad de los individuos e incluso de otras autoridades.

Al considerar lo anterior, puede concluirse que en las reformas que eventualmente se plasmen en el marco jurídico del derecho a la protección de la salud, deben tomarse en cuenta las siguientes reflexiones:

- Es deseable encontrar el balance perfecto entre los derechos de los individuos y los de la comunidad en materia de salud, es decir, hacer conciencia de que la salud pública no sólo es tarea del Estado, ya que en forma paralela a la obligación que tiene éste de proteger y salvaguardar la salud pública, existen responsabilidades a cargo de la comunidad y de sus miembros en la prevención, promoción y protección de la salud como bien colectivo. Por lo tanto, resulta conveniente establecer las obligaciones de la comunidad, así como las responsabilidades del Estado.
- Al suponer el potencial ejercicio de actos de autoridad en contra de los individuos, el Estado requiere del respaldo de un marco jurídico sólido que sustente su actuación y lo limite para evitar abusos. Por tanto, es oportuno que la legislación sanitaria contemple, a detalle, las condiciones bajo las cuales en situaciones de

emergencia las autoridades de salud pueden tomar ciertas medidas aun en contra de la voluntad de los individuos; con ese tipo de disposiciones se pretende evitar excesos en el ejercicio de la autoridad.

CAPÍTULO 11

Regulación farmacéutica. Elementos generales del marco jurídico

Psic. Luis Fernando Hernández Lezama

Marco conceptual de la regulación sanitaria de los medicamentos

*Psic. Luis Fernando Hernández Lezama **

Resumen

Una de las tareas fundamentales de los gobiernos es la de ofrecer a sus gobernados las mejores condiciones de protección a la salud cuando exista la posibilidad de enfrentar riesgos derivados de la exposición voluntaria, involuntaria o inevitable, emanados de productos, servicios o actividades.

Los riesgos son una condición ineludible de la vida misma, sin embargo, el Estado, en función de su nivel de desarrollo y de la incorporación y apropiación que logre de la ciencia y la tecnología, es posible que consiga condiciones estables en una situación de riesgo aceptable socialmente.

Los medicamentos y demás insumos para la salud son, por su naturaleza, bienes riesgosos; la tecnología de innovación está basada en hipótesis secuenciales de riesgo beneficio. Su incorporación al arsenal terapéutico de los sistemas nacionales de atención

* Director general de la empresa de Consultoría y servicios a la industria farmacéutica CuallyserV, S.A. de C.V.

de la salud, con garantías de seguridad, eficacia y calidad en un alto grado, depende de la capacidad y eficiencia de su infraestructura de regulación sanitaria.

En este ensayo se describe el marco conceptual de actuación, se analizan las circunstancias que lo alimentan, y se sugieren los caminos y oportunidades que se presentan.

Introducción

Históricamente el cuidado de la salud ha sido una práctica cuasi religiosa, ya que la enfermedad y la muerte siempre fueron consideradas como algo ligado a los dioses, y las prácticas de curanderos, brujos y sacerdotes frecuentemente se entremezclaban.

No fue hasta el Renacimiento que la observación y el empirismo comenzaron a ligar a la salud y a la enfermedad con eventos naturales; las grandes epidemias despertaron los primeros signos sobre el concepto de riesgo y, aunque de manera muy incipiente, con la exposición a éstos.

Es comúnmente aceptado que la primera ley para la protección de los consumidores contra los posibles riesgos derivados de la mala calidad y el estado de los alimentos fue promulgada en 1872 en la Gran Bretaña; época en la que era práctica cotidiana la venta de productos descompuestos o en mal estado, ya que se desconocía la relación entre este hecho y la salud de los consumidores.

No es de extrañar, entonces, que el énfasis primordial se hiciera en prevenir el engaño y limitar las exageraciones que los vendedores hacían sobre las cualidades de sus productos.

Antecedentes

Al momento de la Conquista –1521–, México contaba con una práctica médica, en cierto sentido más *científica* y avanzada que la de sus conquistadores; los médicos eran adiestrados desde pequeños en una férrea disciplina de observación empírica y

aprendizaje sobre los efectos de la enfermedad, su desarrollo, y las formas, mecanismos y acciones de diversas plantas y preparados medicinales de que disponían.

En 1552 Jacobo de Grado, prior del Convento de Santiago, ante la necesidad de llamar la atención del rey de España, Carlos V, por el olvido en que se encontraban los niños trilingües del Colegio de Santa Cruz en Tlatelolco, que el virrey Antonio de Mendoza había fundado en 1536, encomendó a Martín de la Cruz, un médico indígena del mismo colegio, que escribiera el *Libellus de Medicinalibus Indorum Herbis* –el librito de las hierbas medicinales de los indios–, que fue traducido al latín por Juan Badiano, indio de Xochimilco, profesor del colegio, constituyéndose en la primera farmacopea herbolaria indígena del Nuevo Mundo y última del medievo.

Durante los siglos de la Colonia y hasta la etapa post independiente, la práctica médica y la terapia farmacológica estuvieron ligadas a los vaivenes de la concepción de enfermedad entre la religión y la incipiente investigación empírica. Las preparaciones farmacéuticas constituían mezclas de hierbas, minerales y algunos elementos químicos, sin mayor sustento que la experiencia empírica.

Hasta 1917 no hubo en México un organismo nacional responsable de las tareas de salud. Las acciones y respuestas se llevaban a cabo de manera independiente por las autoridades de cada estado, con base en la distribución de competencias federal y local en materia sanitaria que se estableció en los Códigos Sanitarios de 1891, 1894 y 1904.

En el ámbito del Distrito Federal y de los territorios que dependían de la federación fue establecido el Consejo Superior de Salubridad, que adquirió presencia y prestigio internacionales a través de su presidente, el doctor Eduardo Liceaga, por haber sido uno de los fundadores de la Oficina Sanitaria Panamericana en 1902, y de la *Office International d'Hygiene Publique* en París en 1907.

El 14 de abril de 1917 se expidió la Ley de Organización Política del Gobierno Federal como resultado de la recién promulgada Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dando origen a tres nuevos departamentos de la administración pública: el de Justicia, el Universitario y de Bellas Artes, y el de Salubridad Pública,

logrando, por vez primera, que se contara con un órgano facultado para la aplicación de una legislación sanitaria nacional.

El primer jefe del Departamento de Salubridad fue el doctor José María Rodríguez, quien había sido presidente del Consejo Superior de Salubridad por tres años, por lo que instituyó como ley nacional el Reglamento del Consejo, expedido en 1892, e inició la organización y creación del nuevo departamento, así como de su sustento jurídico.

Con el paso del tiempo los códigos sanitarios fragmentados dieron paso al primer Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos expedido en enero de 1926. Con esta legislación se inició el registro de alimentos y medicamentos en el Departamento de Salubridad Pública, posteriormente se hicieron cinco actualizaciones en 1934, 1949, 1954 y 1973.

El 15 de octubre de 1943 se expidió el decreto que creó la Secretaría de Salubridad y Asistencia Pública (SSA) mediante la fusión de la Secretaría de Asistencia y el Departamento de Salubridad Pública; esta transformación y los eventos del mundo exterior de la época dieron mayor fortaleza a las tareas y acciones de salud, ante la llegada de un gran número de representantes europeos de la producción de nuevos medicamentos.

Fue hasta 1983 que los códigos sanitarios se transformaron en una ley general, no sin antes incorporar una adición al artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para incluir como una nueva obligación del Estado la protección de la salud de los mexicanos; con ello se abrió una nueva y muy importante cadena de transformaciones para el ejercicio de las facultades de regulación, vigilancia y control sanitarios.

El 5 de julio de 2001 se creó la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, como órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud (SSA), para el ejercicio de las atribuciones de regulación, control y fomento sanitarios, en el marco de la aplicación de modelos de análisis y gestión de riesgos.

Enfoque conceptual y campo de aplicación

Tradicionalmente, la regulación sanitaria ha sido ejercida como una práctica administrativa y sus instrumentos se han aplicado con criterios de igualdad y equivalencia ante la ley; poco o nada importaba la composición, el uso o las características de los productos o servicios si éstos se encontraban sujetos a regulación.

Durante muchos años los gobiernos, en tanto se mantuvieron como economías cerradas, lograron que la regulación operara como un sistema de protección asegurando que quien conseguía una autorización se comprometiera a mantener las características de los productos autorizados, y conservara más o menos uniforme su calidad, ante el riesgo de perder sus autorizaciones y, eventualmente, nuevas oportunidades que se le pudieran presentar.

Otro hecho digno de mencionar es que casi siempre se autorizaban únicamente pocas variedades de los mismos productos, evitando la competencia, así como variaciones muy amplias de cada clase que obligaban a un ejercicio extenso de vigilancia y control, razón por la cual se reforzaron los sistemas de autorización y se debilitaron los basados en la vigilancia.

Fue hasta 1992, cuando en México se iniciaron las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que se provocó una ola de cambios en la legislación de diferentes áreas, entre ellas las de regulación sanitaria, metrología y normalización, sanidad vegetal, etc., con la idea de modernizar y facilitar las tareas de vigilancia y control, sin causar obstáculos al proyecto de comercio internacional que se preveía con la firma del tratado.

Es precisamente en materia sanitaria que aparecen los primeros signos del enfoque regulatorio basado en análisis de riesgos, aunque en esta etapa sólo incluye los rubros de alimentos, bebidas, cosméticos y otros afines. La ley de 1992 eliminó las autorizaciones –licencias, permisos y registros– para todos estos productos y la tarjeta de control sanitario para todo tipo de actividades. Como consecuencia de este hecho, se creó la figura de Aviso de Inicio de Operaciones y se modificó el sistema de vigilancia al

transformar el antiguo mecanismo de inspecciones en verificaciones; este cambio permitió la eliminación de una arraigada práctica de discrecionalidad basada en revisiones generalizadas sin metodología ni objetivos, sustituyéndola por procesos sistematizados de revisión, de acuerdo a campos definidos en una regulación técnica, mediante las normas oficiales mexicanas.

Asimismo, se instituyó un sistema de vigilancia basado en la construcción de muestras representativas nacionales, en cuyo caso, el atributo de intensidad fue el riesgo y el determinante de inclusión a la exposición. Con este antecedente se inició la transformación del sistema regulatorio sanitario de un modelo meramente administrativo, a uno fundamentado en evidencia científica de riesgo.

Cinco años después, en 1997, se sentó la base legal para la creación del programa de medicamentos genéricos intercambiables, los cuales cuentan con el sustento de haber efectuado pruebas de biodisponibilidad y cumplir con los criterios científicos de intercambiabilidad. Para este fin se elaboraron reglas técnicas sobre la metodología científica para la realización de las citadas pruebas, y se incluyó la figura de terceros autorizados, un modelo que se adaptó de los sistemas europeos conocido como “Unidades de Control”; ante el hecho de que el Estado no contaba ni con los recursos ni con la capacidad técnica para llevar a cabo dichas pruebas y de que el modelo, ante todo, se basa en la confianza y credibilidad.

En el periodo comprendido entre 1995 y 2000 se produjo una transformación radical en los modelos de comercio internacional, producto, entre otros fenómenos, de la firma del Acta de Marrakech, en 1995, que dio origen a la Organización Mundial de Comercio (OMC) –la cual sustituyó al anquilosado y nunca exitoso Acuerdo General de Aranceles Comerciales (GATT, por sus siglas en inglés)–, la creación de grandes bloques comerciales como la Comunidad Económica Europea (CEE) –después Comunidad Europea (CE) y actualmente Unión Europea (UE)–, el Acuerdo de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC), el frustrado Acuerdo de Libre Comercio para América Latina (ALCA), el MERCOSUR, así como un sin número de acuerdos bilaterales de preferencias comerciales, de los cuales México ha firmado doce con más de 20 países.

La constante en estos acuerdos es la eliminación de barreras comerciales que tradicionalmente habían sido impuestas a través de aranceles, cuotas de productos y permisos de importación, los cuales poco a poco se fueron eliminando, acordando plazos y abriendo sectores completos a la competencia mundial. En estos años, diferentes países de América han llevado a cabo transformaciones estructurales de sus sistemas de regulación, vigilancia y control sanitario; entre los más destacados tenemos el fortalecimiento de la agencia canadiense *Health Protection Branco*, hoy internacionalmente reconocida y respetada. Del mismo modo, observamos la transformación de las agencias de Argentina: Administración Nacional de Alimentos, Medicamentos y Tecnología Médica (ANMAT); de Brasil: Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (ANVISA); así como la más reconocida, sin duda, por el impulso y prestigio profesional que adquirió en muy breve tiempo: la agencia de Colombia, Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA).

En México, es en 2001 cuando la Subsecretaría de Regulación y Fomento Sanitario se convierte en un órgano desconcentrado: la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS), sustituyendo el sistema de operación de unidades administrativas por productos a control mediante procesos, en una secuencia que pretende, a partir de la caracterización del riesgo, realizar un mecanismo de gestión basado en acciones de vigilancia y regulación. Hoy por hoy, este proceso aún se encuentra en transición, ya que para su desarrollo se requiere de un cambio legal, operativo y conceptual.

MODELO DE ANÁLISIS Y ADMINISTRACIÓN PARA LA PARTICIPACIÓN DE LA AUTORIDAD SANITARIA EN LA REGULACIÓN



Su primera tarea ha sido permear el concepto de riesgo, con base en criterios estadísticos –función probabilística– determinado por el efecto y la exposición; los productos, los servicios y las actividades pueden ser caracterizados a partir de esta categoría.

Asimismo es necesario fortalecer la nueva visión de gestión de riesgos, en donde la priorización, la relación costo-efectividad, la comunicación, la evaluación y la viabilidad son factores determinantes para la actuación de las autoridades.

Por otra parte, resulta de primordial importancia tomar en cuenta que la cultura del riesgo, hoy por hoy, es algo que se ha extendido a todos los países como consecuencia de la globalización, por lo que la actuación de las autoridades está siendo cada vez más presionada por criterios de corte técnico, del mismo modo que también las organizaciones civiles buscan provocar la irritación social como medio de refuerzo para sus demandas.

La nueva organización tiene ante sí el reto de llevar a cabo, en el más corto plazo posible, un cambio conceptual y operacional de su visión respecto a los objetivos y alcances de las tareas regulatorias; transformar sus métodos administrativos en procedimientos científicos basados en evidencias, y ejecutar sus acciones con criterios de actuación selectiva asentados en muestreos, selección de puntos críticos, controles estadísticos, etc.; además, deberá tomar en cuenta que, en el concierto internacional, la diligencia de los gobiernos es lo que determina, en gran medida, la competitividad del país, por lo que los criterios de costo-efectividad en sus intervenciones son determinantes.

En este nuevo enfoque será necesario que exista una plena conciencia respecto a que la actuación de la autoridad estará sujeta a diversas presiones –entre las que hay que destacar los límites del conocimiento científico–, que hoy hacen imposible tener solución para eventos como el impacto en la salud de los productos biotecnológicos, derivados de transformaciones basadas en ingeniería genética; las presiones del libre comercio internacional, o las que ejerce la demanda pública, o aun las del empuje de la economía hacia el crecimiento de la industria nacional, todo esto en un marco de recursos e infraestructura deficiente o limitada.



Finalmente, será necesario que la autoridad sanitaria logre una mayor participación de la sociedad, no sólo en lo referente al autocuidado y protección de su salud, sino más como actores clave, mediante intervenciones precisas en tareas de vigilancia, como terceros autorizados, o en evaluaciones y apoyos como expertos.

Aspectos específicos de la regulación de medicamentos

La regulación de medicamentos tiene por objeto, en primer lugar, asegurar que una medicina posee el efecto terapéutico que dice tener; aunado a ello, y por tratarse de un producto externo y con efectos farmacológicos sobre el organismo, se debe valorar que la relación entre el riesgo y el beneficio sea positiva, sin dejar de lado que existen casos en que la letalidad de las enfermedades y la incipiente capacidad de respuesta para su tratamiento, obligan a las autoridades a aceptar la inclusión de productos cuyos efectos asociados son altamente impactantes, o cuyo uso requiere de un monitoreo específico de gran impacto; por ejemplo, las primeras intervenciones farmacológicas para el VIH/SIDA o el cáncer que tenían consecuencias desastrosas en los pacientes, lo que obligaba a su internación y cuidado hospitalario durante el tratamiento.

Por otra parte, es necesario que se asegure que los procesos de producción se llevan a cabo con las medidas de seguridad y reproducibilidad adecuadas, ya que han sido los descuidos la causa más frecuente de tragedias; recuérdese la de Panamá en

2006, que costó la vida a un ciento de personas por la contaminación de una materia prima con un producto con niveles altamente tóxicos y letales: el dietilenglicol.

En este contexto, para incluir una nueva molécula al arsenal terapéutico de la medicina, primero es necesario que cuando se hace evidente que un producto tiene un efecto sobre un padecimiento o una condición mórbida determinada, el laboratorio interesado, que puede ser un centro de investigación o enseñanza que hizo el descubrimiento, debe llevar a cabo pruebas de toxicidad, estudios que permitan saber si este nuevo compuesto produce alteraciones genéticas –muta génesis–, alteraciones en el proceso de gestación –teratogénesis–, provoca el desarrollo de procesos cancerosos –carcinogénesis–, o cualquier otro efecto tóxico identificable, sea en condición aguda o de corto, mediano o largo plazo.

De igual manera, y una vez que se ha establecido e identificado claramente su nivel toxicológico, se deben realizar pruebas clínicas para determinar el grado de seguridad, la relación dosis-respuesta y establecer cuál es el medio –forma farmacéutica– que logra la mejor relación de disponibilidad-efectividad en el organismo; estas tareas se llevan a cabo mediante estudios clínicos en diferentes escalas.

Sobre esta base se prepara la información que el médico necesita para extraer las mayores ventajas para los pacientes a la hora de integrar el mejor tratamiento. Para lograr este objetivo la legislación mexicana establece un modelo de regulación, vigilancia y control a través de los siguientes instrumentos:

- Para analizar y evaluar al producto, la ley requiere de una autorización sanitaria que se otorga como registro; en este proceso la autoridad, además de la documentación comprobatoria de los datos anteriores, puede solicitar estudios específicos relacionados con características particulares de la población o de uso de los productos; también establece condiciones para determinar la estabilidad y manejo del producto, así como la información y, en su caso, las orientaciones o advertencias que deban aparecer en las etiquetas.
- Igualmente, dependiendo de las características del producto, de los usos a los que está destinado y de los procedimientos de selección por diagnóstico, le otorga una

clasificación de producto de prescripción o de libre venta y, si su origen o composición incluye algún principio considerado como adictivo, por ser estupefaciente o psicotrópico, entonces lo ubica en alguna categoría de controlado, es decir, que requiere de receta especial o que su venta debe ser asentada en un sistema de control.

- Una vez en el mercado, los médicos, las enfermeras y los laboratorios productores están obligados por la ley a informar a las autoridades sobre todas las reacciones adversas que se presenten en los pacientes, atribuibles al uso de los medicamentos, a esto se conoce como farmacovigilancia y permite a la autoridad ir conociendo y acumulando información sobre la seguridad de los productos.

- Cuando el medicamento es el resultado de una nueva oferta de producción para una sal o molécula que ha sido ampliamente usada, que es conocida y que su descubridor ha concluido el tiempo de explotación exclusiva por virtud del usufructo de una patente, entonces se le identifica por la llamada denominación común internacional o denominación genérica; por ejemplo, el caso del ácido acetil salicílico o aspirina, que es un analgésico centenario comercializado con multitud de marcas. En este caso, la legislación establece que las garantías de seguridad han sido corroboradas por el uso prolongado del medicamento, pero un nuevo productor o un nuevo proceso de producción debe ser sometido a diferentes pruebas, en función de las características de dilución y absorción de la sal, por lo que la forma farmacéutica en que se ofrece juega un papel determinante, obligando por ello a tres niveles de evaluación: desde las pruebas y análisis fisicoquímicos que permiten su adecuada y segura caracterización, hasta las de biodisponibilidad en humanos mediante pruebas bioanalíticas de dilución y absorción en fluidos biológicos, pasando por análisis de disolución para comprobar el comportamiento de la forma y formulación farmacéutica.

En los últimos 20 años se ha venido desarrollando un nuevo tipo de medicamentos; éstos poseen características distintas de las tradicionales, su origen no depende de la

síntesis de un principio activo de orden químico, sino que son copias o réplicas de material biológico presente en el organismo, el cual juega diferentes papeles en la respuesta de éste frente a las enfermedades, o cuya deficiencia es en sí la causa del estado patológico. En general, se trata de proteínas que son producidas mediante tecnologías de ingeniería genética, por lo que su regulación, caracterización y evaluación implica retos inéditos: en primer lugar, no existen innovadores en el sentido tradicional del término, la innovación consiste en el conocimiento del papel que este material biológico juega en la historia natural o la etiopatogenia de la enfermedad.

La novedad y, por tanto, el aspecto patentable, es el proceso de producción: una misma proteína puede ser obtenida por infinidad de caminos, quizá con diferente productividad o eficiencia, pero con resultados igualmente eficaces y seguros. Es por ello que la autoridad debe enfocar su atención hacia la garantía de identidad y efectividad del producto valorando, mediante pruebas clínicas específicas, el impacto terapéutico de las diversas opciones y determinando la posología apropiada –si la hubiera–, fundamentada en los factores intrínsecos de las distintas proteínas, y tomando en cuenta que se trata de moléculas de gran tamaño y de elevada complejidad estructural y funcional. Las principales categorías para su análisis de efectividad y seguridad son su potencial inmunogénico y su caracterización de identidad.

Este fenómeno, a causa de su rápido crecimiento en el campo terapéutico mundial, aún es objeto de análisis y discusión. Las autoridades regulatorias y los productores todavía no se han puesto de acuerdo sobre el alcance y la intensidad de las pruebas y estudios que se requieren para su aprobación.

Por otro lado, una vez aprobado el producto da inicio un amplio proceso de comercialización y uso: los laboratorios productores invierten cantidades enormes en promover entre los médicos las ventajas y bondades de las nuevas fórmulas para el tratamiento de viejos males; es en estos momentos cuando empieza otra etapa en el conocimiento y regulación de los medicamentos, ahora los utilizarán pacientes de muy diversas razas y condiciones de salud, pacientes que sufren trastornos crónicos o agudos combinados que, en algunos ocasiones, han afectado sus metabolismos o minado sus

defensas y resistencia, y cuya condición no fue considerada, siquiera, durante los estudios clínicos previos a su aprobación. Es por ello que casos como el del *rofecoxib* han puesto en alerta a las autoridades sobre otros tipos de riesgos, tal como sucedió en la década de los 60 con la talidomida. Desde entonces se ha revisado el alcance de la regulación y se refuerza la idea de un sistema intensivo y bien estructurado de farmacovigilancia, el cual consiste en alentar a todos los profesionales de la salud –médicos, farmacéuticos y enfermeras– para que reporten todos los efectos adversos que presentan los pacientes como consecuencia del uso del nuevo medicamento. Al respecto, el Senado de Estados Unidos recientemente aprobó una nueva ley que faculta a la *Food & Drug Administration (FDA)* para obligar a los laboratorios que obtengan un nuevo registro, a que lleven a cabo estudios clínicos amplios, después de comenzar la comercialización de sus productos nuevos.

Por otra parte, un componente determinante de la efectividad y seguridad de los medicamentos es, sin duda, su calidad, entendida ésta como la seguridad de que los procesos de producción son adecuadamente realizados y de que se tienen y operan, en todas las etapas, controles que aseguran la confianza en el proceso.

Desde los años 70, en diversos sectores de la producción, se ha venido usando un proceso normalizado de aseguramiento de calidad, a través de la aplicación de normas ISO 9000. En el sector farmacéutico estos sistemas fueron integrados por medio de las llamadas *Guías de Buenas Prácticas de Fabricación*, conocidas como *GMP's* por sus siglas en inglés.

En México estas guías se expidieron como Normas Oficiales Mexicanas en 1998, y se han venido aplicando y evaluando como soporte para la expedición de licencias sanitarias y para la vigilancia sanitaria regular.

Conclusiones

La creación de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios en 2001, aunada a la modificación del artículo 376 de la Ley General de Salud, por la que se hizo

obligatoria la revisión cada cinco años de los registros otorgados a los medicamentos, representan un gran reto para la industria farmacéutica y las autoridades sanitarias, a fin de depurar el viejo catálogo de productos y procedimientos obsoletos e inoperantes.

La inclusión de métodos y tecnologías como la bioequivalencia, la proteómica, la metabolómica y la quimiogenómica para evaluar la identidad, efectividad y seguridad de los medicamentos será, sin duda, una gran oportunidad de profesionalizar el instrumental regulatorio y de control de los productos que ingresan al mercado de la salud, en beneficio de los pacientes, y de disminuir las prácticas empíricas y discrecionales, tradicionales en la regulación.

La alerta despertada por el caso del diferendo comercial con El Salvador, que derivó en la eliminación del llamado requisito de planta, por ahora sólo para este país, ha puesto de manifiesto que la globalización es una condición que afecta a todos por igual, por lo que las autoridades y los productores deben estar preparados para sobrevivir, debiendo transformar con rapidez nuestro sistema en un modelo basado en la vigilancia y reduciendo, paulatinamente, los de análisis de papel.

Finalmente, esta es la gran oportunidad para que la Agencia Regulatoria Sanitaria Mexicana se profesionalice, fortalezca y llene de prestigio al incorporar en sus procesos los más altos índices de manejo de evidencia científica, intervenciones costo-efectivas y, sobre todo, un alto nivel de competitividad.

Bibliografía

Arias, Tomás D., *Glosario de medicamentos, desarrollo, evaluación y uso*, Organización Panamericana de la Salud (OPS), Washington, 1999.

Asociación Nacional de Fabricantes de Medicamentos, *La industria farmacéutica mexicana. Orígenes, desarrollo y perspectivas*, Edit. Porrúa, Mexico, 2006.

Centro de Estudios Estratégicos Nacionales, *México 2010, Pensar y decidir la próxima década*, Instituto Politécnico Nacional (IPN), Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), Edit. Limusa, México, 2000.

Comisión de Salud y Seguridad Social, Coordinación de los Servicios de Salud, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), *Hacia un sistema nacional de salud*, Intersistemas, S.A. de C.V., México, 1983.

Comisión Federal para la Protección Contra Riesgos Sanitarios, *Convocatoria dirigida a las personas físicas o morales interesadas en operar como terceros autorizados para realizar pruebas de intercambiabilidad de medicamentos y emitir los dictámenes correspondientes*, Diario Oficial de la Federación, México, 10 de octubre de 2002.

Consejo de Salubridad General, *ACUERDO por el que se relacionan las especialidades farmacéuticas susceptibles de incorporarse al Catálogo de Medicamentos Genéricos Intercambiables y se determinan las pruebas que deberán aplicárseles*, Diario Oficial de la Federación, México, 1998.

Cuadro básico de medicamentos, SSA, IMSS, ISSSTE, DIF, México, 1984.

Decreto que establece las modificaciones a la Ley General de Salud, México, Diario Oficial de la Federación, 7 de mayo de 1997.

Hogerzeil, Hans V. MD, *The concept of essential drugs and the WHO model list of essential medicines*, Department of Essential Drugs and Medicines Policy, World Health Organization, September 2003.

Iversen, Leslie, *Una brevísima introducción a los medicamentos*, Edit. Océano, México, 2001.

Juan, Mercedes, *et al*, *El programa de modernización de la Regulación Sanitaria*, Secretaría de Salud, México, 1994.

Mann, Charles & Plummer Mark L., *The aspirin wars*, Mc Graw-Hill, México, 1994.

Presidencia de la República, *Las razones y las obras*, Gobierno de Miguel de la Madrid, México, 1984.

Salinas de Gortari, Carlos, *México, un paso difícil a la modernidad*, Plaza & Janes Editores, México, 2000.

Schmidt, Samuel, *Los grandes problemas nacionales, Versión siglo XXI*, Nuevo Siglo Aguilar, México, 2003.

Secretaría de Salud, *Estudios actuales sobre el Libellus de Medicinalibus Indorum Herbis*, Secretaría de Salud, México, 1992.

CAPÍTULO 12

Aspectos básicos del VIH/SIDA

Dra. Griselda Hernández Tepichin

Dr. Pedro Morales Aché

Información básica del VIH/SIDA

*Dra. Griselda Hernández Tepichin **

Resumen

El Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) es el agente causal del SIDA.

El Síndrome de Inmunodeficiencia Humana (SIDA) es la etapa avanzada de la infección por VIH, la cual se manifiesta por la aparición de infecciones denominadas oportunistas y algunos tipos de neoplasias.

La vía principal de transmisión en México son las relaciones sexuales sin protección; el grupo más afectado son los hombres que tienen sexo con hombres.

Otros grupos con vulnerabilidad son: mujeres y hombres heterosexuales con varias parejas sexuales y prácticas sexuales sin protección, así como hombres y mujeres dedicados al comercio sexual.

El diagnóstico, hasta hoy, se realiza previa consejería y consentimiento informado por escrito. Las pruebas utilizadas para el diagnóstico son las llamadas de ELISA y *Western blot*.

* Médica cirujana con especialidad en Infectología Pediátrica, Universidad La Salle. Directora de atención integral del Centro Nacional de Prevención y Control del VIH/SIDA y otras infecciones de transmisión sexual (ITS).

El tratamiento de las personas con VIH está encaminado a controlar al virus y a prevenir las infecciones oportunistas, con lo que se logra mejorar la sobrevivencia y calidad de vida.

Conceptos

El **VIH** significa **virus de la inmunodeficiencia humana**. Este es el virus que causa el SIDA. El VIH es diferente a la mayoría de los virus porque ataca el sistema inmunitario; sistema que permite al cuerpo combatir las infecciones. El VIH encuentra y destruye un tipo particular de glóbulos blancos –las células T o CD4– utilizados por el sistema inmunitario para combatir las enfermedades.

El término SIDA significa síndrome de inmunodeficiencia adquirida. El SIDA representa la etapa final de la infección por el VIH.

Es posible que una persona que adquiere la infección por el VIH tarde varios años en desarrollar la enfermedad aun sin recibir tratamiento.

El virus que causa el SIDA afecta, principalmente, al sistema inmunitario o de defensas del organismo, por lo que gradualmente lo debilita y le dificulta combatir todo tipo de infecciones.



Imagen del VIH tomada con un microscopio electrónico; son las pequeñas esferas en la superficie de los glóbulos blancos.

Orígenes del VIH

El SIDA se describió por vez primera en 1981, cuando algunos hombres jóvenes, hasta ese momento sanos –principalmente adultos que vivían en zonas urbanas de los Estados Unidos– empezaron a ser víctimas de infecciones oportunistas antes desconocidas en ese grupo de edad.

No tardaron en notificarse infecciones similares en África, el Caribe y Europa; el SIDA era claramente una enfermedad epidémica. La mayoría de esos jóvenes y adultos

infectados murieron, y se improvisó un sin número de hipótesis discrepantes, aunque muy pronto se sospechó que la causa era un agente infeccioso transmitido por la sangre.

En 1983 esa sospecha se vio confirmada cuando el profesor Luc Montagnier y otros investigadores descubrieron un nuevo agente patógeno: un retrovirus con tropismo por las células CD4 que organizan la inmunidad celular y protegen al ser humano de una gran diversidad de otros agentes infecciosos.

En el 2006 los científicos identificaron una especie de chimpancé –mono verde africano– en África occidental como la fuente de infección del VIH en los humanos. El virus muy probablemente pasó de los chimpancés a los humanos que cazaban a estos animales para comer su carne, al entrar en contacto con la sangre infectada.

En el transcurso de varios años el virus se propagó poco a poco por toda África y luego por otras partes del mundo.

Breve historia del VIH en México

Los primeros casos se identificaron en México en 1983 y durante dos años el crecimiento fue rápido, pero no de gran magnitud; hablábamos de decenas de casos, en los cuales la mayoría de los infectados adquirió el virus en el extranjero. En poco tiempo, sin embargo, se encontraron pacientes que parecían haberse infectado sin haber salido de su país, y se iniciaron los primeros estudios de prevalencia en varones homosexuales mexicanos. El hallazgo de una prevalencia cercana a 25% en esta población no auguraba perspectivas epidemiológicas fáciles y así fue cabalmente entendido. En la Dirección General de Epidemiología muy pronto se hicieron recomendaciones y se delinearon estrategias de comunicación y estudios epidemiológicos con base poblacional.

Para 1985 era claro que teníamos una epidemia de rápido crecimiento con dos diferentes factores de riesgo predominantes. El grupo más numeroso estaba constituido por varones homosexuales y el otro, con menos casos, pero también de muy rápido crecimiento, era de mujeres, preponderantemente, receptoras de transfusiones de sangre; era claro también que sus características clínicas tenían diferencias con otras

regiones geográficas, sobre todo, en cuanto a la frecuencia relativa de infecciones oportunistas.

Situación en México

Hasta el 15 de noviembre del 2007 se tenía un registro de 115,651 casos de SIDA acumulados, de los cuales 95,703 se presentaron en hombres, el 79% en el grupo de edad de 15 a 44 años; 19,948 casos correspondieron a mujeres, con mayor frecuencia (75.8%), entre los 15 y 44 años (14,999 casos).

CATEGORÍA DE TRANSMISIÓN		
	Hombres	Mujeres
Transmisión sexual	57,905	11,155
Homosexual	19,910	0
Bisexual	14,317	0
Heterosexual	23,678	11,155
Transmisión sanguínea	2,089	1,356
Transfusión sanguínea	845	1,212
Hemofilia	173	0
Donador remunerado	314	51
Usuario de drogas inyectables (UDI)	753	89
Exp-ocupacional	4	4
Otras (homosexual/UDI)	231	0
Se desconoce	33,089	6,016
Total	93,314	18,527

* UDI: Usuario de drogas intravenosas

Vías de transmisión

El virus del VIH se encuentra en todos los fluidos corporales, pero sólo en concentración suficiente puede ser transmitido en:

- Semen
- Sangre
- Fluidos vaginales
- Leche materna

El mecanismo de transmisión es por:

Vía sexual. La infección se puede dar por el intercambio de secreciones mediante del contacto sexual vaginal, anal u oral, sin utilización de una barrera protectora, condón de látex –masculino– o poliuretano –femenino–; el virus ingresa al organismo a través de la mucosa de la vagina o de la boca.

Vía sanguínea. La infección puede ocurrir a través de sangre o hemoderivados que contengan al VIH, al compartir jeringas infectadas –ya sea por inyección o extracción–, o por transfusiones de sangre o cualquier derivado de ésta.

Vía perinatal. Llamada también transmisión vertical, se presenta cuando una mujer infectada y embarazada transmite el virus a su hijo durante el periodo intrauterino a través de la placenta, durante el parto o en la lactancia.

Mecanismo de la infección

El VIH puede ingresar al organismo en forma directa o indirectamente, por medio de las mucosas, la sangre, por heridas abiertas, o lactancia; luego, a través del sistema circulatorio y linfático, se disemina por todo el organismo produciendo la infección. El VIH, al invadir el organismo, elige a los linfocitos T como célula de alojamiento, debido a la presencia de un receptor que se encuentra en la superficie de los linfocitos T, llamados también CD4, con el cual el virus tiene afinidad específica. Asimismo el VIH puede unirse a otras células, macrófagos o células nerviosas que lo transportarán hasta el cerebro,

produciendo graves daños en el sistema nervioso. Después se produce un mecanismo por el cual el ARN del virus se convierte en ADN –ácido desoxirribonucleico–, esto es porque la información genética del linfocito T está contenida en él en forma de ADN, para que la información genética del VIH pueda fundirse con la del linfocito T; a partir de ese momento el virus se multiplica; es por ello que desde ese instante es posible transmitir el virus a otras personas, aun en ausencia de síntomas.

Independientemente de su mecanismo de transmisión, las manifestaciones que aparecen tras la penetración del VIH en el organismo pueden guardar relación con la dosis infectante, la virulencia de la cepa de VIH y la capacidad de respuesta del sujeto infectado. El VIH se disemina e invade muchos tejidos, en especial el linfoide y los ganglios linfáticos. El paciente contagiado puede o no presentar sintomatología; por lo general existe un cuadro febril conocido como síndrome mononucleósico.

De la segunda a la octava semanas de haber adquirido el virus aumentan los anticuerpos contra el VIH, como respuesta a la presencia de éste. A este periodo se le conoce como periodo de ventana inmunológica, su importancia estriba en que el individuo puede haber adquirido el VIH y todavía tener una prueba negativa debido a que los anticuerpos no se han elevado lo suficiente como para dar un resultado positivo. Estos anticuerpos son los que determinan que la prueba de detección del VIH resulte positiva; en el momento que esto sucede se dice que la persona es seropositiva, es decir, que tiene una prueba en suero positiva al VIH, también se le conoce como portador sano o asintomático.

Esta fase tiene una duración indeterminada, que se estima en algunos años y en ella persiste la proliferación viral, aunque a bajo nivel. Los pacientes suelen estar asintomáticos, con o sin adenopatías, aunque la progresión de la enfermedad puede verse influida por numerosos factores, entre ellos, los nuevos tratamientos antirretrovirales. Se ha estimado que la proporción de infectados por el VIH que no han recibido tratamiento específico y, que al final presentarán SIDA, excede el 90 %. En los países desarrollados se ha observado que entre el 80 % y el 90 % de los que no lo han recibido habrán muerto durante los tres a cinco años transcurridos a partir del diagnóstico.

Es oportuno mencionar que el empleo rutinario de fármacos profilácticos para las infecciones oportunistas ha conseguido diferir la aparición de la enfermedad y proporcionar al seropositivo una mejor calidad de vida.

La evolución a SIDA se caracteriza por un aumento de la replicación del VIH que podría producirse en uno de cada diez linfocitos CD4, y coincide clínicamente con una profunda alteración del estado general del paciente –síndrome de desgaste– consistente en aparición de graves infecciones oportunistas, ciertas neoplasias y alteraciones neurológicas. El pronóstico es variable en cuanto a supervivencia; la edad, el mecanismo de contagio y la forma de presentación parecen influir en la supervivencia.

El tratamiento con antirretrovirales ha favorecido la prolongación de la supervivencia en el tiempo. Antes de ellos no era superior al 30% a 50% a los dos años y menor del 10% a 20% a los cuatro. La destrucción de los glóbulos blancos –linfocitos CD4– producirá una inmunosupresión severa que favorece la aparición de la mayoría de las infecciones oportunistas y neoplasias características del SIDA. El tratamiento con antirretrovirales y la profilaxis de las infecciones oportunistas han modificado la evolución del SIDA, por lo que es posible que no conozcamos el desarrollo que seguirá la infección por VIH hasta dentro de algunos años.

En México desde el año 2000 existe el Programa de Acceso Universal al tratamiento antirretroviral que ha permitido que todas las personas sin seguridad social, reciban este tratamiento a través del Fondo de Gastos Catastróficos del Fideicomiso de Protección Social en Salud -Seguro Popular.

No obstante, es importante destacar que, hasta el momento, no existe tratamiento curativo, ni vacunas disponibles, por lo que el único método de prevención para las personas que tienen relaciones sexuales es usar siempre el condón.

Bibliografía

Boletín CENIDS Biblioteca Virtual en Salud: <http://bvs.insp.mx> Boletín Práctica Médica Efectiva, vol. 4, núm. 2.

CENSIDA, *Guía de manejo antirretroviral de las personas con VIH*, tercera edición, México 2007: 21-47.

CONASIDA, *Curso abierto y a distancia sobre SIDA y ETS: introducción, definición y características del virus*, México 2000.

CONASIDA, *Patogénesis e historia natural de la infección*, en: *Guía para la atención médica de pacientes con infección por VIH/SIDA en consulta externa y hospitales*, México 2000: 27-31.

Gatell, J.M., Clotet B., *Guía práctica del SIDA, clínica, diagnóstico y tratamiento*, octava edición, Masson, 2005: 49-77.

SSA, Dirección General de Epidemiología, *Registro nacional de datos de casos de VIH/SIDA*, 2007.

UNAIDS, WHO. *AIDS epidemic update*, December 2007.
http://www.unaids.org/epidemic_update/report_dec01/index.html.

Aspectos jurídicos del VIH/SIDA

*Lic. Pedro Morales Aché **

Resumen

En este texto se realiza un análisis de las sentencias más importantes pronunciadas por los tribunales mexicanos, de los criterios de interpretación y de la jurisprudencia que se ha integrado en relación con temas vinculados con el VIH/SIDA, tales como la responsabilidad civil por contagio transfusional, el reclamo del suministro gratuito de medicamentos y las bajas de militares de las fuerzas armadas por presentar seropositividad al VIH/SIDA, y de las repercusiones favorables que esta clase de juicios han tenido para la exigibilidad judicial del derecho a la protección de la salud y para la tutela del derecho a la no discriminación, como consecuencia del diseño e instrumentación de diversas estrategias de litigio de casos paradigmáticos o de interés público. Se concluye con un esbozo de los retos actuales que en nuestro país plantea el VIH/SIDA desde la perspectiva jurídica.

* Director de MEDILEX Consultoría Médico Legal, S.A. de C.V.

Introducción

La aparición de la epidemia del VIH/SIDA, cuyos primeros casos se detectaron en los años iniciales de la década de los ochenta del siglo pasado, estuvo acompañada de frecuentes actos violatorios de los derechos humanos de las personas infectadas, de modo tal que fue necesario incorporar la promoción y defensa de los derechos humanos de las personas afectadas por este mal, como uno de los componentes fundamentales de la estrategia para controlar dicha epidemia.

En el caso específico de México las actividades realizadas por los grupos de enfermos y por organizaciones no gubernamentales (ONG) en aras de lograr el respeto de los derechos humanos de las personas afectadas por el VIH/SIDA tuvieron una influencia determinante en el desarrollo de nociones tales como la exigibilidad judicial del derecho a la protección de la salud –coincidentemente en el año de 1983 se reconoce en el texto constitucional el derecho a la protección de la salud y son detectados los primeros casos de SIDA–, el acceso gratuito al suministro de medicamentos y a los servicios públicos de salud, la responsabilidad profesional médica, el derecho a la no discriminación, el consentimiento informado, la confidencialidad del estado de salud de las personas y el respeto a la orientación sexual.¹

La responsabilidad civil por contagio transfusional

A diferencia de lo acontecido en otros países, en sus primeros años en México, la epidemia presentó un alto número de casos de contagio por vía transfusional afectando a los donadores remunerados que utilizaban los bancos de sangre –comercialización que representaba la principal forma de obtención de productos sanguíneos–, a mujeres que fueron transfundidas al momento de ser atendidas de sus procesos reproductivos y a menores de edad con hemofilia, lo que trajo como consecuencia que los primeros reclamos judiciales en relación con el VIH se dieran en el ámbito de la responsabilidad civil.

El matiz transfusional inicial de la epidemia se explica, en parte, por una regulación sanitaria tardía, ya que fue hasta 1986 cuando se estableció la obligatoriedad de la prueba de detección del VIH en sangre²; en 1987 se prohibió su venta³, y en 1988 se creó el Centro Nacional de la Transfusión Sanguínea como organismo de regulación y de verificación sanitaria.⁴

Si bien los casos de reparación del daño que fueron planteados ante los tribunales representan una parte menor del total de casos de personas infectadas transfusionalmente con el VIH, para su resolución los juzgadores adoptaron interpretaciones de carácter progresista a favor de las personas afectadas que han tenido una fuerte repercusión en el hasta ese entonces incipiente derecho de daños de nuestro país, y en particular en el ámbito de la responsabilidad médica profesional. Entre tales interpretaciones destacan: el criterio de que la utilización de la sangre con fines terapéuticos configura un supuesto de responsabilidad objetiva, por tratarse de una sustancia peligrosa por sí misma⁵; la aplicación de la teoría dinámica de la prueba –según la cual deja de aplicarse el principio de que el onus probandi es de quien afirma, por lo que corresponde probar a aquella parte que cuenta con mayores posibilidades de hacerlo, operando en la práctica una inversión de la carga de la prueba, que en el caso concreto se traduce en atribuir a las instituciones de salud la obligación de acreditar que la sangre transfundida no estaba contaminada con el VIH–; la adopción de la teoría de la falla presunta de servicios hospitalarios –que establece una presunción *iuris tantum* a favor de los pacientes–; la existencia de una obligación de documentación médica –que consiste en el deber de requisitar correctamente, conservar y exhibir ante los tribunales el expediente clínico y demás documentos de carácter médico, tales como los resultados de los estudios de laboratorio–; y la determinación de que procede reparar el daño moral indirecto.

Es importante destacar el tratamiento diferenciado –evolutivo– que los tribunales mexicanos han dado a la figura jurídica de la prescripción, ya que tratándose de contagios transfusionales presenta complejidades peculiares por cuanto hace a su cómputo, dada la dificultad de establecer con precisión la fecha en que aconteció el contagio y en que se tuvo conocimiento del mismo.

Ante la pretensión de las instituciones médicas de que el término de dos años que legalmente está establecido para que opere la prescripción, debe computarse a partir de que se produjo el contagio, los tribunales, originalmente, consideraron que el cómputo debería contarse a partir de que se tiene conocimiento de la seropositividad, criterio que resultaba restrictivo si se toma en cuenta que casi siempre en los primeros años posteriores al contagio no existe una alteración evidente en el estado de salud de las personas afectadas. Sin embargo, mediante sentencia del 9 de agosto de 2007, pronunciada en el juicio de amparo directo civil 247/2007, el primer tribunal colegiado en materia civil del primer circuito ha sustentado el criterio más novedoso, que distingue entre los casos en que se demanda la reparación del daño causado por el sólo contagio del VIH y los casos en que se demanda la reparación de “los daños progresivos y continuos al estado de salud... como consecuencia de la infección transfusional por VIH”, que son efectos de tracto sucesivo y, por ende, la prescripción no puede comenzar a correr sino hasta que se han consumado tales daños. Es indudable que este criterio puede beneficiar a diversos pacientes que fueron contagiados por vía de la transfusión con el virus de la hepatitis C y con el VIH, y que no demandaron dentro de los dos años siguientes al momento en que tuvieron conocimiento de la existencia del contagio.

Una sentencia paradigmática, tratándose de responsabilidad civil por contagio transfusional del VIH, es la del 17 de febrero de 2004, dictada por el juzgado primero de lo civil en el Distrito Federal en el juicio ordinario civil 951/97, ya que en ella no sólo se condena a la reparación del daño moral causado por el contagio transfusional del VIH a un menor de edad, sino también por la realización de pruebas de detección, sin consentimiento informado de quien ejercía la patria potestad, por no haber brindado consejería psicológica, por no proporcionar tratamiento médico y por encubrimiento del personal de la institución de salud responsable del contagio –condena esta última que comprende desde el médico tratante hasta el director general de la institución de salud. Además, se decretó una condena en especie que consiste en el otorgamiento, de por vida, de servicios de atención médica y suministro de medicamentos.

El derecho a la protección de la salud y el VIH/SIDA

A partir de que se elevó a rango constitucional el reconocimiento del derecho a la protección de la salud, la mayoría de la doctrina mexicana se pronunció por la caracterización del mismo como una norma programática que, por definición, no es justiciable, ya que sólo establece directrices o buenos deseos, que no vinculan a las autoridades⁶, o en el mejor de los casos, optó por definirlo como un derecho de cumplimiento progresivo. Sin embargo, en torno a litigios relacionados con el VIH/SIDA, se han producido los más importantes pronunciamientos de los tribunales federales en relación con la exigibilidad judicial del derecho a la protección de la salud.

La negativa inicial del gobierno mexicano a reconocer el derecho de las personas con VIH/SIDA que carecen de seguridad social de recibir en forma gratuita los medicamentos que requieren para el adecuado tratamiento de su enfermedad, así como la exclusión de los inhibidores de la proteasa de la transcriptasa reversa –triple terapia antiretroviral–, del Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos 1996 –publicado en el Diario Oficial de la Federación de 15 de noviembre de 1996–, se traducía en que los servicios públicos de salud estaban impedidos de suministrar tales medicinas, no obstante sus evidentes beneficios terapéuticos; tal situación nos llevó a diseñar e instrumentar una estrategia de litigio de casos paradigmáticos, con el fin de hacer efectiva la tutela jurisdiccional de las personas afectadas por el VIH/SIDA, por cuanto hace al derecho a la protección de la salud, básicamente en lo que respecta al acceso y suministro gratuito de dichos fármacos⁷.

En 1997 se otorgó la primera medida cautelar ordenando el suministro de medicamentos a personas con VIH/SIDA, y en octubre de 1999 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), al resolver el amparo en revisión 2231/97 revocó la sentencia del 21 de mayo de 1997, dictada por el juez octavo de distrito en materia administrativa en el Distrito Federal en el juicio de amparo 710/1996, que había negado el amparo solicitado en contra del Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos 1996, bajo el argumento de que si bien los enfermos tenían derecho a recibir medicamentos, carecían

del derecho subjetivo a recibir uno en específico, ante la existencia de otras enfermedades que merecían la mayor atención del sector salud. En su sentencia, el Pleno de la SCJN reconoció, por vez primera, la exigibilidad judicial del derecho a la protección de la salud, así como el derecho de los enfermos a recibir los fármacos que representen la mejor alternativa terapéutica. Este caso se resolvió por unanimidad de votos, sin embargo, no es apto para integrar jurisprudencia porque en su discusión sólo estuvieron presentes siete Ministros.⁸

También destaca la sentencia del 21 de abril de 2004, pronunciada por el cuarto tribunal colegiado en materia administrativa del primer circuito, al resolver el expediente R.A. 779/2003, en donde se determinó que la baja de un militar del servicio activo por seropositividad al VIH resultaba, por sí misma, violatoria del derecho a la protección de la salud, y se estableció que, con base en el reconocimiento constitucional del derecho a la protección de la salud, los familiares de los militares seropositivos contaban con interés jurídico para promover el juicio de amparo contra la baja y las consecuencias que derivan de la misma, criterio que fue revocado por la segunda sala de la SCJN al resolver la contradicción de tesis 119/2004, que dio lugar a la integración de la tesis de jurisprudencia 200/2004 en donde se determinó que los familiares de los soldados dados de baja carecían de interés jurídico para promover el juicio de amparo.⁹

El derecho a la protección de la salud fue invocado, de manera reiterada, por los Jueces Federales para el otorgamiento de medidas cautelares provisionales y definitivas en los juicios de amparo promovidos por militares en contra de la baja de las fuerzas armadas por presentar seropositividad al VIH, ordenando a las autoridades castrenses el otorgamiento de medicamentos y de tratamiento médico a los militares y a sus familiares, de ser el caso, durante todo el tiempo que durara el trámite de los juicios, lo que corrobora la eficacia de la tutela jurisdiccional para proteger los derechos de las personas afectadas con el VIH/SIDA, ya que, si bien en los términos previstos en la Ley de Amparo las medidas cautelares no tienen efectos constitutivos, mediante la aplicación de criterios de carácter progresista y garantista, los tribunales federales, en diversas ocasiones, otorgaron medidas cautelares para tales efectos a los militares con VIH.

Asimismo, con base en el reconocimiento constitucional del derecho a la protección de la salud, al resolver la contradicción de tesis 166/2005, la segunda sala de la SCJN estableció en la tesis de jurisprudencia 2/2006 la procedencia de otorgar medidas cautelares a los militares con VIH, para que se les permitiera seguir prestando sus servicios a las fuerzas armadas, se les pagaran sus haberes y demás beneficios de carácter económico, así como el suministro de medicamentos y el otorgamiento de atención médica¹⁰ y, si bien, al resolver la diversa denuncia de contradicción de tesis 147/2006-SS, la segunda sala había determinado que el otorgamiento de la medida cautelar sólo era procedente para la atención médica y el abastecimiento de fármacos cuando se reclamaba, en juicio de amparo, la orden de baja del activo y alta en situación de retiro por inutilidad¹¹, con motivo de los criterios adoptados por el Tribunal Pleno en los meses de febrero y marzo de 2007 (*infra*), al resolver la solicitud de modificación de jurisprudencia 3/2007-SS, la segunda sala determinó que también es procedente el otorgamiento de la medida cautelar para el efecto de que los militares sigan prestando sus servicios y percibiendo sus haberes y demás beneficios de carácter económico, a efecto de salvaguardar su derecho a la protección de la salud.¹²

El VIH/SIDA y las fuerzas armadas

Hasta el año 2000 la detección del VIH en las fuerzas armadas se efectuaba cuando los militares presentaban sintomatología o cuadros clínicos compatibles con el SIDA. Fue a partir del año 2001 que se estableció como práctica sistemática e institucional la detección masiva en militares y en sus derechohabientes, sin que existieran razones médicas para la realización de dichas pruebas; éstas se llevaban a cabo sin recabar el consentimiento informado y se estatuyeron como requisito obligatorio para el ingreso a las fuerzas armadas y para que sus miembros pudieran participar en las promociones; además, se practicaban también a partir de la presencia de cuadros clínicos simples, tales como herpes zoster, fiebre o diarrea, o cuando se había producido un desmayo o desvanecimiento, así como al momento de atender los partos. Ante la obtención de un

resultado positivo al VIH, se actualiza un sinnúmero de actos violatorios de los derechos humanos de los militares seropositivos.

En el caso de la realización de las pruebas de detección como parte de los exámenes médicos para participar en las promociones, los aspirantes son formados en la explanada del Hospital Central Militar, en donde en presencia de todos los participantes se les practica una prueba rápida de detección; quienes resultan positivos son sacados de la formación, excluidos de la promoción e internados en dicho hospital. Sin brindarles consejería y apoyo psicológico, dependiendo de su estado civil, los militares son notificados de su seropositividad en presencia de su esposa, concubina u otros familiares y, al momento de llevar a cabo tal notificación familiar los médicos militares los cuestionan sobre sus prácticas sexuales, los inducen a rechazar el tratamiento médico y les expiden un certificado médico de inutilidad, con el que da inicio el procedimiento de baja. Durante la tramitación de éste son segregados de las unidades militares, puestos bajo custodia familiar, reciben un trato diferenciado y discriminatorio en relación con otras causas de inutilidad, su padecimiento es difundido de manera indiscriminada, y en la orden de baja del servicio activo y alta en situación de retiro se hace mención expresa de su seropositividad, acciones, todas ellas, que quebrantaban el derecho a la confidencialidad y favorecen los procesos de discriminación y estigmatización.

En un principio las bajas de militares se sustentaron en la fracción 177 de la primera categoría de inutilidad de las Tablas Anexas de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1976, que establecía como causa de inutilidad “La susceptibilidad a infecciones recurrentes a estados de inmunodeficiencias celulares o humorales del organismo, no susceptibles de tratamiento”, supuesto normativo en el que no encuadra la seropositividad al VIH, ya que ésta sí es susceptible de ser tratada médicamente.

El 9 de julio del 2003 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una nueva ley del ISSFAM, con la que se pretendió validar legislativamente las prácticas discriminatorias al establecer como causas de inutilidad la seropositividad a los anticuerpos contra el VIH

Artículo 226, segunda categoría, fracción 45– y la seropositividad a los anticuerpos contra el VIH más infecciones por gérmenes oportunistas y/o neoplasias malignas –artículo 226, primera categoría, fracción 83–, sin tomar en cuenta el hecho de que entre el momento en que se produce la infección por VIH y la manifestación de la sintomatología del SIDA, puede transcurrir un gran número de años que, se calcula es mayor a 10 en el 50% de los casos y que, aun en los casos en los que ya existe sintomatología, con los medicamentos actualmente disponibles, la expectativa de sobrevivida puede ser de más de 20 años en condiciones de salud tales que permiten el desempeño de funciones normales para cualquier persona.

Ante tales prácticas discriminatorias quedó en evidencia la inoperancia de los mecanismos de protección no jurisdiccional de los derechos fundamentales, ya que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) validó las bajas de los militares seropositivos decretadas, con un pretendido sustento en la ley del ISSFAM de 1976, no obstante que el padecimiento no estaba considerado como causa de inutilidad, bajo el argumento de que las fuerzas armadas requieren que sus miembros cuenten con un pleno estado de salud, postura que inicialmente fue respaldada por el presidente del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

Correspondió a los tribunales del Poder Judicial de la Federación otorgar una adecuada tutela a los derechos humanos de los militares afectados con el VIH/SIDA, que estuvieron en condiciones de solicitar la protección de la justicia de la unión vía el juicio de amparo, el primero de los cuales fue promovido en 1997 como parte de una estrategia de litigio paradigmático o de interés público que diseñamos para alcanzar dicha finalidad.¹³

Como anteriormente ha sido señalado en la ley del ISSFAM de 1976 no existía una causa legal de retiro que resultara aplicable a los militares seropositivos, lo que explica que los primeros casos hayan sido ganados en los tribunales colegiados en materia administrativa del primer circuito, por la violación de garantías individuales de legalidad, destacando la sentencia del 29 de agosto de 2003 pronunciada por el décimo tribunal colegiado en materia administrativa del primer circuito al resolver el recurso de revisión 183/2003 que es la primera resolución jurisdiccional en donde de manera definitiva se

determinó que resultaba inaplicable para decretar la baja de un militar seropositivo la causal de inutilidad prevista en la fracción 117 de la primera categoría de las Tablas Anexas de la ley de 1976, y la antes mencionada sentencia del 21 de abril de 2004, pronunciada por el cuarto tribunal colegiado en materia administrativa del primer circuito, en el recurso de revisión 779/2003, en donde, además de considerar vulnerado el derecho a la protección de la salud, se estableció que la baja de un militar del servicio activo por seropositividad al VIH resultaba violatoria del derecho a la no discriminación y del derecho a la estabilidad en el empleo.

Al resolver los primeros casos relacionados con militares dados de baja de las fuerzas armadas por presentar seropositividad al VIH –por ejemplo, en los amparos en revisión 2267/1997, 494/1999, 219/2000 y 409/2000–, el Pleno de la SCJN sólo se ocupó de estudiar los aspectos de constitucionalidad de la ley del ISSFAM de 1976, diversos a la causa de inutilidad con base en la cual se decretaron las bajas, absteniéndose de ejercer su competencia originaria para conocer de los aspectos de legalidad.

En sesiones públicas realizadas los días 19, 20, 22, 26 y 27 de febrero; 1o., 5, 6 y 12 de marzo, y 24 de septiembre de 2007, el Pleno de la SCJN discutió y resolvió doce recursos de revisión derivados de los correspondientes juicios de amparo promovidos por militares dados de baja de las fuerzas armadas por ser seropositivos al VIH, ya sea con fundamento en la derogada ley del ISSFAM de 1976 o en la ley vigente de 2003, en los que se determinó, según la ley aplicada en cada caso concreto, la indebida aplicación de la fracción 117 de la primera categoría de inutilidad de las Tablas Anexas a la ley de 1976, y la inconstitucionalidad del artículo 226, segunda categoría, fracción 45 de la ley vigente de 2003, por considerar que es discriminatoria al equiparar el concepto de inutilidad con el de enfermedad –en el caso concreto, con la seropositividad a los anticuerpos del VIH–, por declarar procedente la baja sin que exista un estado de salud que realmente imposibilite la prestación de servicios, y sin distinguir que la seropositividad al VIH, por sí misma, no implica una incapacidad para el servicio de las armas, por lo que corresponderá a las autoridades castrenses determinar, en cada caso, si el grado de afectación a la salud del militar que lo padece, lo imposibilita para permanecer en el servicio activo, integrándose jurisprudencia por reiteración de criterios.¹⁴

Asimismo, el Pleno de la Suprema Corte declaró la constitucionalidad del tratamiento diferenciado de la antigüedad que es requerida en las leyes de seguridad social para tener derecho a una pensión por incapacidad que es de 2.88 años en la Ley del Seguro Social; de 15 en la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), y de 20 años en la ley del ISSFAM, que, en nuestra opinión, configuraba un caso de discriminación normativa, y estableció que el Juez Constitucional cuenta con facultades para allegarse de información científica que sea necesaria para la resolución de los casos a él sometidos. Durante las sesiones se discutió, de manera tangencial, el contenido y alcances del derecho a la protección de la salud, y con preocupación advertimos que se produjo un retroceso en su caracterización como derecho subjetivo, al ser considerado como una norma programática de cumplimiento progresivo o como un derecho de necesaria –y prácticamente libre– configuración legislativa.

Retos actuales

Los actos violatorios de los derechos humanos de las personas afectadas por el VIH/SIDA no sólo subsisten, sino que en algunos casos se han incrementado o modificado su contenido. Destacan los retos que actualmente se enfrentan y para cuya solución se requiere una revisión de las políticas públicas vigentes, de la participación de los organismos no gubernamentales vinculados con el VIH/SIDA y de que se incremente el número y características de los litigios promovidos para alcanzar la adecuada protección de los derechos humanos de las personas con VIH/SIDA.

1. Discriminación en diversos ámbitos. El descubrimiento de medicamentos cada vez más eficaces que han incrementado la calidad y las expectativas de vida de las personas infectadas, de manera, paradójica ha acrecentado los actos violatorios de derechos humanos ya que, a medida que las expectativas de sobrevida son mayores, el efecto compasivo que inicialmente presentó la epidemia tiende a desaparecer, de modo tal que la *aceptación social* que antes tenían los enfermos, dada la certeza de la inminencia de su muerte, se ha transformado en temor que genera la posibilidad de *convivir* con la personas infectadas.

2. Reticencia de las fuerzas armadas para cumplir debidamente las sentencias de amparo. Ejemplo de la persistencia de los actos discriminatorios en contra de las personas afectadas con el VIH/SIDA es la resistencia de las fuerzas armadas para dar cumplimiento integral a las sentencias pronunciadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en febrero, marzo y septiembre de 2007, al negarse a reinstalar a los militares afectados en el desempeño de las funciones que tenían encomendadas al momento en que dieron inicio los correspondientes procedimientos de baja.

3. Deficiente regulación de los protocolos de investigación. Son prácticamente inexistentes los actos de control sanitario de los protocolos de investigación de medicamentos para el tratamiento del VIH/SIDA, lo que sumado a la estructura endogámica de los comités de ética de la investigación y su deficiente desempeño, ha permitido que, a cambio de recibir beneficios económicos, algunos “investigadores” utilicen los protocolos de investigación como un mecanismo de mercadotecnia de medicamentos específicos para incrementar su consumo, favoreciendo a quienes generan y financian tales prácticas depredatorias y violatorias de los derechos de los pacientes.

4. Abuso de la libertad prescriptiva de los médicos. Si bien es incuestionable el derecho que tienen los médicos a que se respete su juicio clínico –diagnóstico, esquema terapéutico y libertad prescriptiva–, siempre que se sustente en bases éticas, científicas y normativas, en México se ha producido un abuso de la libertad prescriptiva por parte de un número importante de médicos tratantes de personas con VIH/SIDA, ya que aquéllos que reciben beneficios económicos de distintos laboratorios farmacéuticos a cambio de favorecer el consumo de determinados medicamentos, no toman en cuenta que ello va en detrimento del adecuado esquema de tratamiento que debe recibir cada paciente, que sacrifican oportunidades terapéuticas y que impactan el costo de la atención médica de carácter público, consumiendo mayores recursos económicos de los que en realidad son requeridos.

5. Fijación arbitraria de los precios de medicamentos. El Estado ha abandonado su función de regulador del mercado de la salud, dejando que los laboratorios establezcan libremente el costo de los medicamentos, en una lógica de que será el mercado el que determine la fijación de los precios, sin considerar que, por tratarse de medicinas que están protegidas por patentes, no puede funcionar la ley de la oferta y la demanda.

6. Insuficiencia de los programas de prevención. El Gobierno Federal ha sido incapaz de diseñar estrategias de prevención permanentes y eficaces que estén basadas en los avances científicos y a cargo de recursos humanos adecuados y calificados. La discusión ideológica y de eficiencia de métodos profilácticos, como el condón masculino y femenino que se dio al iniciar la nueva administración del gobierno federal, desalentó las prácticas sexuales protegidas, dio lugar a la cancelación de campañas de prevención en los medios masivos de comunicación y pretendió modificar contenidos curriculares, aspectos, todos ellos, que han generado que los avances en los programas de prevención sean limitados.

7. Deficiente calidad de la atención médica. Un número importante de los prestadores de servicios de salud que atienden a las personas que viven con VIH/SIDA carecen de la preparación adecuada para desempeñar tal actividad y no se encuentran actualizados, lo que aunado al prácticamente inexistente control sanitario de las actividades médicas relacionadas con VIH/SIDA, ha dado lugar a una deficiente calidad de los servicios de atención médica a las personas que padecen esta enfermedad.

8. Desabasto de medicamentos. Es frecuente que las instituciones públicas de seguridad social enfrenten situaciones de desabasto de los fármacos requeridos para el adecuado tratamiento terapéutico de la infección por VIH, lo que genera daños a los pacientes e incrementa el desapego al tratamiento.

Referencias

¹ Cfr. Morales Aché, Pedro Isabel, *Manual para la atención jurídica de casos de violación a los derechos humanos de las personas que viven con VIH/SIDA*, segunda edición revisada y actualizada, Letra S, Salud, Sexualidad y Sida, y Universidad Iberoamericana, México, 2007, pp. 7-9.

² El 22 de mayo de 1986 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Norma Técnica para la disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos, que estableció dicha obligación en el artículo 14, fracción VII, inciso e).

³ El Diario Oficial de la Federación publicó las reformas a la Ley General de Salud el 27 de mayo de 1987 y las correspondientes al Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos el 26 de noviembre de 1987.

⁴ Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 21 de enero de 1988.

⁵ Vid., El precedente judicial publicado bajo el rubro: *Responsabilidad civil objetiva, sangre o plasma portadora de diversos virus, debe considerarse como sustancia peligrosa para el caso de....*

⁶ Ruiz Massieu, José Francisco, *Cuestiones de derecho político (México-España)*, primera edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993, p. 59.

⁷ Cfr. Morales Aché, *op. Cit.*, pp. 147-163.

⁸ Vid., la tesis aislada sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el rubro: *Salud. El derecho a su protección, que como garantía individual consagra el artículo cuarto 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*, pág. 112, tomo XI, marzo de 2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época.

⁹ Vid., la tesis de jurisprudencia que bajo el rubro: *Militares. Sus familiares carecen de interés jurídico para impugnar en amparo la declaratoria de retiro del servicio activo*, aparece publicada en la pág. 542 del tomo XXI, enero de 2005, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época.

¹⁰ Vid., la tesis de jurisprudencia que bajo el rubro: *Ejército y fuerza aérea mexicanos, procede conceder la suspensión en el juicio de amparo promovido contra la declaratoria de procedencia de retiro por enfermedad de sus miembros (inicio de procedimiento de baja)*, está publicada en la pág. 660 del tomo XXI, febrero de 2006, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época.

¹¹ Vid., la tesis de jurisprudencia 157/2006, bajo el rubro: *Ejército y fuerza aérea mexicanos. Es improcedente la suspensión en el juicio de amparo promovido contra los efectos de la orden de baja del activo y alta en situación de retiro por inutilidad de sus miembros*, que está publicada en la pág.199 del tomo XXIV, diciembre de 2006, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época.

¹² Vid., la tesis de jurisprudencia que bajo el rubro: *Ejército y fuerza aérea mexicanos. Es procedente la suspensión en el juicio de amparo promovido contra los efectos de la orden de baja del activo y alta en situación de retiro por inutilidad*, está publicada en la pág. 247 del tomo XXVI, octubre de 2007, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época.

¹³ Cfr. Morales Aché, *op. cit.*, pp. 131-145, 169-211 y 225-252.

¹⁴ Vid., la tesis de jurisprudencia bajo el rubro: *Seguridad social para las fuerzas armadas. El artículo 226, segunda categoría, de la ley del instituto relativo, que prevé la causa legal de retiro por inutilidad basada en la serpositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), viola el artículo primero de la Constitución Federal*, publicada en la pág.12 del tomo XXVI, diciembre de 2007, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

CAPÍTULO 13

Genómica y Biotecnología

Dra. Ingrid Brena Sesma

Dr. Gerardo Jiménez Sánchez

Dr. Xavier Soberón Mainero

Algunos aspectos de la Genómica relacionados con el Derecho

*Dra. Ingrid Brena Sesma**

Resumen

En estos comentarios presento una panorámica general sobre la importancia que representa para los juristas la investigación y la aplicación del conocimiento sobre el genoma humano.

Temas como el diagnóstico genético y sus diferentes clases, así como sus ventajas y desventajas, la controvertida ingeniería genética, la cual, por un lado, ofrece la mejora o cura de enfermedades pero, por el otro, amenaza lo que algunos consideran el derecho a la identidad genética, si se llegara a aceptar la clonación reproductiva.

Por último, conviene determinar la utilidad en los procesos penales de las huellas genéticas a fin de identificar tanto a los delincuentes en delitos como la violación, como a las víctimas que hubieren fallecido. En los juicios de investigación de la paternidad o de la maternidad la prueba genética puede ser determinante para demostrar la filiación del hijo, quien se verá favorecido con el establecimiento de sus vínculos parentales.

* Coordinadora del Núcleo de Estudios en Salud y Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

I. Conocimientos sobre el genoma humano

El siglo XX estuvo cuajado de importantísimos descubrimientos científicos e innovaciones tecnológicas que han afectado de forma notable a las relaciones interindividuales, las estructuras sociales y al desarrollo económico, por lo general, con efectos beneficiosos. En el umbral de este nuevo siglo destacan las aportaciones de la biología y la medicina; de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y su influencia respectiva en la colectividad humana, que va a ser todavía más profunda de lo que ha sido hasta la actualidad.¹

De entre las investigaciones de la biología en curso se destacan nítidamente las relativas al genoma humano no sólo por los importantes logros obtenidos, sino también por sus implicaciones éticas, sociales y políticas². La aportación de los descubrimientos sobre el genoma humano viene a romper con muchas de las preconcepciones sobre la salud del hombre. Ahora se sabe que un alto porcentaje de las características mismas del individuo, sin que éstas sean consideradas dolencias o enfermedades, se encuentran en la información genética de cada ser humano.

II. Genómica

El genoma es el conjunto de material hereditario que todo ser vivo posee y que transmite a sus descendientes. Se encuentra integrado por dos filamentos cada uno de los cuales tiene más de un metro de largo, que químicamente es conocido como ácido desoxirribonucleico o ADN, que los seres vivos recibimos de cada uno de nuestros padres.

La genética tradicional, que estudia los genes o grupos de genes relativamente pequeños, resultó insuficiente para abarcar el cúmulo de conocimientos desarrollados en el siglo pasado. Esta insuficiencia mostró la importancia de conocer la secuencia completa del ADN de los seres humanos, así como la localización de cada uno de los genes que lo componen. Aparece entonces la genómica como la ciencia que estudia, en forma integral, los genomas con un enfoque global que abarca todos los genes de una

especie. La genómica permite avanzar en el conocimiento de los mecanismos moleculares que rigen el funcionamiento del cuerpo humano y su interacción con el medio ambiente.

III. Diagnóstico genético

A) Diversos tipos de diagnóstico

Como hemos expresado, el genoma humano representa el manual completo de instrucciones que rigen la esencia de un ser humano, en él se especifican nuestros rasgos físicos y mentales, y contiene las instrucciones de los procesos del metabolismo de nuestras células. Todas las reacciones químicas que integran el metabolismo dependen de la información contenida en los genes.

A través del diagnóstico genético se analiza el ADN de una persona para detectar la presencia de genes causantes de enfermedades, o la predisposición a padecerlas, o de transmitir el padecimiento a sus descendientes.

Los diagnósticos genéticos pueden ser de certeza, predisposición y de portadores. Con el diagnóstico de certeza se detecta un gen o un par de genes alelos asociados a una enfermedad que inevitablemente se presentará en el futuro de una persona. El diagnóstico de portadores, por lo general se realiza a familias donde hay varios miembros afectados con una enfermedad, con el diagnóstico se puede conocer las posibilidades de que los demás miembros padezcan el mismo mal. El diagnóstico de predisposición identifica a personas poseedoras del gen asociado a la enfermedad, pero con la posibilidad de no desarrollarla si éstas son manejadas en condiciones adecuadas.

Conocer los resultados del diagnóstico genético tiene ventajas, pero a la vez desventajas. Aquellos a quienes se les detecte un gen mutado asociado a una enfermedad podrán ser tratados clínicamente para evitar el desarrollo de la patología, en algunos casos, aun antes de que los síntomas sean presentados. En la actualidad son conocidos cerca de seis mil padecimientos transmitidos de generación en generación que, gracias a un diagnóstico genético oportuno, permiten prevenir una enfermedad.

Cuando sea aconsejable médicamente la aplicación de terapia génica resulta esencial la práctica de un diagnóstico genético. Si conocemos el padecimiento o la predisposición puede haber una solución para curar o prevenir la enfermedad causada por algún o algunos genes.

En ciertas enfermedades, desafortunadamente, sólo se puede realizar un diagnóstico de certeza que confirme que el padecimiento se presentará en un futuro. Tal es el caso de la Corea de Huntington, enfermedad que incapacita gradualmente a quien la padece hasta llegar a la total inmovilidad, aunada a la pérdida de facultades mentales con la subsiguiente afectación a las personas que atienden al enfermo. Los portadores de ese padecimiento tienen un 50% de probabilidades de transmitir dicha patología a sus descendientes, aun antes de que la enfermedad muestre sus primeros síntomas. Enfrentarse al conocimiento de que en el futuro se padecerá la enfermedad, o que se han engendrado hijos que pueden ser también portadores de ésta, no resulta nada fácil y puede producirle a la persona graves problemas psicológicos, sociales o laborales.

En estos casos, como en otros similares, la información genética afecta a tal grado a la persona que obliga a la reflexión sobre las implicaciones éticas, sociales y jurídicas de practicar y dar a conocer el diagnóstico e información genética a la persona misma. Es importante conocer su voluntad pues ella tiene derecho a saber los resultados del diagnóstico para tomar sus providencias, aunque viva esperando la aparición de la enfermedad. Pero también tiene derecho a negarse a la práctica, o a no conocer el resultado del diagnóstico.

B) Ventajas del diagnóstico

A través de un diagnóstico genético podremos conocer nuestras carencias, limitaciones o predisposiciones genéticas que pudieran afectar en el futuro nuestra salud, lo cual implica tomar decisiones fundamentales sobre la propia identidad, planear la vida, decidir cuestiones tan importantes como contraer matrimonio o no, procrear, nuestra vida

laboral, el sitio donde ubicaremos nuestra residencia y hasta tomar las previsiones económicas para solventar gastos médicos en el futuro.

C) Riesgos del diagnóstico

Con la práctica del diagnóstico genético conoceremos la información contenida en los ochenta mil millones de genes del género humano lo cual significa penetrar a la información genética de una persona. ¿Qué sustento encontraríamos para esta penetración que a todas luces es contraria al derecho de las personas a mantener parte de su vida, entre ella su información genética, reservada del conocimiento de los demás? La información genética debe protegerse del mal uso, en estos casos la confidencialidad resulta indispensable para evitar las injerencias injustificadas.

Si bien no hay un criterio uniforme para definir la vida privada, en todo caso podemos sostener que los terceros que tengan acceso a los datos genéticos de una persona deben mantenerlos en secreto. En especial quienes conocen de esos aspectos por su práctica profesional, pero, sobre todo, en aquellos casos en los que el conocimiento de esa información pueda perjudicar a la persona en su prestigio o le impida desarrollarse libremente en la sociedad.

Por otro lado hay que tomar en cuenta que las investigaciones sobre el genoma humano suministran información relevante no sólo para los individuos en particular de cuyo genoma se trata, sino también que pueden ser de interés para el grupo familiar y para terceros en general, empleadores, aseguradores, prestadores de servicios médicos. Es más, podríamos afirmar que puede ser de interés para toda la humanidad al proporcionar datos sobre la especie humana. Todo ello sin dejar de tomar en consideración el interés del Estado por utilizarlas en la investigación de conductas delictivas.

Es lógica la preocupación de que los datos genómicos puedan ser usados como base para plantear la supremacía de unos sobre otros, dando origen a discriminaciones con aparente fundamento científico. Nadie tiene un genoma perfecto, es evidente que

unos defectos son más relevantes que otros, pues algunos incluso imposibilitan al individuo para valerse por sí mismo. Pero una pregunta inquietante es ¿a quién corresponderá determinar qué es la *normalidad*?

El mal manejo de la información genética podrá en nuestros días representar nuevamente un peligro para atentar contra la igualdad de las personas. Actitudes como las tomadas en la Alemania nazi nos indican los riesgos de creer en la superioridad de unos sobre otros, seleccionando a los considerados, no sabemos con qué criterio, a los más aptos y provocando la destrucción de los débiles.

*La discriminación podría plantearse en los ambientes laborales pues se discute la posibilidad de que las empresas sometan a sus empleados o a los candidatos de los puestos de trabajo, a un análisis genético, de modo que si los resultados fueran positivos, es decir, revelaran el padecimiento futuro de una enfermedad o la predisposición a la misma, decidieran excluirles de determinados puestos laborales o, incluso, rechazar su contratación, a pesar de ser aptos en el momento de la solicitud del puesto de trabajo.*³

En el contrato de seguro, el riesgo es un elemento esencial, éste consiste en la eventualidad de que se presente o no un acontecimiento futuro incierto o cierto en un plazo indeterminado, el cual no depende de la voluntad de los sujetos.

El hecho de predecir la posibilidad de que un sujeto padezca una determinada enfermedad genética, para la cual no existe curación, trastoca la idea de riesgo. De ahí que a las compañías de seguros les resulte importante conocer el diagnóstico genético, con el cual se elimina el riesgo y permite a las compañías estar en posibilidad de pedir a las personas que deseen contratar un seguro se practiquen un examen genético.

Con el resultado la compañía puede negarse a contratar o exigir primas superiores de lo normal, cuando se diagnostique que la persona padecerá, en el futuro, una enfermedad.

Los intereses de estas compañías que se rigen por el principio del beneficio económico se contraponen con los intereses de los clientes. Quienes contratan un seguro pretenden protegerse económicamente y que el seguro cubra las eventualidades que se presenten en el futuro relacionadas con su salud o la de sus allegados, pero sin ver mermada su intimidad y sin sufrir discriminación. Hay que tomar en cuenta la posibilidad

de que un particular, conocedor por habersele realizado un análisis genético, de su predisposición a una enfermedad grave e incurable, pretenda cubrir tal eventualidad y oculte a la compañía sus conocimientos al suscribir la póliza correspondiente. La prevención de perjuicios para ambas partes requerirá de una revisión de la legislación correspondiente, con el fin de conciliar los diferentes intereses y asegurar el equilibrio necesario, y evitar al mismo tiempo discriminaciones.⁴

El problema de la invasión a la privacidad de las personas aumenta cuando la información genética está almacenada en computadoras. Las llamadas bases de datos genéticos que podrían crearse por el gobierno u otras instituciones implicarían el conocimiento y acceso a información genética de cada miembro de la sociedad.

IV. Ingeniería genética

A) Diversas clases

Dentro de la expresión *ingeniería genética* comprendemos una gran gama de técnicas, algunas de ellas justificadas éticamente, pero otras consideradas por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, por sus siglas en inglés) como *prácticas contrarias a la dignidad del ser humano*.

Entre estas últimas mencionaremos las terapias génicas, la manipulación de embriones, la formación de híbridos y quimeras; las técnicas de clonación reproductiva y la eugenesia positiva. Pero, al lado de ellas, existen las prácticas que pueden salvar la vida o asegurar la salud de un importante número de personas, tal es el caso de la clonación terapéutica o la eugenesia para corregir errores graves en los genes.

B) Terapia génica

Actualmente, la ingeniería genética está dando lugar a diversas intervenciones en los componentes genéticos del ser humano, de entre las que destaca la potencialidad que ya revela para el futuro la terapia génica. Ésta se refiere a la curación o prevención de enfermedades o defectos graves debidos a causas genéticas actuando directamente en

*los genes, mediante la adición, modificación, sustitución o supresión de genes. Por el momento, las intervenciones se realizan introduciendo en el organismo del paciente células genéticamente manipuladas con el fin de que reemplacen la función de las defectuosas, para lo que hoy se recurre a las técnicas de terapia llamadas **in vivo** e **in vitro**.*⁵

Existen actualmente dos clases de terapia génica: la realizada en la línea somática y la llevada a cabo en la línea germinal. Las diferencias entre ambas son, en cuanto a sus efectos, consecuencias e implicaciones éticas, altamente notorias.⁶ La primera sólo modifica los genes del individuo sometido a la terapia, en cambio, la segunda, afectaría a la descendencia del sujeto tratado. Es lugar común en las legislaciones prohibir las intervenciones que afecten la línea germinal, con lo que se establece una división básica entre terapia sobre células somáticas permitida, y sobre línea germinal prohibida.

C) La clonación

La clonación, sin duda, es actualmente uno de los temas más controvertidos en el ámbito científico, filosófico y jurídico. La clonación es una forma de reproducción a partir de una célula, para formar otras células o un tejido, o llegar, incluso, a reproducir a un ser completo. La técnica consiste en extraer el núcleo de una célula denominada totipotencial, madre o en inglés *stem cells* e introducirle otro con la información de las células que intentamos reproducir.

Pero no son las técnicas las que están en entredicho, el tema no es si éstas son buenas o malas, sino cuáles son los objetivos que el ser humano pretende alcanzar con ellas. El problema no se reduce a los medios, sino que tiene que ver con los fines: ¿son éstos morales?, o atentan contra la dignidad misma del ser humano.

Dependiendo de los fines perseguidos podemos clasificar varias clases de clonación. **La reproductiva**, cuya finalidad es reproducir a un ser humano o aquella que sólo pretende reproducir un tejido o una secuencia del genoma con fines terapéuticos.

La reprobación a la primera, o sea, a la reproductiva, es unánime, tanto en legislaciones nacionales como documentos internacionales. La Declaración de la UNESCO sobre los

Derechos Humanos y el Genoma Humano menciona en el artículo 11 a la clonación con fines de reproducción de seres humanos como *un ejemplo de práctica contraria a la dignidad del ser humano*, pero deja abierta una puerta a la clonación no reproductiva.

La **clonación terapéutica**, sin embargo, también genera controversias cuando las células que son objeto de cambios en su núcleo son óvulos humanos fecundados. El tema adquiere una considerable dimensión al haber avanzado las investigaciones sobre cultivo de células troncales, que abre la posibilidad de curar un gran número de padecimientos o de crear tejidos sanos que sustituyan a los enfermos.

El Código penal para el Distrito Federal tiene un título destinado a la manipulación genética, muestra de la preocupación de la sociedad actual sobre el tema; de esta manera el derecho penal amplió su campo de intervención a formas de conducta tradicionalmente alejadas de su ámbito y que hoy se consideran como amenazas a bienes jurídicos tan importantes como el futuro de la humanidad. Desde luego, no fue el interés del legislador prohibir técnicas ni la experimentación científica en este terreno, sino sólo las prácticas que puedan afectar bienes jurídicos considerados de gran importancia para la humanidad.⁷

D) Biotecnología y medio ambiente

La ingeniería genética se utiliza en diversos campos, la industria y la agricultura, entre otros. La posibilidad de intervenir en el desenvolvimiento de la materia viva es, cada vez, mayor, pero con ello también aumentan los efectos que, por ahora, no son del todo predecibles y, por tal motivo, no siempre controlables.

Las inquietudes parten de las posibles consecuencias derivadas de la alteración de la biodiversidad y del equilibrio de los ecosistemas. De la modificación a la evolución natural de las especies y con ella poner en peligro la integridad y la supervivencia de algunos seres vivos.

Los transgénicos despiertan muchas inquietudes. Si bien es cierto que las aplicaciones en la agricultura han servido para evitar los estragos de ciertas plagas, para

reducir el tiempo de cosechas y aumentar o disminuir el tamaño de algunas especies vegetales, no está bien determinado si su ingestión puede producir algún perjuicio a largo plazo.

Es urgente que en cada país se cree la normativa encargada de proteger la biodiversidad y de controlar la utilización confinada de los organismos modificados genéticamente, así como de su liberación intencional en el medio ambiente.⁸

V. Administración de justicia

A) Derecho penal

El análisis de los genes de una persona también puede ser útil en la resolución de ciertos conflictos judiciales. Bajo la denominación de *biológicos*, estos análisis buscan vestigios en manchas de sangre, de espermatozoides, útiles en los casos de violación, saliva o cabellos, o auxilian en la identificación de personas vivas o de restos cadavéricos.

También existen bancos de datos genéticos de uso público, útiles para la criminología, en los cuales se recopilan desde huellas, fluidos y tejidos, hasta células que aportan interesantes datos.

Actualmente ya son numerosos los países que han desarrollado una legislación sobre el manejo del material genético en los procesos penales.

B) La prueba genética para la determinación de la filiación

También en procesos de determinación de la filiación, ya sea para constituirlos o negarla, el análisis del ADN resulta de gran importancia. Descubrir en el ADN de dos sujetos los indicadores suficientes para establecer la relación de maternidad o de paternidad puede cambiar el *status jurídico* de los sujetos de cuya información se trata.

Por un lado, se reconoce el derecho a obtener y difundir la verdad respecto a la filiación biológica para que coincida con la legal; pero por el otro, existe el derecho a la

preservación de la intimidad, del honor de la persona involucrada y en ocasiones hasta la paz familiar.

¿Es justificable la práctica de la prueba genética o se debe respetar, sobre todo, el derecho a la intimidad de la persona?

La persona tiene derecho a mantener una parte de su vida, incluidos sus datos genéticos, reservada del conocimiento de los demás, a no ser molestada en aquellos aspectos de su vida que desea mantener para sí. Cuando se conocen y divulgan los datos genéticos que la persona preferiría mantener ocultos se atenta contra su vida privada. Pero éste, como todos los demás derechos, no es ilimitado. Las intromisiones en la vida privada pueden justificarse, si con ellas se aseguran los derechos y libertades de los demás y la satisfacción de exigencias del orden público y el bien común.

Si bien es cierto que con la práctica de la prueba genética se podría afectar al derecho a la intimidad personal, también lo es que a través de ella es posible conocer la verdadera filiación biológica. Las ventajas para el hijo son enormes, pues le permiten establecer su filiación y las consecuencias jurídicas que se deriven de ella, derecho al nombre, a los alimentos, a la sucesión legítima. Además del hijo también debemos pensar en los derechos del padre biológico para vincularse con éste, darle su nombre, ocuparse de él.

El derecho a la intimidad personal y familiar no puede devenir en un límite infranqueable a la actividad probatoria y a la investigación judicial de la realidad; no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal porque se impongan limitaciones a los mismos.

Sin embargo, se debe actuar con precaución, no en todos los casos es recomendable la práctica de la prueba biológica, ésta debe limitarse a ciertos presupuestos y a determinadas circunstancias, para lesionar, lo menos posible, al sometido a ella y garantizar su mayor efectividad.

La realización de la prueba se justifica cuando persiga un fin concreto, demostrar que una persona es el padre o la madre de otra, cuando la paternidad o maternidad no se han establecido jurídicamente o cuando la establecida es falsa.

VI. Necesidad de una legislación

Resulta imprescindible revisar la oferta de la tecnología aplicada a la salud para lograr los mayores beneficios, pero, al mismo tiempo, se debe evitar, hasta donde sea posible, la deshumanización de la ciencia.

Los temas expuestos merecen –en razón de su complejidad y de su importancia para todos los seres humanos– una reflexión profunda. Por ello insistimos en que la debida información a la sociedad, seguida de un debate abierto y participativo, constituye un paso previo a la elaboración normativa y una vez que éstas se hayan elaborado se requiere de conocimientos básicos sobre estos temas que permitan una adecuada interpretación por parte de las autoridades judiciales.

Por lo pronto las líneas se dibujan en torno a cuatro temas sobre los cuales resulta urgente legislar:

- a) Manipulación genética.
- b) Tratamiento y protección de la información genética.
- c) Discriminación fundada en razones genéticas.
- d) Apropiación del material genético, comprendiendo el régimen de acceso.⁹

Los legisladores deberán actuar con gran sensibilidad para no dañar al individuo ni a la colectividad y respetar las tradiciones éticas y jurídicas de nuestra cultura y no únicamente desde las posibilidades de los biólogos y genetistas. También deberá tenerse en cuenta, para elaborar políticas genéticas, que la manipulación genética indiscriminada no garantiza la salud de las futuras generaciones, y que los genes no son nocivos o benéficos en términos absolutos sino en relación a un medio ambiente en particular en el cual el hombre puede intervenir, modificándolo a fin de lograr una población más sana.

Por ello considero la importancia de que cada vez más, en el mayor número de foros, se reflexione sobre estos temas. El análisis jurídico y la elaboración de normas especiales deben regular la moderna tecnología de manera que los derechos de los sujetos involucrados en los procesos como los ahora presentados sean garantizados en forma efectiva.

Conclusión

He tratado de presentar ante ustedes una panorámica de algunas de las implicaciones jurídicas generadas a partir de los cambios tecnológicos relacionados con el genoma humano. Resulta necesaria una legislación adecuada a los cambios, pero también resulta imprescindible que los miembros del poder judicial obtengan la información útil para la mejor interpretación de las leyes o, en caso de ausencia de la legislación precisa, buscar la integración cuando no exista la legislación precisa.

Referencias

¹ Romeo Casabona, Carlos María, *Del gen al derecho*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996, p.26

² Bergel, Salvador Darío, *Genoma humano*, p. 53.

³ Romeo Casabona, Carlos María, *Del gen al derecho*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996, p. 96.

⁴ Romeo Casabona, Carlos María, *Del gen al derecho*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996, p. 117.

⁵ Romeo Casabona, Carlos María, *Del gen al derecho*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996, pp.194-195.

⁶ *Idem*, p. 137.

⁷ Brena Sesma, Ingrid, *Comentario al artículo 154 del Código Penal para el Distrito Federal en Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, comentado y coordinado por Sergio García Ramírez, *et al*, pp. 181-191.

⁸ *Ídem*, p. 81.

⁹ *Ídem*, p. 68.

La medicina genómica y el derecho a la protección de la salud

*Gerardo Jiménez-Sánchez**

*César Lara Álvarez***

La medicina genómica

La secuenciación de los tres mil doscientos millones de nucleótidos o letras que forman la secuencia del genoma humano (A, C, G, T)¹, la generación del mapa que ubica a sus cerca de treinta mil genes, y el primer catálogo de genes que causan enfermedades humanas², son algunos de los resultados más relevantes del Proyecto del Genoma Humano (PGH). Estos avances científicos dieron lugar a la medicina genómica que toma un lugar protagónico en la esfera científica y la protección del derecho a la salud.

Hoy sabemos que los seres humanos compartimos cerca del 99.8% de la secuencia del genoma humano. El 0.2% restante varía entre cada individuo, siendo las más comunes aquellas variaciones en que cambia un solo nucleótido, es decir los polimorfismos de un solo nucleótido, conocidos como SNPs por sus siglas en inglés (*Single Nucleotide Polymorphism*). Se calcula que existen cerca de doce millones de

* Director General del Instituto Nacional de Medicina Genómica, México.

Presidente de la Comisión de Biotecnología de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

**Director de Enseñanza y Coordinador del Centro de Investigaciones sobre aspectos éticos, legales y sociales del Instituto Nacional de Medicina Genómica, México.

SNPs cuyas posibles combinaciones dan como resultado que cada miembro de la especie humana cuente con características genómicas únicas, es decir con individualidad genómica.

La medicina genómica es la disciplina que analiza las combinaciones en el genoma humano que permiten predecir rasgos que en algún momento podrían afectar la adaptación de un individuo al medio ambiente. Un individuo con ciertas características genómicas que le predispongan a determinada enfermedad como diabetes, tendrá mayor riesgo de padecer dicha enfermedad, siendo su estilo de vida y medio ambiente el factor determinante para retrasarla o evitarla. Por esta razón, el vertiginoso desarrollo de las ciencias genómicas ha recibido atención de diferentes organizaciones nacionales e internacionales, entre las que se incluye la Organización Mundial de la Salud (OMS), la cual estableció un Comité para evaluar el impacto de la medicina genómica sobre la salud pública. Los resultados de esta evaluación fueron presentados a través de un informe cuya conclusión principal versa sobre las grandes oportunidades que la medicina genómica ofrece para el cuidado de la salud³.

Resulta evidente que la medicina genómica enriquecerá de manera importante al abordaje clínico, es decir, será una herramienta que permitirá individualizar la práctica médica al aportar aspectos génicos en la causalidad de enfermedades; de tal forma que complementará a otros criterios e instrumentos con que cuenta actualmente la medicina. Es así que los estudios en medicina genómica toman en cuenta aspectos del medio ambiente que rodea al individuo con la finalidad de alejarse de la visión reduccionista, entendiendo que cada ser humano es individual, con su propia dignidad y cuyo entorno es diverso.

La tecnología genómica no intenta sustituir la práctica médica, como algunos piensan, al contrario, conlleva al fortalecimiento de la práctica clínica, en conjunción con otras áreas médicas, lo que ofrece grandes beneficios potenciales para la salud individual y colectiva que se requerirá para que los mexicanos puedan tener acceso a los beneficios de la medicina genómica. Esta nueva disciplina permitirá una práctica médica cada vez más preventiva. Ello contribuirá a mejorar la calidad de vida de los individuos y reducirá,

en el mediano y largo plazos, los gastos de atención a la salud, permitiendo una mejor distribución de recursos en el Sistema Nacional de Salud.

La aplicabilidad de la tecnología genómica radica en traducir los resultados de la investigación científica a la práctica clínica. De esta forma, la medicina genómica incluye el desarrollo de estudios de asociación genética en diversos padecimientos, además de investigaciones que abordan los aspectos ambientales, como el estilo de vida, con la finalidad de obtener información que permita una atención primaria a la salud oportuna y específica para cada individuo, la familia o la comunidad, a fin de evitar o retrasar la aparición de padecimientos comunes.

El desarrollo cabal de la medicina genómica, permitirá identificar a los individuos con riesgo a desarrollar enfermedades comunes antes de que aparezcan sus síntomas y así evitar o retrasar sus manifestaciones, complicaciones y secuelas; dará lugar a nuevas estrategias de tratamiento como la farmacogenómica que resultará en la aplicación de medicamentos más específicos, con mayor grado de efectividad y menos tóxicos, al dirigirse a la estructura genómica de cada individuo o población⁴; así como también el surgimiento de la proteómica que ayudará a establecer la relación entre las proteínas expresadas en las células en determinado momento, sus funciones y los procesos que desencadenan a las enfermedades comunes.

Así, la perspectiva de la medicina genómica se ha integrado de manera indispensable al cuidado de la salud en todas las áreas de la medicina, debido a que el conocimiento genómico, cuya certeza terapéutica se basa en la precisión del perfil genómico, conduce, a su vez, a una disminución en los gastos en la atención de salud y genera una economía basada en el conocimiento con nuevos bienes y servicios asociados al cuidado de la salud.

Medicina genómica y el acceso a la protección de la salud

El panorama de la atención en salud en México ha evolucionado a lo largo del tiempo adaptándose a los avances de la ciencia y la tecnología. En años recientes, la medicina genómica se ha desarrollado permitiéndonos analizar las combinaciones en el genoma humano y predecir ciertas susceptibilidades y/o respuestas a fármacos. Así, resulta importante el desarrollo de una plataforma nacional en medicina genómica que permita generar bases sólidas para constituirse como una de las mejores herramientas en la protección de la salud al desarrollar una práctica médica más individualizada, más predictiva y más preventiva. La medicina genómica se vincula con el derecho a la protección a la salud, que integra no sólo la idea de curar la enfermedad, sino de desarrollar y utilizar las herramientas para la prevención de la misma. Sin embargo, sus alcances e implicaciones generan nuevos retos tecnológicos, éticos, legales y sociales que habrán de tomarse en cuenta para su incorporación plena al sistema de protección social en salud de México.

El acceso a la protección de la salud se ha construido a partir de las demandas sociales, que se han modificado en los diferentes momentos históricos. La salud es un estado integral de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades⁵ y constituye un derecho humano fundamental⁶.

Alcanzar los niveles óptimos de innovación, investigación y desarrollo tecnológico en materia de medicina genómica permite redefinir el derecho a la protección de la salud mediante el compromiso gubernamental en la coordinación e inversión económica para la salud, así como en la creación de políticas públicas destinadas a hacer efectivo este derecho. En consecuencia, resulta fundamental que México adecue su entorno jurídico, político y cultural, para dar cabida plena a los retos y oportunidades que ofrece la medicina genómica.

Inicialmente el desarrollo del derecho a la salud en el seno de los organismos internacionales se enfocaba en la idea de curar la enfermedad y los gobiernos sólo cumplían con sus obligaciones haciendo frente a ciertos problemas de salud, a través de la beneficencia pública y regulando las relaciones laborales. Así pues, el derecho a la

salud no era protegido desde una visión integral, incluyendo una amplia gama de factores socioeconómicos y biológicos⁷.

Actualmente el concepto de derecho a la salud sintetiza, de forma general, el acceso y disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. Si bien erradicar la enfermedad por completo va más allá de las facultades y capacidades de cualquier Estado, la sociedad mexicana demanda cada vez mayor información relativa a los factores que influyen, afectan y causan las enfermedades.

Los adelantos de la biotecnología, especialmente en la medicina genómica, nos acercan a una nueva generación de conocimientos útiles en la identificación de los genes que confieren susceptibilidad o resistencia a las enfermedades comunes como asma, cáncer, diabetes y enfermedades cardiovasculares, entre otras. Este conocimiento generará la posibilidad de una práctica médica cada vez más individualizada, más preventiva y más predictiva⁸. En consecuencia, la protección del derecho a la salud habrá de integrar estas nuevas herramientas para la prevención de las enfermedades.

La medicina genómica como herramienta en el Sistema Nacional de Salud no sólo tendrá a corto plazo alcances en el desarrollo de la práctica médica, sino que además impactará de forma positiva en la economía y las políticas públicas de una manera muy importante, al tener un enorme potencial para disminuir los costos financieros y sociales en la atención a la salud. Principalmente, la medicina genómica podría cerrar la brecha entre países ricos y pobres mediante el incremento de la tecnología adecuada para las necesidades de cada población. Así, los países en desarrollo tendrían la oportunidad de ocuparse de sus retos sanitarios nacionales y depender cada vez menos de países más industrializados; aunque esto último cuestione las limitaciones económicas de los primeros, ya que el adelanto en el conocimiento genómico conlleva a un crecimiento económico y social a través de la enseñanza, la investigación, las incubadoras de empresas y la propiedad intelectual.

El derecho a la protección de la salud

El derecho a la protección de la salud por mucho tiempo no fue autónomo y se le vinculó con el derecho al trabajo y la seguridad social⁹. El término derecho a la salud resultaba ambiguo por ser relacionado con la idea de ser saludable, idea que sería imposible garantizar como derecho porque está relacionada con factores socio-económicos y genético-ambientales de los individuos y los grupos poblacionales.

A nivel internacional, se han comenzado a implementar algunas medidas jurídico-políticas a fin de lograr el desarrollo progresivo del derecho a la salud (Cuadro I). En este orden de ideas, el gobierno mexicano ha acertado al consagrar el derecho a la salud en el sistema jurídico mexicano¹⁰, aunque es preciso señalar que nuestra Constitución no adoptó la fórmula genérica derecho a la salud y la acotó por una redacción específica en donde se reconoce el derecho a la protección de la salud.

El panorama de la atención en salud en México ha sufrido modificaciones y ha evolucionado a lo largo del tiempo. Por ejemplo, en los años sesenta, se incrementaron los costos de atención y prácticamente toda la demanda de atención se encontraba centrada en los hospitales. Posteriormente, en los años setenta, se intentó hacer una aproximación a lo que sería el sistema de salud en México, haciendo énfasis en la atención primaria y teniendo como punto de partida la aparición de diversos programas de cobertura, dirigidos a la población desprotegida. Como resultado de estos esfuerzos, en 1984, entró en vigor la Ley General de Salud (LGS)¹¹. En esta ley se señaló la concurrencia entre la federación y los estados en materia de salud, de tal forma que los gobiernos de las entidades federativas coadyuvarán, en el ámbito de sus respectivas competencias y en los términos de los acuerdos de coordinación que se celebren con la Secretaría de Salud, a la consolidación y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud.

En el 2003, la atención de la salud se vio favorecida mediante la creación del Sistema de Protección Social en Salud¹², también conocido como Seguro Popular. La finalidad de este sistema ha sido mejorar el nivel de calidad disponible, garantizando a

toda la comunidad el acceso efectivo oportuno de calidad, sin desembolso al momento de utilización y sin discriminación, a los servicios médico-quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios (Figura 1).

Más adelante, el 20 de julio de 2004, se definió el desarrollo de una plataforma nacional en medicina genómica a través de la creación del Instituto Nacional de Medicina Genómica (INMEGEN)^{13,14}, con la adición de la fracción V bis al artículo 5 de la Ley de los Institutos Nacionales de Salud. El INMEGEN tiene entre sus atribuciones la regulación, promoción, fomento y práctica de la investigación y aplicación médica del conocimiento sobre genoma humano, obteniendo con ello protocolos de innovación tecnológica en cuanto a la elaboración de medios de diagnóstico, farmacogenómica, así como la realización de estudios e investigaciones clínicas, epidemiológicas, experimentales, de desarrollo tecnológico y básicas en las áreas de la genómica, para la comprensión, prevención, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, rehabilitación de los afectados, así como para promover medidas de salud^{15,16} (Cuadro II).

El INMEGEN comenzó, en junio de 2005, el proyecto Jornada Nacional para la elaboración del Mapa del Genoma de los Mexicanos, después de haber sido aprobado por sus comisiones de Investigación, Ética y Bioseguridad, cumpliendo así con la legislación nacional y los estándares éticos internacionales en materia de investigación. En este proyecto, participan más de 20 investigadores en las áreas clínica, analítica, jurídica y de bioinformática. El proyecto ha generado información acerca de la estructura genómica de la población mexicana, en una muestra de mestizos y grupos indígenas en diez entidades federativas¹⁷, y permitirá realizar un análisis inicial del grado de diversidad genómica entre las diferentes regiones, de gran importancia para el desarrollo de la plataforma nacional en medicina genómica¹⁸.

La comparación de la estructura genética de los mexicanos, con las estudiadas por el Proyecto Internacional del HapMap¹⁹, será de utilidad al orientar los esfuerzos sobre aquellas áreas de divergencia que requieran mayor grado de resolución, a diferencia de otras regiones en que las similitudes permitan emplear en la población mexicana las mismas aplicaciones clínicas. Sin duda, la rectoría del gobierno mexicano en el desarrollo

de una medicina genómica en la que participen los ámbitos científico, social y jurídico, es de gran relevancia para garantizar a toda la población el acceso a los beneficios derivados de la investigación científica en medicina genómica en México.

Aspectos éticos, legales y sociales de la medicina genómica y el derecho a la protección de la salud

El exitoso desarrollo en el saber genómico ofrece grandes oportunidades para la salud y la economía individual y colectiva, pero también ha planteado una serie de inquietudes y críticas sobre los alcances e implicaciones de la medicina genómica, abarcando algunos de los grandes retos éticos, legales y sociales. Si bien resulta importante reconocer estas implicaciones y analizar las mejores formas de enfrentarlas exitosamente, es prudente establecer un claro deslinde de otras importantes áreas de la investigación científica con las que no guarda relación. Es así que, la medicina genómica no guarda relación con la clonación de seres humanos, con la manipulación de células madre, con los procedimientos de reproducción asistida, ni tampoco con la manipulación de embriones humanos²⁰.

Como se ha descrito, la medicina genómica está dirigida al estudio de individuos ya nacidos, identificando predisposiciones genéticas a enfermedades comunes, a fin de formular recomendaciones sobre su estilo de vida, con el objetivo de retrasar o evitar la manifestación de estas enfermedades, respetando en todo momento los derechos humanos fundamentales. Lo anterior plantea, entre otras cosas, los retos y las necesidades de enfrentar las implicaciones éticas, legales y sociales (aspectos ELSI) inherentes al desarrollo científico y social que propone la medicina genómica.

Es así que el buen desarrollo de la medicina genómica requerirá de resolver exitosamente los retos relacionados con la equidad en el acceso a la información genómica y a los productos y servicios que se deriven de la medicina genómica. Este es uno de los grandes desafíos éticos y legales en este campo cuyo mayor reto es el definir cómo regular el uso de dicha información²¹, particularmente frente a corrientes de

pensamiento como el reduccionismo biológico, ante la posibilidad de que se interprete la enfermedad humana como defectos genómicos susceptibles de ser manipulados, dejando a un lado el contexto ambiental y humano del paciente.

Regulación internacional sobre la no discriminación por los rasgos genéticos

El 21 de mayo de 2008 en los Estados Unidos de América, el presidente George W. Bush firmó el *Genetic Information Non Discrimination Act of 2008* (Ley GINA). La Ley GINA es resultado del trabajo de trece años de investigación, debates y reuniones. Asimismo se fundamenta en dos reportes presentados por el diputado Louise Slaughter (1996 y 1998), en donde fueron documentados aproximadamente 750 casos de discriminación genética en el empleo y en los contratos de seguros médicos²².

El informe de 1998 concluyó que la información genética no encuentra protección bajo las líneas de la HIPAA (*The Health Insurance Portability and Accountability Act*), puesto que esta ley no prohíbe a las aseguradoras la posibilidad de requerir la prueba genética o de negar el servicio por motivos de algún tipo de información relativa a la condición genética de los asegurados.

El título VII del Acta de Derechos Civiles de 1964 (*Title VII of The Civil Rights Act*) señala como acto ilegal la discriminación a causa de raza, color, religión, sexo u origen nacional, sin embargo, su aplicación a la discriminación genética es limitada. Los congresistas que impulsaron el proyecto GINA realizaron dos audiencias en las que participaron diez investigadores de renombre, en diferentes áreas de conocimiento (medicina, leyes, biología, química y genética).

Los congresistas que votaron a favor de aprobar la Ley GINA, argumentaron que tal y como se encontraba la legislación norteamericana, existían vacíos legales por la ausencia de reglas claras a nivel federal (35 estados han aprobado leyes sobre discriminación genética en el empleo, mientras que 48 han aprobado leyes sobre discriminación genética en la contratación del seguro médico). Por tanto, GINA cubrirá los

vacíos existentes y salvaguardará los derechos fundamentales de privacidad y confidencialidad de los ciudadanos norteamericanos, en contra de intromisiones arbitrarias.

El objetivo de dicha Ley es aprovechar los avances en las ciencias genómicas evitando consecuencias adversas, GINA proporciona amplias protecciones en empleo y ventajas de salud contra la toma de muestras impropia, uso o revelación de la información genética de los empleados. La Ley GINA entrará en vigor el 21 de noviembre de 2009.

Retos de la medicina genómica y el derecho a la protección de la salud

Adecuar el entorno jurídico, político y cultural con la información que genera el genoma humano, representa un enorme reto para México, en primer lugar, redefiniendo algunos conceptos jurídicos como la intimidad genética²³, o información genómica²⁴; en segundo lugar, alcanzando los niveles óptimos de innovación, investigación y desarrollo tecnológico en materia de medicina genómica, lo cual nos permitirá redefinir el derecho a la protección de la salud, e inclusive otros derechos fundamentales²⁵. Por eso es importante delimitar los problemas que conlleva el descubrimiento de la información genómica, como el acceso a la misma, ya sea por las aseguradoras, para fijar el costo de los seguros de vida²⁶, o por los patrones, quienes podrían no contratar o excluir del programa de capacitación y adiestramiento a trabajadores con determinados perfiles genéticos a pesar de sus aptitudes profesionales²⁷.

Estos retos resultan de mucho mayor envergadura al incorporar los elementos relacionados con el derecho a la propiedad intelectual de los productos de la investigación genómica. Con el avance de las investigaciones sobre el genoma, puede visualizarse una novedosa fuente de beneficios económicos, derivados de la información genética en vista de su futura utilización para producir nuevos productos farmacéuticos vinculados con la salud humana. Este tema es de vital importancia puesto que se plantea el problema de la libertad de investigación y el derecho a beneficiarse económicamente de la misma,

posiblemente colisionando con otros valores considerados relevantes. Algunos de los nuevos fármacos más lucrativos del mercado son producidos con base en secuencias genómicas patentadas, derivados de un descubrimiento innovador y desarrollo industrial; por tanto, los intereses económicos en torno a la investigación genómica no deben ser desatendidos por el derecho²⁸.

Reflexiones finales

Erradicar la enfermedad por completo va más allá de las facultades y capacidades del Estado. El concepto de Derecho a la protección de la salud sintetiza, de forma general, el acceso y disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. Actualmente, la sociedad mexicana demanda mayor información relativa a los factores que influyen, afectan y causan las enfermedades.

El desarrollo de la medicina genómica constituye una herramienta fundamental en la atención de la salud contribuyendo al concepto de protección de la salud y en la implementación de medidas predictivas y diagnósticas. Es así que, para llegar a niveles óptimos en salud pública es necesario conocer aspectos más específicos sobre los componentes del proceso salud-enfermedad y apoyar a la población en la toma de decisiones relacionadas con su propia salud y la de su familia. La medicina genómica contribuirá al desarrollo de la investigación y aplicación clínica en materia de medicina genómica.

Por ello, en un futuro próximo el sistema de protección en salud deberá cambiar e incluir nuevas estrategias y objetivos, incluyendo el desarrollo de la investigación científica para potenciar el derecho a la protección de la salud. En este sentido, el Programa Nacional de Salud 2007-2012 ha encauzado el rumbo al establecer diez estrategias, contemplando diversas líneas de acción y metas específicas (Cuadro III).

La clara vinculación entre el derecho a la protección de la salud y el derecho al desarrollo de la investigación científica resulta evidente y de la mayor importancia. El espíritu para la creación de nuevas y mejores tecnologías se ha manifestado de diversas formas; son claros los avances científicos que han permitido disminuir o aliviar el sufrimiento humano causado por múltiples enfermedades; de tal forma, en diversos documentos legales internacionales se ha reconocido la libertad para la investigación científica y para la actividad creativa, como un derecho humano, tal y como se establece en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁹.

La investigación científica resulta un medio indispensable para diseñar políticas públicas en salud que contribuyan a atender en forma efectiva las necesidades de salud de los individuos. Lo anterior, siempre con apego estricto a los aspectos éticos y metodológicos destinados a evitar que los sujetos que participan de los proyectos de investigación sean sometidos a riesgos excesivos o innecesarios.

En conclusión, la investigación científica en salud es compleja y adquiere contenido cuando se prohíbe la investigación abusiva, se protege a los participantes en proyectos de investigación abusiva, y se contribuye a la reducción de las inequidades financieras y sociales en el acceso a los servicios de salud. Esto implica, entre otras cosas, realizar investigaciones en medicina genómica relevantes para atender los problemas y necesidades sanitarias más apremiantes de nuestra nación, generar recursos humanos y materiales a nivel local y garantizar, mediante la infraestructura legal y política, el acceso a los productos y servicios fruto de la investigación, especialmente a los diagnósticos y fármacos que benefician a la población mexicana. Así, la generación de nuevas evidencias científicas en el área de la medicina genómica permitirá el mejor desarrollo de políticas públicas en salud en beneficio de las sociedades contemporáneas.

CUADRO I

El Comité Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), ha impuesto a los Estados la adopción de las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles, a fin de lograr el desarrollo progresivo del derecho a la salud. Cada Estado asume obligaciones generales y específicas que se deben traducir en acciones concretas.

OBLIGACIONES GENERALES

Tipo de obligación

Significado de la obligación

Obligación de respetar

Facilitar el acceso a los bienes y servicios de salud sin discriminación. La medida más viable es por medio del sistema de seguridad social, sujeto a determinantes restricciones, en donde la obligación de sostener el sistema se encuentra equivalentemente distribuido en tres sectores (trabajadores, patrones o empleadores y Estado).

Obligación de proteger

Adoptar leyes e instrumentos jurídicos para vigilar que los servicios relacionados con la salud sean accesibles y de calidad. Además se debe regular la comercialización de equipo médico y medicamentos. El Estado debe exigir que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología

Obligación de cumplir

Reconocer el derecho a la salud en los sistemas políticos, mediante un plan detallado para el ejercicio de este derecho. Se deben crear programas de vacunación, así como la infraestructura sanitaria que cubra todas las zonas del país. Otras medidas adicionales son las campañas de información sanitaria de diversa índole (SIDA/VIH, salud sexual, enfermedades pandémicas) y la creación de instituciones de fomento educativo e investigación en salud (Institutos Nacionales de Salud).

OBLIGACIONES ESPECÍFICAS

Tipo de obligación	Significado de la obligación
Disponibilidad	<p>Contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como también de programas sagitarios. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular del nivel de desarrollo del Estado Parte.</p> <p>La accesibilidad presenta cuatro dimensiones.</p>
Accesibilidad	<p>Nos discriminación .Establecimientos, bienes y servicios de salud accesibles a toda la población, en especial a los sectores más vulnerables.</p> <p>Accesibilidad física. Distribución geográfica adecuada para todos los sectores de población (zonas urbanas y rurales), la accesibilidad comprende el accenso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.</p> <p>Asequibilidad. Aplicar el principio de justicia distributiva, vinculando el poder adquisitivo de cada individuo con los gestos que se deban erogar. En este sentido la carga de los gastos de salud no debe recaer desproporcionalmente sobre los hogares más pobres</p> <p>Acceso a la información. Derecho a solicitar recibir y difundir información relativa a la salud, sin menoscabar la protección y confidencialidad de los datos personales.</p>
Aceptabilidad	<p>Los profesionales sanitarios deben ser respetuosos de la ética medida y de la cultura de las personas, los pueblos y las comunidades, ademas de atender a condiciones particulares de género y edad, así como de minoritarios.</p>
Calidad	<p>El sistema sanitario debe ser apropiado y de buena calidad, lo que requiere de investigación solida y personal capacitando, ademas de medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados.</p>

Fuente: Observación General No14(2000), del 11 de agosto de 2000, del 11 de agosto del 2000, relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posio de salud. Disponible en:

***[http://unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/HRI.GEN.1.Rev.7.Sp?Opendocument](http://unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/HRI.GEN.1.Rev.7.Sp?Opendocument).

CUADRO II

El Estudio de factibilidad para el establecimiento de la medicina genómica en México, generó una síntesis de las principales aspiraciones que México tiene en esa disciplina

1. Una medicina genómica que contribuya a una práctica médica más individualizada, más predictiva y más preventiva.
2. Que impulse el desarrollo científico y tecnológico de México.
3. Que desarrolle nuevas oportunidades de tratamiento como la farmagenómica.
4. Que permita ahorros significativos en la atención a la salud.
5. Que impulse la producción de nuevos bienes y servicios relacionados con el cuidado de la salud.
6. Que cuente con un marco ético y legal adecuado para su desarrollo.
7. Que divulgue la información precisa y confiable al público.

Fuente: www.inmagen.gob.mx

CUADRO III

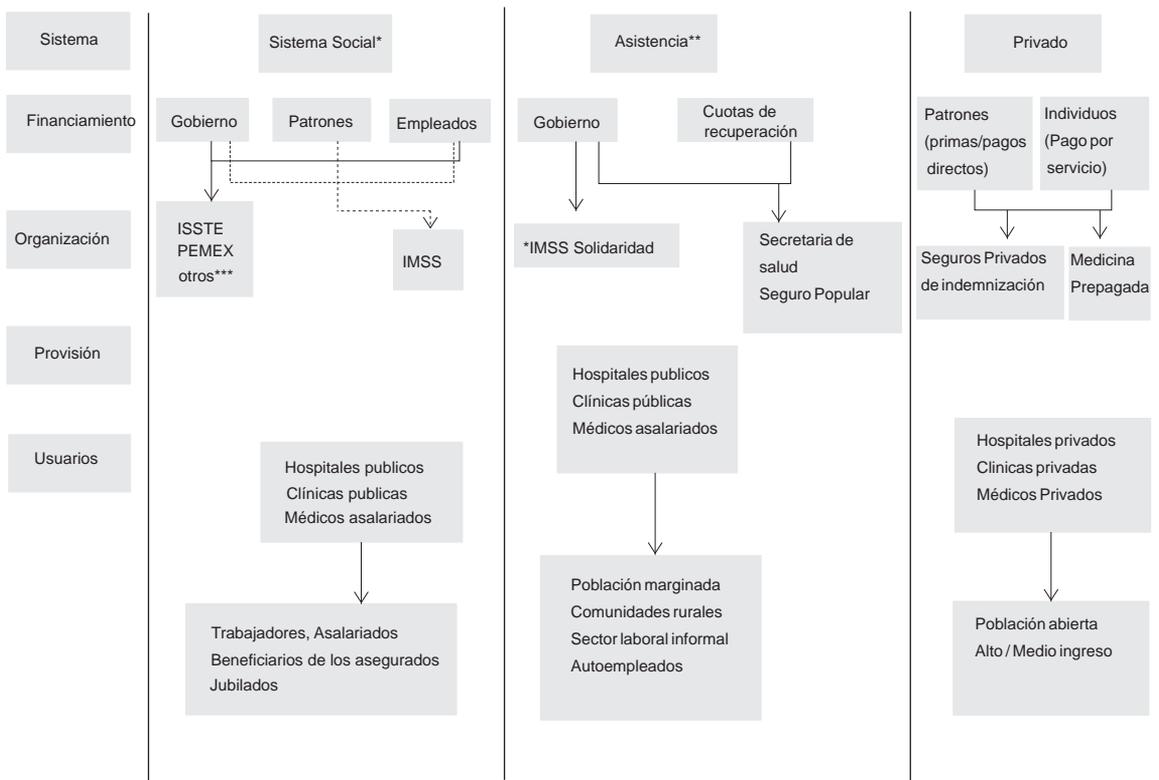
Áreas estratégicas del Programa Nacional de Salud 2007-2012. Por un México sano: construyendo alianzas para una mejor salud

1. Fortalecer y modernizar la protección contra riesgos sanitarios.
2. Fortalecer e integrar las acciones de promoción de la salud y prevención y control de enfermedades.
3. Situar la calidad en la agenda permanente del Sistema Nacional de Salud .
4. Desarrollar instrumentos de planeación, gestión y evaluación para el Sistema Nacional de Salud.
5. Organizar e integrar la prestación de servicios del Sistema Nacional de Salud.
6. Garantizar recursos financieros suficientes para llevar a cabo las acciones de protección contra riesgos sanitarios y la protección de la salud.
7. Consolidar la reforma financiera para hacer efectivo el acceso universal a los servicios de salud.
8. Promover la inversión en sistemas, tecnologías de la información y comunicación que mejoren la eficiencia y la integración del sector.
9. Fortalecer la investigación y la enseñanza en salud para el desarrollo del conocimiento y los recursos humanos.
10. Apoyar la prestación de servicios de salud mediante el desarrollo de la infraestructura y el equipamiento necesarios.

Fuente: *Programa Nacional de Salud 2007-2012*, Secretaría de Salud. Poder Ejecutivo Federal, México, 2007.

Estructura del Sistema de Salud en México

Los objetivos del Sistema de Salud, de acuerdo con el Plan Nacional de Salud 2001-2006, se cumplen mediante el desempeño de cuatro funciones básicas: la presentación de servicios, el financiamiento de servicios, la retoria del sistema y la generación del recursos para la salud.



*Incluye IMSS, ISSSTE, PEMEX, SEDENA, SM.

**Incluye SSA. IMSS-Solidaridad

***Aportación bipartita

Fuente: Plan Nacional de Salud 2001-2006, Primera Edición 2001, Secretaría de Salud México, D.F. pág. 60. (Modificado)

Referencias

¹ Finishing the euchromatic sequence of the human genome, *Nature* 431, 2004, pp.931-945.

² Jiménez-Sánchez, G., Childs, B., Valle, D., Human disease genes, *Nature* 409, 2001, pp. 853-855.

³ Genómica y Salud Mundial, Informe del Comité Consultivo de Investigaciones Sanitarias, Organización Mundial de la Salud (OMS), 111ª Reunión General, Ginebra, Suiza, 2002. Disponible en.: <http://www.who.int/topics/genomics/es/>

⁴ Seguin, B., Essajee, G., Jiménez-Sánchez, G., Singer, P., Daar, A., Human Genomic Variation Studies and Pharmacogenomics are Critical for Global Health, en *Pharmacogenomics in Admixed Populations*, Ed. G. Suárez-Kurtz, Bandes Bioscience. Brasil, 2007.

⁵ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, 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. Entró en vigor el 7 de abril de 1948. Disponible en: <http://www.who.int/governance/eb/constitution/es/>

⁶ Uno de los primeros textos, de naturaleza no vinculante, que hace patente esta circunstancia fue la Declaración de Alma Ata, que señala expresamente el carácter de derecho humano fundamental. Disponible en: http://www.paho.org/Spanish/dd/pin/alma-ata_declaracion.htm

⁷ Es interesante señalar que organismos internacionales con gran valor moral y doctrinal han realizado una interpretación global del derecho a la salud. El Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité PIDESC), dependiente de la ONU, emitió la Observación General N° 14 (2000), el 11 de agosto de 2000, relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. En ella se señala, en el punto número 4, que el derecho a la salud no se limita al derecho a la atención de la salud, puesto que abarca una gama de factores socioeconómicos y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación, la nutrición y un medio ambiente sano. Disponible en: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/HRI.GEN.1.Rev.7.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/HRI.GEN.1.Rev.7.Sp?Opendocument)

⁸ Jiménez-Sánchez G, Programa de Trabajo del Instituto Nacional de Medicina Genómica 2004-2009, Fundación Mexicana para la Salud, México, 2004, p.14.

- ⁹ En la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) de 1948 se fijaron algunas previsiones de tipo declarativo, entre las que destaca que *los Estados estaban de acuerdo en la conveniencia de desarrollar una legislación social sobre la base de que todos los seres humanos tienen el derecho de alcanzar su bienestar material y su desarrollo espiritual*. De esta manera, el trabajo debería desempeñarse en condiciones que aseguraran la vida, la salud y un nivel económico decoroso.
- ¹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma que adiciona el tercer párrafo al artículo 4º constitucional: *Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución*. Diario Oficial de la Federación, tres de febrero de 1983.
- ¹¹ Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984.
- ¹² Reformas a la Ley General de Salud, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 15 de mayo de 2003.
- ¹³ Reformas a la Ley de los Institutos Nacionales de Salud, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 20 de julio de 2004. (Artículo 5, Fracc. V bis).
- ¹⁴ Jiménez-Sánchez, G., Valdés Olmedo, J., Soberón, G., *El Instituto Nacional de Medicina Genómica. Este país 141*, México, 2002, pp. 50-56.
- ¹⁵ Jiménez-Sánchez, G., *Developing a platform for genomic medicine in Mexico, Science 300*, 2003, pp. 295-296.
- ¹⁶ Jiménez-Sánchez, G., Valdés Olmedo, J., Soberón, G., *Desarrollo de la medicina genómica en México. Este país 139*, 2002, pp. 17-23.
- ¹⁷ Los estados en donde se realizó la toma de muestras biológicas en población mestiza fueron: Guanajuato, Guerrero, Sonora, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán y Zacatecas. Adicionalmente en Campeche, Durango y Oaxaca se realizó, junto a la jornada de población mestiza, la toma de muestras de población indígena.
- ¹⁸ Hidalgo-Miranda, A., J.K. Estrada-Gil, I. Silva-Zolezzi, L., Uribe-Figueroa, A., Contreras, L., Del Bosque-Plata, C., Lara Álvarez, R., Goya, J.C., Fernández-López, E., Hernández-Lemus, et al, *The Mexican Genome Project: Analysis of genomic variability in Mexican Mestizo Populations. Submitted for publication*.

- ¹⁹ The International HapMap Consortium. *A haplotype map of the human genome*. *Nature* 437, 2005, pp. 1299-1320.
- ²⁰ Jiménez-Sánchez G., Lara Álvarez C.F., *Retos bioéticos de la medicina genómica*, en Brena Sesma I. (Coord.). *Panorama internacional en salud y derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2007, p. 397.
- ²¹ Bolis, M., *Marco jurídico del genoma humano en las instituciones nacionales de salud*, en Muñoz de Alba Medrano, M. (Coord.), *Reflexiones en torno al derecho genómico*. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, p. 18.
- ²² Los reportes fueron incluidos en la exposición de motivos de la *Ley GINA* como casos que llegaron a la Corte como *Norman-Bloodsaw Vs. Lawrence Berkeley Laboratory* (135 F.3d 1260, 1269 (9th Cir. 1998)). Marzo 29, 2007.
- ²³ El derecho a la intimidad genética implica la facultad del titular de exigir la intervención de los poderes públicos para proporcionar una efectiva protección a la información genética y se puede definir el derecho a determinar las condiciones, límites, y formas de recolección, tratamiento, utilización y conservación de la información genética de una persona o grupo de individuos. Véase Arellano Méndez A. *Some reflections on information and genetic privacy*, *Comparative Media Law Journal*, Konrad Adenauer Foundation 40, México, julio-diciembre 2005.
- ²⁴ La información genética es el conjunto de datos de origen y naturaleza genética que se asentarán necesariamente en un soporte determinado, bien puede ser un archivo manual o un banco de información específico. Véase Muñoz de Alba Medrano, M., *La información genética, espejo de uno mismo*, en Martínez Bullé Goyri V. M., *Diagnóstico genético y derechos humanos*, UNAM, México, 1998. P. 182.
- ²⁵ Desde 1997 se han abordado algunos derechos relativos a la investigación del genoma humano. Véase la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos de la UNESCO, aprobada el 11 de noviembre de 1997 por la Conferencia General en su 29ª reunión por unanimidad y por aclamación: constituye el primer instrumento universal de protección de derechos en el campo de la biología.
- ²⁶ Romeo Casabona C. M., *Del gen al derecho*, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 1996. Pp. 330 y ss.
- ²⁷ Kurczyn Villalobos, P., *El trabajador frente al genoma humano*, en Muñoz de Alba Medrano, M. (Coord.), *Reflexiones en torno al derecho genómico*. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pp. 176-177.

²⁸ Martín Palma, E. *Patentes de materia viva*, en *Entre el nacer y el morir*, Granada, Comares, 1998, p. 165.

²⁹ Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, que entró en vigor en 1976.

Perspectivas de la biotecnología en la salud

*Xavier Soberón Mainero **

Resumen

A partir del descubrimiento de la estructura del material genético –ácido desoxirribonucleico o ADN– en 1953, se empezaron a establecer las bases científicas necesarias para la utilización cada vez más intensa y racional de los seres vivos. A mediados de los años 70 se realizaron otros descubrimientos cruciales que dieron origen a las técnicas de ADN recombinante o ingeniería genética. A partir de esas fechas es posible introducir material genético de unos organismos en otros, salvando una barrera que rara vez se cruza en el medio natural y que permanecía inaccesible a las modificaciones introducidas por el hombre. En virtud del avance de estas metodologías, en el último cuarto del siglo XX, las ciencias biológicas experimentales prácticamente se han revolucionado. Hoy día los genes se pueden aislar y amplificar –obtener múltiples copias–, secuenciar –leer su código–, expresar con intensidad –hacerlos funcionar y

* Investigador titular, Instituto de Biotecnología, Universidad Nacional Autónoma de México.

obtener sus productos–, desactivar –para ver qué sucede cuando faltan– y detectar con sensibilidad y especificidad –para reconocer especies y enfermedades genéticas.

Paralelamente nace lo que se ha conocido como biotecnología moderna, es decir, la biotecnología que se apoya en los descubrimientos más recientes, con enfoques a nivel molecular, y con una descripción mucho más precisa de los componentes involucrados. La biotecnología moderna constituye una de las herramientas más poderosas para satisfacer las necesidades humanas en campos tan diversos como la salud, la agricultura, la industria química o la generación de energía. La misma tecnología, como se verá más adelante, ha permitido un avance fenomenal en la capacidad indagatoria de la ciencia, y pudiera plantear, incluso, una sacudida a la misma antropología contemporánea.

Tres etapas en la biotecnología moderna

Las primeras aplicaciones de la biotecnología moderna se vieron precisamente en el campo de la salud: se trata de las proteínas humanas producidas en bacterias, tales como la insulina, la hormona de crecimiento y los factores de crecimiento celular. En la actualidad estos productos, base de los nuevos medicamentos biotecnológicos, se cuentan por decenas, con cientos más en proceso de desarrollo. Todas las grandes compañías farmacéuticas, incluidos los gigantescos consorcios que resultaron de las fusiones de la última década del siglo pasado, tienen equipos de investigación y desarrollo enfocados a este tipo de aplicaciones, que constituyen el segmento de mayor crecimiento de la industria farmacéutica.

Hacia los años 90 del siglo XX, empiezan a cobrar gran relevancia las aplicaciones biotecnológicas en el ámbito agrícola. Los retos técnicos que plantea el trabajo con plantas, incluyendo su largo tiempo de generación, y su mucho mayor complejidad al compararse con los microorganismos usados en las aplicaciones médicas, entre otros, retrasaron varios años el desarrollo de este campo. En contraste con la buena acogida de que gozaron las aplicaciones farmacéuticas originales, la tecnología de las plantas transgénicas, orientada a aumentar la productividad y posteriormente, los valores

nutricional y organoléptico –sabor, aroma, textura, color– de los productos agrícolas, encuentra una reacción social en contra de estas aplicaciones, en particular en el continente europeo.

En una tercera etapa, cuya consolidación está ocurriendo hoy día, la tecnología biológica está encontrando nuevas aplicaciones en el sector de la industria química. Específicamente, se están adaptando procesos biológicos para la obtención de productos químicos en general. Esta nueva etapa augura la inserción de la biotecnología para la disminución del impacto ambiental de los procesos de manufactura, así como la obtención de productos y materiales con características mejoradas de pureza y biodegradabilidad.

En el campo de la salud, además de los medicamentos biotecnológicos propiamente dichos, destaca una renovada capacidad para desarrollar vacunas, así como sistemas para el descubrimiento y valoración de medicamentos, aunada al diagnóstico genético –hoy día, genómico, como ha sido explicado en otra intervención del seminario– e, incluso, los xenotrasplantes.

Analicemos con un poco más de detenimiento la terapia génica que es, sin duda, una de las más importantes posibilidades de la biomedicina contemporánea, y de las que mayor controversia puede generar. La terapia génica consiste en la sustitución –o adición– de genes a las células del propio sujeto, de manera que se restituya la función defectuosa causante de la enfermedad.

Este procedimiento se puede considerar el ideal de la intervención médica, porque se ataca la causa misma de la enfermedad. Aunque son relativamente pocos los padecimientos para los cuales es factible hoy día concebir un procedimiento de terapia génica, su número es importante y puede ir creciendo. En este campo es crucial distinguir entre los dos tipos fundamentales de terapia génica: la somática y la de línea germinal.

En la primera, las células que se modifican y reimplantan en un individuo son células del cuerpo –somáticas– tales como hígado, páncreas o médula ósea. Las modificaciones genéticas de estas células, por tanto, no se heredan a su descendencia. En contraste, la

terapia génica de línea germinal consistiría en la modificación de células embrionarias por ejemplo, células troncales –de manera que el nuevo individuo que surgiera del embrión ya desarrollado contendría la modificación, y ésta se heredaría a través de los gametos –óvulos o espermatozoides– que produjera. Huelga decir que en la actualidad todos los protocolos aprobados en humanos son de terapia génica somática.

La terapia génica de línea germinal es hipotética en los humanos, pero se practica, no como técnica curativa, sino de investigación y para la producción de fármacos, en animales de laboratorio. Estos animales transgénicos son prueba de que es posible hacer dichas modificaciones, y también de lo errático del procedimiento y de lo defectuosos que invariablemente resultan los animales obtenidos por estos métodos, que son inevitablemente de clonación.

Argumentos en pro y en contra de las aplicaciones biotecnológicas

En el debate sobre el empleo de la biotecnología, y creo que también en los antecedentes para legislar o interpretar la ley en este campo, vale la pena distinguir diferentes categorías argumentales. Un primer grupo lo constituyen los argumentos intrínsecos, que consideran a la ingeniería genética como inherentemente incorrecta o reprobable. Otros argumentos son los extrínsecos, no reprueban la tecnología en sí, sino se enfocan en sus consecuencias.

Los argumentos intrínsecos, entre los que se encuentran los de origen religioso –que típicamente surgen de convicciones profundamente arraigadas y de difícil discusión– reprueban el carácter antinatural de las manipulaciones genéticas, así como su falta de respeto por los organismos manipulados o por el entorno. Para singularizar a la ingeniería genética, se arguye que el trasplante de genes entre especies es una intervención demasiado drástica, que interfiere con la naturaleza misma de la materia viviente. Otro argumento intrínseco importante es el que condena el reduccionismo en el que los seres vivos, se dice, son considerados como un conjunto de reacciones químicas

manipulables. Esta visión también está conectada con las inquietudes de tipo ecológico que preconizan el respeto a todos los seres vivos y sus interrelaciones como algo que merece protección, de alguna manera extendible desde los derechos que se otorgan a los humanos.

Aunque los argumentos intrínsecos están presentes en muchas de las discusiones, es probable que las sociedades contemporáneas sean más receptivas a los de tipo extrínseco, en los que se atiende más bien a las consecuencias –específicamente, los riesgos– derivadas de las manipulaciones. Pero, asumiendo que no es posible asegurar que la implementación de una determinada tecnología tendrá un riesgo de cero, se requiere sopesar los pros y los contras y hacer una especie de aritmética ética.

Otro aspecto del debate que sospecho es, en el fondo, el predominante, es el que se refiere a las implicaciones económicas, políticas y sociales de las aplicaciones biotecnológicas. No es sorprendente que la legislación que regula y limita las aplicaciones agrícolas haya surgido con mayor intensidad en el continente europeo, estimulada por la presión de los grupos de agricultores que ven amenazada su fuente de subsistencia con la entrada de variedades de cultivo potencialmente superiores –al menos comercialmente y en el corto plazo– a las tradicionales.

Más allá de la medicina

Para concluir, me gustaría plantear un asunto que puede, sin duda, imbricarse con los aspectos médicos de la biotecnología, pero que en realidad los trasciende, y que creo que también tendrá un profundo impacto en nuestras culturas. El aumento exponencial del poder de indagación en la ciencia biológica promete contribuir con nuevos conceptos en áreas previamente reservadas a los terrenos filosóficos. Es notable que formemos parte de la primera generación que puede acceder a un conocimiento relativamente sólido sobre la dimensión biológica de la naturaleza humana. Me refiero a descubrimientos como el realizado hace pocos años, de manera casual, cuando se analizaban los efectos de inactivar ciertos genes sobre la función de células nerviosas de ratón. Como suele

ocurrir, al eliminar la presencia de un gene en particular –denominado FosB, un gene de control–, los ratones así alterados no mostraban cambios aparentes en su fisiología o su comportamiento general, pero resultó muy difícil obtener descendientes de estos ratones. La observación cuidadosa de los animales de laboratorio mostró que las hembras alteradas tenían un comportamiento normal para el apareamiento y alumbramiento, pero habían perdido el instinto materno que las llevaba a cuidar y amamantar a sus cachorros. En efecto, el análisis fisiológico demostró que el gene alterado entraba en acción, en animales normales, después del parto. Cuando se preguntó al jefe del laboratorio que realizó esta investigación si ocurriría lo mismo en los humanos, contestó que no sabía, pero que, de seguro, nuestra especie tiene genes homólogos al FosB.

Se podrían citar ejemplos similares en áreas tales como la propensión al alcoholismo, los condicionantes de la orientación sexual, de la depresión o de la inclinación a actividades arriesgadas, el significado genético de las razas humanas, la antigüedad de nuestra especie y su relación con otros homínidos, entre otras muchas.

Aunque estemos lejos de tener respuestas definitivas, creo que las implicaciones de este tipo de investigaciones son de enorme trascendencia, e ilustran cómo las herramientas de la biotecnología moderna propiciarán, sin duda, un cambio cualitativo en cuanto a la comprensión de los factores que condicionan nuestro funcionamiento, no sólo en términos fisiológicos o patológicos, sino también en relación con nuestra historia evolutiva, y en aspectos fundamentales de nuestro comportamiento.

CAPÍTULO 14

Adecuaciones al marco jurídico vigente y elementos de Derecho comparado

Dr. Manuel H. Ruiz de Chávez

Dr. Gonzalo Moctezuma Barragán

Reformas, adiciones y modificaciones a la Ley General de Salud

*Dr. Manuel H. Ruiz de Chávez **

*Dr. Alejandro del Valle Muñoz ***

El contexto y las bases

El hombre, como cualquier organismo vivo, por definición se encuentra inmerso en el proceso salud-enfermedad. Pero a diferencia del resto de los organismos que habitan nuestro planeta, hasta donde sabemos únicamente él construye respuestas socialmente organizadas para enfrentar dicho proceso. De esta forma, el fenómeno salud-enfermedad conjuga la expresión biológica más determinante, universal y objetiva, con diversos aspectos de orden social, incluso subjetivos como los valores o las concepciones del mundo, siempre acotados por las variables tiempo, contexto y lugar.

El ser humano, gregario por naturaleza, ha requerido, entonces, de la regulación de la existencia social, y como se señaló en nuestro primer módulo, esa es la tarea central del derecho, que no es otra cosa que el conjunto de normas jurídicas que rigen y hacen posible la vida, a través de la regulación de la conducta individual y colectiva para,

* Presidente de la Fundación Mexicana para la Salud y Vicepresidente de la Academia Nacional de Medicina de México.

** Consultor para Educación y Promoción de la Salud. FUNSALUD.

finalmente, facilitar y asegurar la convivencia social. En este caso, por supuesto, analizaremos lo relativo a la legislación en materia de salud.

La Ley General de Salud

En nuestro país, hace poco más de dos décadas, esta regulación se promulgó de manera explícita en razón de la necesidad de proteger universalmente la salud, por lo que fue consagrada como un derecho humano fundamental en nuestra Carta Magna.

Así, el 3 de febrero de 1983 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la adición del párrafo tercero al artículo 4o. Constitucional, a través del cual se estipula que toda persona tiene derecho a la protección de la salud y que será la Ley la que definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, además de establecer la participación concurrente de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. De esta forma se elevó a rango constitucional el derecho social a la protección de la salud y se dio paso a una nueva legislación sanitaria en México.

En consecuencia, el 26 de diciembre de 1983 el Congreso de la Unión aprobó la Ley General de Salud, reglamentaria del párrafo tercero del artículo 4o. constitucional antes mencionado, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación en febrero de 1984, entrando en vigor a partir del 1o. de julio del mismo año.

En dicha Ley se perfilaron los elementos centrales para el acceso a los servicios de salud; la estructura operativa del Sistema Nacional de Salud y el establecimiento de competencias entre la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Esto último es esencial ya que si bien doctrinariamente han existido divergencias entre los especialistas sobre la naturaleza jurídica del derecho a la protección de la salud, precisamente la Suprema Corte de Justicia, en su momento, lo definió como una garantía individual, lo que implica que el sujeto obligado a su cumplimiento es el Estado, de ahí que sea materia concurrente entre la Federación y las entidades federativas. Asimismo, de conformidad con la legislación vigente y bajo la interpretación de la Suprema Corte de Justicia, todas las personas tienen derecho a recibir todos los servicios de atención

médica que sean necesarios para satisfacer eficaz y oportunamente sus necesidades de salud específicas, así como al suministro de los medicamentos esenciales que les brinden la mejor alternativa terapéutica, definida como aquella que otorga una mayor calidad y cantidad de vida.

En este contexto, si bien es cierto que el derecho es el mundo del “*deber ser*”, también lo es que la rapidez de los cambios sociales, científicos y técnicos imponen a los legisladores, profesionales de la salud y a quienes diseñan y aplican las normas, su revisión y actualización sistemáticas.

Así, en materia de salud, esta dinámica se acentúa en virtud de los constantes adelantos e innovaciones tecnológicas que día con día se ponen en juego, y que potencian su alcance y distribución con la globalización, lo que propicia en los individuos y grupos sociales incluso la adopción de conductas que antes les eran extrañas.

La Ley General de Salud no ha sido una excepción en este sentido y ha sufrido reformas, cambios y adiciones importantes, que han ido adecuando su cuerpo normativo a la nueva realidad social que, hoy más que nunca, se modifica incesantemente.

Reformas, cambios y adiciones

Los elementos torales que han orientado la dirección de las reformas, cambios o adiciones pueden observarse desde una doble perspectiva: desde la óptica propiamente de la regulación jurídica y desde el punto de vista de la salud pública y la medicina. En el primer caso, desde el plano jurídico, la Ley contiene normas que, para efectos de esta presentación, podemos agrupar de la siguiente manera:

1. Reformas que otorgan atribuciones o facultades a las autoridades sanitarias.
2. Reformas que imponen obligaciones o prohibiciones a quienes ofrecen bienes o prestan servicios en materia sanitaria.
3. Reformas que reconocen derechos de los gobernados.
4. Reformas que tipifican conductas como delictivas o establecen sanciones respecto de conductas ya tipificadas.
5. Reformas que definen, aclaran o precisan conceptos o políticas públicas.

Desde luego existe la posibilidad, más que frecuente, de que una sola reforma legal incorpore modificaciones que, a la vez, otorgan facultades a las autoridades, imponen obligaciones a los prestadores de servicios o a quienes ofrecen bienes, estipulan derechos de los gobernados, establecen sanciones o tipifican conductas, y definen, aclaran o precisan conceptos o políticas públicas en la materia.

En el segundo caso, en el ámbito de la salud pública, los cambios se han expresado en cuatro órdenes básicamente:

1. En el control sanitario de ciertas actividades, productos y servicios que inciden directa o indirectamente en la salud individual y colectiva;
2. En el impulso a la promoción de hábitos de vida saludable y la eliminación de elementos nocivos o perniciosos para la salud;
3. En torno a la prevención de accidentes, y, finalmente;
4. En cuanto a la protección social en salud.

A) Reformas, cambios y adiciones desde la perspectiva jurídica

Desde su aprobación en 1983 y hasta octubre del presente año, la Ley General de Salud ha sufrido más de cuarenta cambios (entre reformas, adiciones y modificaciones). Si bien la perspectiva jurídica es ajena a mi competencia, sólo me permitiré, dada su importancia, referir dos aspectos de manera muy sintética ya que, además, enseguida el doctor Gonzalo Moctezuma Barragán, verdadero experto en este terreno, tocará este punto.

Como mencionamos antes, las reformas desde el punto de vista jurídico se pueden agrupar bajo diversos conceptos; aquí nada mencionará unos cuantos ejemplos que aluden a las reformas que otorgan atribuciones o facultades a las autoridades sanitarias y a las que reconocen derechos de los gobernados.

En el primer caso, las reformas que otorgan atribuciones o facultades a las autoridades sanitarias, podemos mencionar las publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 1987, en donde se precisaron actividades de vigilancia epidemiológica; se estableció el Programa y el Registro Nacional de Trasplantes y Donaciones de Órganos y Tejidos y se creó el Programa y el Consejo Nacional Contra las

Adicciones. Asimismo, las reformas del 15 de mayo de 2003, mismas que concedieron atribuciones a la Secretaría de Salud en materia de protección social en salud en, función de las que, fue creado el Consejo Nacional de Protección Social en Salud.

En el caso de las reformas que reconocen derechos de los gobernados, podemos referir el principio de seguridad jurídica que, *lato sensu*, implica que el gobernado tiene la garantía de que las autoridades y servidores públicos sólo actuarán de acuerdo con lo que expresamente determina la norma para ellos.

Estas reformas incluyen preceptos que, además de reconocer los derechos de los gobernados, imponen a la autoridad la obligación, no sólo de respetar el ejercicio de ese derecho, sino que, dependiendo de su naturaleza, de facilitar y propiciar dicho ejercicio.

Entre las reformas a la Ley General de Salud más relevantes que reconocen derechos a los gobernados, podemos referir las publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 15 de mayo de 2003, mediante las cuales se determinó el derecho de las personas a su incorporación al Sistema de Protección Social en Salud; las del 18 de enero de 2005, a través de las que se exime del pago de cuotas de recuperación a los menores, desde su nacimiento y hasta los cinco años, tanto para su atención médica, como para su acceso a los medicamentos necesarios.

Asimismo, las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 19 de septiembre de 2006, con base en las que se estableció el derecho de los pueblos y comunidades indígenas del país a participar tanto en el Sistema Nacional de Salud como en la programación de las acciones relacionadas con él, así como a que los programas de educación para la salud se difundan, además, en su lengua indígena.

B) Reformas, cambios y adiciones desde la perspectiva sanitaria

En cuanto a las reformas que inciden en la salud, podemos señalar que todos los ajustes y cambios que ha tenido esta ley han obedecido a la necesidad de dar un nuevo tratamiento a temas de suyo sensibles, como el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, que fue uno de los primeros en reglamentarse en 1985; o bien, la investigación del genoma humano, reglamentado en el 2003.

También en ese año, la protección social en salud que da origen al Seguro Popular exige una reforma a la Ley y, más adelante, ya en el 2006, se precisa, por ejemplo, la regulación de establecimientos de tatuajes y perforaciones. Podemos tomar estos casos como tópicos emblemáticos de los nuevos tiempos que vivimos y frente a los cuales, la Ley, lejos de permanecer ajena, ha debido normar, limitar o acotar ciertas acciones en aras del bien común.

De acuerdo a la agrupación señalada anteriormente, en donde consideramos los aspectos más sobresalientes desde el punto de vista de la salud pública, observamos que en las dos primeras categorías mencionadas –control sanitario de actividades, establecimientos, productos y servicios y promoción de hábitos de vida saludables– se observa la mayoría de las modificaciones realizadas a la Ley General de Salud, convirtiéndose, de esta forma, en los ejes a partir de los cuales es posible analizar los cambios en la legislación.

De aquí se colige que la finalidad última de estas reformas ha sido, por un lado, la necesidad de establecer controles y marcos de regulación para diversos ámbitos, tanto de la vida cotidiana de los ciudadanos como de la vida pública del país; por el otro, poner de relieve la necesidad de incidir en los estilos de vida y propiciar la incorporación de hábitos de vida saludables, como aspecto central para el desarrollo y cuidado personal de los individuos, cuya corresponsabilidad, como hemos enfatizado a lo largo de este Seminario, es la vía para prevenir enfermedades y riesgos y acceder a una mejor calidad de vida, ya que en la salud no sólo incide lo biológico y propiamente médico, sino que están entrelazadas diversas dimensiones en donde lo social, lo educativo y su expresión en el entorno económico y político, son determinantes.

Dimensión y trascendencia de los cambios

En cuanto a las Reformas vinculadas al control sanitario de actividades, productos y servicios quiero señalar lo siguiente:

A la luz de la propia Ley General de Salud, se entiende por control sanitario, “el conjunto de acciones de orientación, educación, muestreo, verificación y, en su caso,

aplicación de medidas de seguridad y sanciones, que ejerce la Secretaría de Salud con la participación de los productores, comercializadores y consumidores, con base en lo que establecen las Normas Oficiales Mexicanas, entre otras disposiciones aplicables”. (LGS, artículo 194).

Dentro de este rubro destacan la actualización de diversos artículos para la realización de trasplantes de órganos o tejidos en seres humanos vivos, ámbito que ha recibido un gran impulso durante los últimos años, merced a los avances científicos y a los desarrollos tecnológicos que ha experimentado la cirugía dentro de esta especialidad. Debido a ello, esta área se ha convertido en prioritaria para atender diversos padecimientos antes incurables que hoy, o son reversibles o por lo menos representan una enorme mejoría, lo que también ha implicado un avance en la calidad de vida de miles de personas.

Para dar un adecuado cumplimiento a esta posibilidad terapéutica, el marco regulatorio en este ámbito hizo posible la creación del Consejo Nacional de Trasplantes, por acuerdo del 19 de enero de 1999, cuyo objetivo es promover, apoyar y coordinar las acciones en materia de trasplantes que realizan las instituciones de salud de los sectores público, social y privado. Este punto, como recordarán ustedes, fue espléndidamente desarrollado por el Dr. Arturo Dib Ku.

Otro ámbito de gran relevancia es el de la importación y exportación de productos, alimentos y bebidas. En este rubro se han realizado siete reformas, las cuales, en términos generales, inciden en los procesos de importación y exportación de alimentos, de bebidas tanto no alcohólicas como alcohólicas, así como en relación a productos de perfumería, belleza y aseo, tabaco, materias primas y, en su caso, los aditivos que intervienen en su elaboración.

Un aspecto de primera importancia es el relativo a la regulación de las instituciones que tienen por objeto recibir la donación de alimentos y el suministro o distribución de los mismos, con la finalidad de satisfacer las necesidades de nutrición y alimentación de los sectores más desprotegidos del país, y la precisión de que quien “autorice u ordene por razón de su cargo en las instituciones alimentarias, la distribución de alimentos en

descomposición o mal estado, y que ponga en peligro la salud de otro, se le impondrá la pena de seis meses a dos años de prisión o pena pecuniaria de 500 a cinco mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, o la zona económica de que se trate”.

Asimismo, estas reformas se refieren al mantenimiento, importación, exportación, y disposición final de equipos médicos, de prótesis, órtesis y ayudas funcionales, así como agentes de diagnóstico, insumos de uso odontológico, materiales quirúrgicos, de curación y productos higiénicos, y más recientemente al control del proceso, importación y exportación de medicamentos, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en función del potencial de riesgo para la salud que estos productos representan.

De manera destacada, adelanto que en el seno del Consejo de Salubridad General se ha formulado una propuesta de iniciativa que se someterá al titular de Ejecutivo Federal, para establecer medidas de protección en materia de salud humana para prevenir el uso y consumo de pseudoefedrina y efedrina, en tanto son precursores químicos para la fabricación de metanfetaminas, que no son otra cosa que drogas de diseño o sintéticas cuyo potencial adictivo es altísimo y cuyos efectos representan una grave amenaza para la salud física y mental de quien las consume en nuestro contexto, desafortunadamente, sobre todo los jóvenes entre los 12 y los 25 años de edad.

En lo que respecta a la Promoción de hábitos de vida saludable y la eliminación de elementos nocivos o perniciosos para la salud, quiero destacar que desde el planteamiento inicial de la Ley, a través de su artículo 110, el propósito de la promoción de la salud quedó plenamente establecido, señalándose que tiene por objeto crear, conservar y mejorar las condiciones deseables de salud para toda la población y propiciar en el individuo las actitudes, valores y conductas adecuadas para motivar su participación en beneficio de la salud individual y colectiva.

Por ello comprende, entre otros, tres aspectos centrales: Educación para la salud; Nutrición y control de los efectos nocivos del ambiente en la salud. La primera, la educación para la salud, tiene por objeto fomentar en la población el desarrollo de actitudes y conductas que le permitan participar en la prevención de enfermedades

individuales, colectivas y accidentes, y protegerse de los riesgos que pongan en peligro su salud; asimismo, proporcionar a la población los conocimientos sobre las causas de las enfermedades y de los daños provocados por los efectos nocivos del ambiente en la salud y, complementariamente, orientar y capacitar a la población preferentemente en materia de nutrición, salud mental, salud bucal, educación sexual, planificación familiar, riesgos de automedicación, prevención de farmacodependencia, salud ocupacional, salud visual, salud auditiva, uso adecuado de los servicios de salud, prevención de accidentes, prevención y rehabilitación de la invalidez y detección oportuna de enfermedades.

La lucha contra las adicciones es un claro ejemplo de las reformas realizadas en este terreno, en especial frente al tabaquismo, a través de una reglamentación cada vez más rigurosa, que inició en el año 2000 y ha propiciado sucesivas modificaciones y adiciones, tanto en el 2004 como en el 2006. El acento se ha puesto sobre diversos temas como la protección a los no fumadores, la restricción de la venta de cigarros a menores de edad y los lugares permitidos para su venta y consumo, elementos que constituyen una muestra elocuente de la necesidad, cada día mayor, de volver nuestros ojos a la protección de la salud.

Si bien es cierto que en países como Chile, España, Irlanda e Italia la legislación en esta materia es más rigurosa, llegando incluso a prohibir los anuncios comerciales relacionados con el tabaco por cualquier medio, (disposición que entró en vigor a principios del 2007 en Chile y en el mismo año, aunque de manera parcial, en Argentina) o la prohibición absoluta al consumo de tabaco en espacios cerrados en Irlanda, Italia, España y en Argentina, hasta cierto punto, también lo es que México se encuentra en el camino adecuado para continuar el fortalecimiento de nuestra legislación en la materia, cuidando el pleno respeto a las garantías individuales.

De hecho ya se han dado los primeros pasos en este sentido y prueba de ello es, por ejemplo, la disposición que establece destinar amplios espacios en las cajetillas de cigarros para advertir de los problemas para la salud que conlleva el tabaquismo, situación que fue puesta en marcha prácticamente al mismo tiempo en diversos países, entre ellos Chile.

De la misma forma, podemos mencionar dos reformas particularmente importantes: la primera data del 2 de junio de 2004 y en ella se especificó la necesidad de normar el desarrollo de los programas y actividades de educación en materia de nutrición, prevención, tratamiento y control de la desnutrición y la obesidad, encaminados a promover hábitos alimentarios adecuados, preferentemente en los grupos sociales más vulnerables.

La segunda, del 26 de diciembre de 2005, se refiere a la difusión permanente de las dietas, hábitos alimenticios y procedimientos que conduzcan al consumo efectivo de los mínimos de nutrimentos por la población general, recomendados por la Secretaría de Salud. Así, para dar atención y mejorar la nutrición de la población, de acuerdo con el artículo 114 de la Ley, la Secretaría de Salud tiene la responsabilidad de participar, de manera permanente, en los programas de alimentación del gobierno federal.

Dentro de este aspecto, destacan también las reformas realizadas para normar el valor nutritivo y las características de la alimentación en establecimientos de servicio colectivos y en el manejo de alimentos y bebidas no alcohólicas. Los productos que deben expendirse empacados o envasados llevarán etiquetas que deberán cumplir con las normas oficiales mexicanas que al efecto se emitan (DOF, 19 de junio de 2003).

Asimismo, la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF), el 19 de junio de 2003, señala que “la Secretaría de Salud, las entidades del sector salud y los gobiernos de las entidades federativas, en sus respectivos ámbitos de competencia, formularán y desarrollarán programas de nutrición, promoviendo la participación en los mismos de los organismos nacionales e internacionales cuyas actividades se relacionen con estos tópicos, de igual forma que los sectores sociales y privado. En la marca o denominación de los productos, no podrán incluirse clara o veladamente indicaciones con relación a enfermedades, síndromes, signos o síntomas, ni aquellos que refieran datos anatómicos o fisiológicos”.

De acuerdo con esta perspectiva, y con base en el énfasis que las diversas campañas de prevención en salud han puesto sobre el carácter nocivo del sobrepeso y la obesidad, se ha hecho explícita la necesidad de regular actividades de venta de productos

alimentarios que en función del alcance y penetración de los medios de comunicación de masas, y de los estereotipos físicos que promueven (hombres y mujeres delgados y atléticos como modelos visuales), han aparecido exponencialmente en el mercado y no siempre con una base de evidencia científica demostrada.

Se trata de complementos alimenticios y vitamínicos, de suplementos para adelgazar y en general, de productos que se proponen como medios para coadyuvar a mejorar la salud y el desempeño físico de las personas, los cuales son consumidos por un público cada vez mayor y en mayor cantidad.

En este caso la Ley pretende asegurar que la calidad y el tipo de los productos anunciados y promovidos a partir de los medios, cumplan con los requerimientos establecidos y que no resulten nocivos, dañinos o engañosos para la población; de ahí la necesidad de establecer y actualizar el marco tanto para el Control Sanitario de la Publicidad (desde 1986 y con sucesivas reformas, modificaciones y adiciones en el 2000, 2005 y 2006), como para instaurar lineamientos estrictos de comercialización de productos (ya sean herbolarios, suplementos alimenticios de cualquier tipo, incluyendo productos de belleza) que ilícitamente sean anunciados o presentados como medicamentos y auxiliares alimentarios probados, máxime si incluyen productos compuestos con hormonas, vitaminas y, en general, sustancias con algún tipo de acción terapéutica.

En cuanto al control de los efectos nocivos del ambiente en la salud, destacan, entre las reformas efectuadas, la relativa al establecimiento de criterios sanitarios para la fijación de las condiciones particulares de descarga, tratamiento y uso de aguas residuales o en su caso, para la elaboración de normas técnicas ecológicas en la materia.

Del mismo modo se promueve y apoya el saneamiento básico, y se establece la vigilancia y certificación de la calidad del agua para uso y consumo humano. Bajo esta reforma se prohibió la descarga de aguas residuales sin el tratamiento que estipulan los criterios sanitarios emitidos, así como de residuos peligrosos que conlleven riesgos para la salud pública, a cuerpos de agua que se destinan para consumo humano.

En lo relativo a la Prevención de accidentes, rubro de la mayor importancia si tomamos en cuenta que son responsables de más de 17 mil decesos anuales y de más de

750 mil casos de lesiones graves, que se dan sobre todo en jóvenes entre los 15 y 25 años de edad, en quienes constituye la primera causa de muerte, se formuló una reforma que propicia la articulación de tres dependencias federales que deben actuar en conjunto para prevenir y limitar estos graves problemas; el texto literalmente señala que: “La Secretaría de Salud coordinará sus actividades con la Secretaría del Trabajo y Previsión Social así como con la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y en general, con las dependencias y entidades públicas y con los gobiernos de las entidades federativas, para la investigación, prevención y control de los accidentes. La Secretaría de Salud deberá realizar convenios con los gobiernos de las entidades federativas para determinar los exámenes psicofísicos integrales que se practicarán como requisito previo para la emisión o revalidación de licencias de conducir, así como para establecer otras medidas de prevención de accidentes”. (DOF, 9 de mayo de 2007).

Por lo que corresponde a la Protección social en salud, tema de primera importancia para universalizar la cobertura de los servicios de salud en el país, considerado desde 2003, la Ley incorporó la siguiente reforma: “Todos los mexicanos tienen derecho a ser incorporados al Sistema de Protección Social en Salud de conformidad con el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin importar su condición social. La protección social en salud es un mecanismo por el cual el Estado garantizará el 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 aceptabilidad social. Como mínimo se deberán contemplar los servicios de consulta externa en el primer nivel de atención, así como de consulta externa y hospitalización para las especialidades básicas de: medicina interna, cirugía general, ginecoobstetricia, pediatría y geriatría, en el segundo nivel de atención”. (DOF, 15 de mayo de 2003).

Asimismo, a partir de esta reforma, como se mencionó antes, se dio paso a la creación del Consejo Nacional de Protección Social en Salud y un conjunto de normas para los prestadores de servicios de salud a fin de sujetarse a éstas para la prestación de servicios en materia de protección social en salud.

Sin estar agrupadas en los puntos anteriores, existen un conjunto de reformas misceláneas que señalaré brevemente ya que tienen, por su contenido, especial importancia. Una de ellas es la publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de abril de 2006, en la cual se establece que las personas que se dediquen a la realización de tatuajes, perforaciones y micropigmentaciones deberán contar con autorización sanitaria, y se determinó la prohibición de aplicar estos métodos a menores de edad, en caso de no contar con la presencia o autorización por escrito del padre o tutor.

Asimismo, la del 9 de mayo de 2007, en donde se determina que para el ejercicio de actividades técnicas y auxiliares en el campo de la salud, se requiere que los diplomas hayan sido expedidos y registrados por las autoridades educativas; otra es la del 6 de junio de 2006 que precisa la prohibición de la venta de cigarrillos en farmacias, boticas, hospitales y escuelas; una más es la publicada el 19 de junio de 2007, en la cual se define que “las cirugías estéticas deben realizarse en establecimientos con licencia sanitaria y por profesionales de la salud debidamente autorizados”.

Es pertinente señalar que, aún cuando en estricto sentido no es derivada de una reforma a la Ley General de Salud, la actividad reglamentaria relacionada con esta ley, desplegada por el Ejecutivo Federal en ejercicio de las facultades que le confiere la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ha sido fructífera:

1. El 20 de febrero de 1985 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.
2. El 26 de septiembre de 1986 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Publicidad.

3. El 18 de enero de 1986 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de Actividades, Establecimientos, Productos y Servicios.

4. El 20 de marzo de 1987 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se crea el Consejo Nacional para la Prevención de Accidentes.

5. El 5 de abril de 2004 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Protección Social en Salud.

Igualmente debemos mencionar la adhesión y firma de diversos tratados internacionales en materia de salud que nuestro país ha suscrito y aceptado y que de la misma forma se expresan en el cuerpo de reformas y modificaciones a la Ley.

Es pertinente puntualizar que el contenido de los documentos que nuestro país firma con otros países o con organizaciones internacionales legalmente reconocidas, se convierte en norma obligatoria, según lo ordena el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que todos los Tratados que estén de acuerdo con ésta, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán ley Suprema de toda la Unión.

Adicionalmente, la importancia de estos acuerdos internacionales ha sido reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al establecer, en 1999, que los "...tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las Leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal".

Entre estos tratados destacan por su importancia y vigencia, los siguientes:

- El Reglamento Sanitario Internacional, firmado por nuestro país el 1º de Enero de 1971.
- El Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, suscrito por nuestro país el 12 de agosto de 2003.
- La Convención sobre los Derechos del Niño, firmado por México el 26 de enero de 1990.

Los desafíos y las cuentas pendientes

Antes de finalizar con este muy apretado y resumido recorrido por las principales reformas realizadas a la Ley General de Salud, desde su promulgación hasta la fecha, considero indispensable, ya que muchos de los expositores que amablemente se han sumado a este Seminario de Derecho y Medicina lo han señalado, referir algunos desafíos y cuentas pendientes que aún esperan por su inclusión en la Ley, a partir del enorme esfuerzo que tiene frente a sí el Legislativo en materia de salud.

Entre estas cuentas pendientes destaca la inclusión de medidas de regulación a la medicina genómica y a su impulso; la seguridad del paciente, aspecto ligado íntimamente a la calidad de la atención, pero que no está explícitamente considerado aún en la Ley; la especial atención que cada día más exige la salud de nuestros adultos mayores, sector que crece numéricamente día con día; la necesaria concurrencia y homogeneidad en aspectos centrales entre la federación y las entidades federativas, así como la atención a desastres, inundaciones y catástrofes, que requieren una minuciosa revisión y puesta al día de la Ley.

Asimismo, dentro de estos desafíos cobran mayor peso cada día cuatro aspectos centrales:

- La responsabilidad de las actuales generaciones para con las futuras;
- La protección de la identidad del ser humano (personal y biológica o genética);
- La consideración del genoma humano como patrimonio de la nación y, en otro plano, de la humanidad; y
- El reconocimiento a la diversidad biológica.

Un aspecto que no debemos pasar por alto es el necesario ejercicio de análisis y comparación en el plano internacional, desde la consideración de que estamos inmersos en un diálogo globalizado que exige tanto el cuidado de nuestra comunidad, como de una visión de competitividad de acuerdo con el derecho internacional.

Desde esta perspectiva, también hay aspectos que quizá es necesario incorporar a nuestra legislación en materia de salud; en este sentido sólo quiero compartir con ustedes

un punto: la prescripción universal de principios activos. Esta práctica de prescripción, avalada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), implica que el médico indica en la receta el nombre de la sustancia que requiere el paciente y no el de una determinada marca comercial, aspecto que no sucede en nuestra realidad y con el cual, según algunos expertos, sería posible disminuir el gasto general total por medicamentos que actualmente representa el 60% de presupuesto de todo el Sistema Nacional de Salud.

Finalmente, es indispensable impulsar la corresponsabilidad social en el desarrollo de las pautas jurídicas en salud y vigilar, de manera participativa, su correcta aplicación, estudio y renovación.

Bibliografía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Porrúa, México, 2007.

Ley General de Salud. México, 2006. Diario Oficial de la Federación, febrero de 1984.

Reformas a la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, Diario Oficial de la Federación, 20 de febrero de 1985.

Derecho de los pueblos y comunidades indígenas del país a participar tanto en el Sistema Nacional de Salud, Diario Oficial de la Federación, 19 de septiembre de 2006.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Publicidad, Diario Oficial de la Federación, 26 de septiembre de 1986.

Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de Actividades, Establecimientos, Productos y Servicios, 18 de enero de 1986.

Decreto por el que se crea el Consejo Nacional para la Prevención de Accidentes, Diario Oficial de la Federación, 20 de marzo de 1987.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Protección Social en Salud, Diario Oficial de la Federación, 5 de abril de 2004.

Convenios y tratados internacionales:

Reglamento Sanitario Internacional, 1º de enero de 1971. *Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco*, 12 de agosto de 2003.

Convención sobre los Derechos del Niño, 26 de enero de 1990.

Adecuaciones al marco jurídico vigente y elementos de derecho comparado

*Dr. Gonzalo Moctezuma Barragán **

Introducción

Hay una anécdota de la Madre Teresa de Calcuta, quien hace algunos años, en vida, quiso tener un albergue para enfermos de VIH/SIDA en Nueva York; movida como era la Madre Teresa, obtuvo un edificio con buenas condiciones en un buen barrio y de inmediato logró el apoyo financiero correspondiente. El tema de los pacientes no era problema, saben ustedes que es algo que hay que atender; sin embargo, la sorpresa para ella fue encontrarse con una serie de regulaciones de carácter urbano que fueron entorpeciendo la realización del proyecto, y lo que acabó de colmarla fue el hecho de que se exigía un elevador para el edificio que se le había donado, porque éste superaba los tres niveles y, de acuerdo con la regulación del estado de Nueva York, tenía que contar con un elevador. Al consultar con su Consejo, vieron que la inversión era totalmente desproporcionada y, no obstante haber tenido la mejor asesoría legal del momento, no

* Secretario Ejecutivo del Pleno, Consejo de la Judicatura Federal.

logró rebasar esta barrera y, por tanto, se canceló el proyecto que con tanto deseo quería llevar a cabo la Madre Teresa. Se le entrevistó al respecto y dijo: “el episodio me sirvió para educarme acerca del derecho y sus innumerables complejidades”. Espero, de todo corazón, que este Seminario no nos lleve a una conclusión como a la que llegó la Madre Teresa de Calcuta.

Antecedentes

En julio de este año se llevó a cabo el IV Congreso Brasileño de Ciencias Sociales y Humanas en Salud, el lema fue “Equidad, ética y derecho a la salud: desafíos a la salud colectiva en la globalización”. Ahí se dijo que el acceso a los bienes y servicios de oportunidades destinadas a satisfacer las necesidades de salud es un derecho humano fundamental, clave para el disfrute de otros derechos; también se aseveró que desde lo social, es un elemento crucial para el desarrollo humano y la cohesión social; desde lo económico, se dijo que es un factor esencial para el desarrollo productivo y que el acceso a la salud debe ser equitativo; hubo gran énfasis en ello. Estoy hablando de un congreso que encabezó la Organización Panamericana de la Salud (OPS), que es la oficina regional de la Organización Mundial de la Salud, a la que ya hizo referencia el doctor Ruiz de Chávez.

En este congreso se dijo que la mayoría de los países latinoamericanos –no hablo de los países panamericanos, por que Canadá sí cumple plenamente con esto– México entre otros, sujetan a diversas restricciones sus sistemas de salud y hacen que, en un momento dado, este derecho no sea totalmente universal, ni totalmente equitativo.

¿Cuáles son las condiciones de acceso que frenan esta posibilidad? Le llamaron ellos la arquitectura de los sistemas; es decir, de la segmentación del Sistema, que se expresa en un acceso determinado por capacidad de pago, situación laboral, posición social y, también, de su fragmentación, que es el acceso limitado por la existencia de multiciplidad de agentes que no se coordinan entre sí; este es el caso de México y la reforma a la que se refirió el doctor Ruiz de Chávez, también conocida como Seguro

Popular, apunta a ir poniendo las primeras piedras para un sistema –sería ideal– único de salud. También se habló de la asignación de los recursos financieros insuficientes, así como de los tecnológicos y del derecho al acceso a la información; por supuesto que el problema de disponibilidad de personal de salud, tanto por su déficit como por su inadecuada distribución, fue otro de los temas que se abordaron.

Se dijo, como conclusión, que “las cuestiones actuales de la salud repercuten sobre las poblaciones y exigen a los investigadores, docentes y profesionales de la salud colectiva, un esfuerzo conjunto urgente, tanto en el plano de la reflexión, como en el de la acción”. Este Seminario se circunscribe precisamente a esta aseveración.

Otra conclusión es que la coyuntura impone la búsqueda de respuestas a la accesibilidad democrática a sistemas de atención existentes, la equidad, así como la humanización en el tratamiento a diferentes grupos, en sus dimensiones étnica, de género, de edad, de región, o en el caso de los inmigrantes; y, de acuerdo con las diversas condiciones de salud, se dijo que se debe evitar la discriminación, la exclusión en diversas condiciones de la vida social y, también por supuesto, en el de la salud. Se manifestó existente el imperativo ético de avanzar en el derecho a la salud desde una perspectiva de justicia distributiva y de equidad.

Cuando felizmente llegué a los resultados de este congreso, encontré que describe claramente cuál es la situación en nuestro país y las inquietudes que aquí hemos compartido durante estas sesiones.

Sistemas comparados

Vamos a comentar distintos esquemas. Creo que es interesante saber qué están haciendo otros países y los que escogí, obviamente, son idóneos de acuerdo con los sanitaristas.

Brasil

El Sistema de Salud de Brasil se creó a través de su Constitución de 1998, que contempla los principios y directivas para la atención a la salud y establece que la presta un Sistema Único de Salud.

Los principios son el acceso universal e igualitario a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, integradas en una red regionalizada de prestación de servicios, bajo la responsabilidad de las tres esferas de gobierno, y con la participación complementaria de la iniciativa privada.

Las directrices operativas son la descentralización de la gestión, la integralidad de la atención y la participación de la comunidad.

La Constitución señala, asimismo, que el derecho a la protección de la salud es un derecho social y un deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas encaminadas a reducir los riesgos de enfermedad.

Las acciones y servicios de salud son de carácter público, por lo que le corresponde al poder público disponer sobre su reglamentación, fiscalización y control, así como sobre la financiación del sistema.

Hay una ley que equivale a nuestra Ley General de Salud, que es la número 8.080 del año de 1990 y, establece, como obligaciones del Estado: financiar la salud con recursos del presupuesto de la Seguridad Social, de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, entre otras fuentes.

Permite que la iniciativa privada participe en el sistema de forma complementaria, mediante contratos públicos o convenios, teniendo preferencia las instituciones sin fines lucrativos. La obligación de la sociedad es financiar la seguridad social de forma directa o indirecta. Aquí voy a hacer énfasis en que la salud tiene un costo: no hay salud de carácter gratuito.

¿Cómo se financia? Hay diversas formas y siempre va a ser el ciudadano, que es quien produce la riqueza, quien la va a financiar, de manera directa o indirecta.

¿Qué ha sucedido entonces, dentro del poder judicial en Brasil? La Corte, el Supremo Tribunal Federal, como se le nombra en Brasil, ha sostenido los siguientes criterios:

- El derecho público subjetivo a la salud representa una prerrogativa jurídica inalienable, garantizada por la Constitución.
- Es un bien jurídico constitucionalmente protegido, por cuya integridad debe velar el Estado de manera responsable.
- El derecho a la salud es un derecho fundamental que asiste a todas las personas y representa una consecuencia constitucional indisoluble del derecho a la vida. Aquí vemos la conexidad entre ambos derechos.
- El carácter programático del derecho a la salud no justifica que éste se convierta en una promesa constitucional no garantizada, toda vez que su incumplimiento genera vulneración a derechos como son el de la vida y el de la salud misma.
- La autoridad pública no puede mostrarse indiferente al problema de salud de la población, so pena de llegar a cometer una omisión culpable que se traduce en un grave comportamiento inconstitucional. Notemos cómo le dan el carácter inclusive del derecho penal a este criterio.
- La autoridad pública está obligada a formular e instrumentar políticas sociales y económicas idóneas, que tiendan a garantizar a los ciudadanos el acceso universal e igualitario a la asistencia farmacéutica y médico-hospitalaria.
- La distribución gratuita de medicamentos esenciales para la conservación de la vida y la salud es un obligación constitucional del Estado brasileño que no puede dejar de realizar.
- El reconocimiento judicial da validez jurídica a los programas de distribución gratuita de medicamentos, en virtud de que permite dar eficacia a normas constitucionales y representa la concreción de su alcance, al reconocer la estrecha vinculación entre el derecho a la vida, a la dignidad y a la salud.

Colombia

Se dice que el Sistema de salud brasileño es superior en sus alcances al colombiano. Éste define a la atención de la salud como un servicio público a cargo del Estado. Entre sus obligaciones se cuentan:

- Garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.
- Organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.
- Establecer políticas para la prestación de los servicios de salud por entidades privadas, la distribución de las competencias en los distintos niveles de gobierno y la participación de los particulares.
- Determinar los aportes a cargo de la Nación, las entidades territoriales y los particulares.

La Constitución colombiana establece las siguientes directrices organizacionales para los servicios de salud: a) Su descentralización; b) Su estructuración por niveles de atención y c) La participación de la comunidad.

Deja al legislador ordinario el establecimiento de los términos y las condiciones en los cuales la atención básica será gratuita y obligatoria, y establece la corresponsabilidad de la persona en el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

En el caso de Colombia, la Ley 100 de 1993 equivale a nuestra Ley General de Salud de 1984, con todas las reformas a las que ya ha hecho alusión el doctor Ruiz de Chávez. Esta Ley 100 crea el Sistema de Seguridad Social Integral, compuesto por dos sistemas generales de Seguridad Social: el de Prestaciones y el de Salud.

Define al Sistema como “un conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”.

El objeto del Sistema es garantizar el derecho irrenunciable de obtener una mejor calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de contingencias que la afecten. Cambia el subsidio a la oferta por el subsidio a la demanda, con el fin de lograr para el año 2001 el aseguramiento de la cobertura universal.

Algunas de las resoluciones en este caso, a nivel constitucional en Colombia, son:

Se considera a la salud como un derecho fundamental por conexidad. Si bien dice la Corte, el texto constitucional no da dicho carácter, es partícipe de esa calificación, en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales; de manera que, si no fueron protegidos en forma inmediata, se ocasionaría una vulneración a derechos fundamentales propiamente dichos. El derecho a la protección de la salud está íntimamente vinculado con el derecho a la vida.¹

Jorge Ordóñez, en su obra *El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia*, nos dice: “el derecho a la salud se ha ejercido con un fuerte control constitucional de la formulación y ejecución de las políticas públicas en cuanto pueden afectar los derechos fundamentales”.²

También se ha sostenido que el derecho a la salud es exigible de conformidad con sentencias de la Corte; sin embargo, ésta reconoce que “en caso de aquellos que tienen capacidad de pago, este derecho está condicionado al pago de sus aportaciones”.³

Del mismo modo, que el derecho a la protección a la salud se encuentra íntimamente ligado al acceso oportuno a los servicios de salud, por lo cual, si ha de ser diferido, debe tomarse en consideración la gravedad del paciente, la urgencia, así como los efectos de postergar el tratamiento, ya que de aumentar los riesgos se violaría el derecho a la protección a la salud; lo anterior, de conformidad con la sentencia T-889 del 2001.⁴ Así se han configurado los elementos esenciales del derecho a la protección a la salud y, además, se ha logrado una mayor integración e inclusión social.

Quiero señalar que en el caso de Colombia, la Corte ha sido sumamente creativa y ha acercado los fines a los medios e, inclusive, algunos autores señalan que en ocasiones tal vez han ido un poco más allá, porque ya ha incidido en lo que son estrictamente políticas de salud pública.

Canadá

El Sistema de Salud de Canadá se sustenta en el derecho de acceso a los servicios de atención a la salud; está diseñado para brindar cobertura universal, sin deducibles para los servicios médicos y hospitalarios y es financiado principalmente por impuestos. El suministro de los servicios es, en gran medida, privado. Se encuentra financiado por los dos niveles de gobierno: el Federal proporciona fondos mediante la transferencia de recursos a las provincias y territorios para contribuir a pagar los servicios de atención de salud, pero las provincias y territorios son en realidad los responsables de administrar y prestar los servicios.

La Ley canadiense sobre salud es el instrumento que rige la atención de salud en el país; establece los criterios que deben satisfacer las provincias y territorios para recibir la transferencia completa de los recursos federales.

La Ley canadiense sobre salud precisa quiénes son los beneficiarios sobre los servicios médicos cubiertos por el seguro; dice que son aquellas personas que residan en una provincia, excluyendo a los que reúnan las siguientes condiciones: ser miembro del Ejército o de la Policía Montada canadiense y tener algún rango en dicho cuerpo; purgar alguna pena en cárcel, como lo describe la Ley de Penitenciaría, ya que, por supuesto, todos estos tienen regímenes particulares; o bien, no haber cumplido con el periodo mínimo para ser residente de una provincia, o con el tiempo de espera requerido por el gobierno de la misma para convertirse en beneficiario de los servicios médicos; este periodo no podrá exceder de tres meses.

La Ley canadiense sobre salud establece, en cuanto a servicios de salud asegurados, lo siguiente: “los servicios de salud asegurados son los servicios hospitalarios, médicos o de cirugía dental, con excepción de los servicios de salud por los que una persona tiene derecho o es admisible en virtud de una ley federal o provincial relativa a accidentes de trabajo”. La política de atención sanitaria es proteger, promover y mejorar el estado físico y mental, así como facilitar el acceso a los servicios sanitarios sin impedimentos económicos o de cualquier tipo, principios que rigen el sistema,

fundamentalmente el de administración pública, la autoridad pública es responsable en el gobierno provincial de la administración y funcionamiento del plan.

Por último, los principios que rigen el Sistema canadiense son:

- **Integralidad.** El plan provincial deberá asegurar la prestación de todos los servicios contemplados en el seguro y relacionados con los hospitales, los médicos y los dentistas.
- **Universalidad.** El plan provincial de seguros médicos debe asegurar que todos los beneficiarios tengan acceso equitativo a los servicios médicos cubiertos por el seguro.
- **Portabilidad.** Cada provincia se encarga del pago de servicios médicos que ampara a los beneficiarios ausentes temporalmente de su provincia; son seguros solamente provinciales.
- **Accesibilidad.** Proporcionar los servicios médicos incluidos en el seguro sin descartar a ningún beneficiario de forma directa o indirecta.

Entre las resoluciones del Poder Judicial del Canadá destacan las siguientes:

- El derecho a la salud es un derecho fundamental;⁵
- Constituye una violación al derecho a la salud los largos tiempos de espera que ponen en situación de riesgo a los pacientes, toda vez que se ve afectado el derecho a la vida y a la integridad física.⁶
- Es legal que las provincias contemplen, dentro de sus legislaciones, qué servicios entran en el plan de Salud Pública, siempre y cuando no se establezcan, de forma discriminatoria, algunos tipos de tratamientos.⁷

El caso de México

Se ha dicho en este Seminario y lo dicen los interesados en el tema, que el derecho a la protección de la salud surge como tal, en 1983, como norma programática. Sin embargo, vía la interpretación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir de los años 90 ha emitido una serie de criterios en donde, sin lugar a dudas, se señala que es una garantía individual. A mí el que más me ha llamado la atención es el que se produjo en el año 2000; el ponente fue el Ministro Mariano Azuela, quien señaló: “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”.

Para mi gusto este criterio de la Corte es un hito que, además, curiosamente, menciona ya don Guillermo Soberón, cuando se promulga la reforma al artículo 4o. constitucional; él señaló en un libro que ha hecho época sobre esa reforma, que a partir de ella, “los prestadores de servicios de salud se verán cada vez más compelidos por la población a otorgar gradualmente mayores servicios y que de no ser así, esto les será reclamado”.

Ese tiempo ya nos alcanzó. Si bien es cierto que se otorgan una serie de derechos, como ya lo señaló bien el doctor Ruiz de Chávez, no hay que dejar de admitir que ha habido casos, en donde por desgracia, este derecho ha sido precluido; pero afortunadamente, el Poder Judicial de la Nación y los Tribunales Colegiados han actuado en consecuencia y pongo como ejemplo una Tesis que tiene que ver con la Secretaría de Salud de Tlaxcala, en donde el secretario de Salud de esta entidad le negó a un interno el traslado, la referencia a un hospital de especialización; sin embargo el reo, haciendo valer el juicio de amparo, obtuvo la justicia, la protección Federal que obligó al secretario de Salud a que se le concediera este acceso en beneficio de su salud.

Esta garantía individual está inserta en lo que yo llamo –haciendo analogía con la llamada transición epidemiológica– una transición jurídica, y creo que con este criterio, antecedido del que acabo de narrar, estamos ya sin duda frente a una garantía individual y por tanto exigible.

Nuestro gran constitucionalista, medalla Belisario Domínguez –Héctor Fix Zamudio– nos lo recuerda: “las constituciones deben considerarse como entes vivos y no estáticos, por ello y con el transcurso inexorable del tiempo, si el texto de las normas constitucionales se mantiene inalterado, no ocurre lo mismo con su significado, y por este motivo también se ha sostenido, sin exageración, que la Constitución se independiza del Constituyente y se transforma por conducto de su interpretación”.

Esto es lo que hizo la Corte, en lo que también llama el doctor Fix Zamudio: la doctrina legal como una fuente creadora del derecho.

Reflexiones finales

Si tenemos la garantía individual pensaríamos que no hay nada de qué preocuparse; no obstante, en este Seminario hemos visto que sí hay de qué preocuparse y es la exigibilidad de esa garantía individual.

¿Cuál es la problemática?

1. El desconocimiento respecto de la exigibilidad. Los mexicanos, en su mayoría, no saben que tienen derecho a exigir la protección de la salud.
2. La insuficiente estructura procesal, debido a la carencia o falta de propiedad de medios procesales. Actualmente, la única vía para hacer valer este derecho es el juicio de amparo, y no siempre éste se puede admitir en virtud de las particularidades de los casos. Requerimos de medios de defensa ex profesos.
3. Falta de acceso jurisdiccional a garantías secundarias. Si bien es cierto que hay una garantía fundamental en la Constitución, se le delegó al constituyente para que en leyes secundarias estableciera una serie de normas, como aquí vimos, y no hay medios jurisdiccionales para exigir esta defensa, como no sea el amparo; y como dice la Ministra Olga Sánchez Cordero, aspecto con el que el propio Ministro José Ramón Cossío coincide, esto es insuficiente.

¿Qué alternativas tenemos?

Orozco ha dicho que habría que judicializar el derecho a la protección de la salud y esto significa accionar cada vez que se nos precluye el mismo; impulsar la función del

Poder Judicial de la Federación en la adecuación entre fines y medios, para materializar plenamente este derecho –un poco lo que ha hecho la Corte en Colombia.

Existe otra medida más: exigir a juzgadores que eviten retrocesos en la materia, cumpliendo con obligaciones de no regresividad. Una vez que se ha concebido el derecho social, como lo establece el Pacto de San Salvador de la Comisión Americana de los Derechos Humanos, no podemos dar marcha atrás.

Para terminar, una definición del derecho a la protección de la salud podría ser entonces: Es el sistema de normas jurídicas que garantizan la protección de la salud, mediante la rectoría del Estado con la participación responsable de la sociedad y los individuos, basado en la equidad, calidad y apoyo financiero, respecto del cual el gobernado tiene poder jurídico de acción para exigir medios para el mantenimiento y reestablecimiento de su salud.

Esto responde a lo que llamo el círculo de la eficacia, en donde tenemos al centro el Estado de derecho; y yo creo que para que hagamos las cosas bien, si estamos pensando eventualmente en reformas, hay que partir de políticas públicas; algunas de ellas pueden y deben traducirse en legislación; después viene la interpretación del Poder Judicial para redondear el círculo. Si la interpretación varía, entonces habría que revisar esas políticas públicas a efecto de adecuarlas.

Por último, me atrevo a sostener, parafraseando al que dicen algunos es el primer filósofo existencialista, Sorën Kierkegaard: “La insuficiencia de los servicios de salud es inmoral no sólo porque priva a la persona de un derecho, sino porque le aniquila la capacidad de plantearse posibilidades”. Por lo tanto, diría Kierkegaard, la priva de su existencia; al menos, diría yo, parcialmente.

Referencias

¹Colombia. Corte Constitucional, Sentencia *T-571, 1992*.

²Ordóñez, E. Jorge, R. *El Derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia*.

³Colombia. Corte Constitucional, Sentencia *C-290-00*, 15 de marzo, 2000.

⁴Colombia. Corte Constitucional, Sentencia *T-889 de 2001*.

⁵Canadá. Poder Judicial: *Chaoullie vs Québec*, Corte, 4 agosto de 2005.

⁶Op cit.

⁷Canadá. Poder Judicial: *Auton vs British Colombia*, Corte, 19 noviembre de 2004.

MENSAJES FINALES

DR. JOSÉ NARRO ROBLES

Rector,
Universidad Nacional Autónoma de México

Este comentario final tiene el propósito de exponer mi perspectiva sobre la trascendencia de la vinculación entre el derecho y la medicina y señalar que aún cuando se trata únicamente de dos elementos, de dos conceptos, de dos profesiones, en realidad subyace también un tercer aspecto que no me atrevería a decir que está implícito. Al hablar efectivamente de medicina y derecho, hacemos alusión, dentro de la medicina, a la salud, a los problemas de salud; y cuando nos referimos al derecho, a los asuntos regulatorios, en realidad, al final, estamos tocando también un común denominador para ambas disciplinas: la educación, y señalo educación porque tanto los autores, como los lectores de esta obra, sin duda hemos recibido enseñanzas y hemos obtenido aprendizajes sustantivos.

Y desde esta perspectiva estos son tres de los grandes asuntos que a México le interesan, le convienen, le deben de importar: los aspectos que tienen que ver con la ley, con la normatividad, con la forma de conducirse en las estructuras sociales, con la regulaciones de la conducta de los individuos y especialmente de las colectividades, por un lado; por otra parte, con algo que ya señalé, en el capítulo correspondiente: que resulta

infinitamente indispensable poner a la salud en un primer plano, para que las personas, la sociedad, puedan realmente sentirse en vías de mejoría, en vías de desarrollo, en vías de poder tener la plenitud de sus potencialidades, expresadas en un bienestar real con miras de futuro. Y, finalmente, que en este país requerimos seguir impulsando a la educación. Uno quisiera tener mejores niveles educativos, uno quisiera entregarle a las próximas generaciones mejores cuentas en materia de educación y superar los niveles que actualmente tenemos, para desarrollar nuestro máximo potencial y ser realmente competitivos al compararnos, al ponernos frente a otras sociedades.

Por ello celebro la iniciativa que tomó la Suprema Corte de Justicia de la Nación con la Fundación Mexicana para la Salud (FUNSALUD) y con la Academia Nacional de Medicina para estructurar algo que yo quisiera ver como un primer acercamiento formal en torno a este tema, del cual sin duda se han desprendido muchísimos puntos de interés y del cual, también sin duda, habrán de salir, surgir, no sólo esta publicación, que desde luego constituye una importante aportación, sino también nuevas inquietudes y nuevas posibilidades para dos gremios, para dos profesiones que, como ya lo decía, resultan fundamentales para nuestro país, el de los abogados y el de los médicos, el de los juristas y el de los facultativos que tenemos que ver con este campo de la salud.

En nombre de los autores, reconozco y agradezco la iniciativa y en particular subrayo el éxito alcanzado a lo largo de estos intercambios de reflexiones y análisis que dieron origen al presente libro, y que a todos nos deja una visión enriquecida sobre dos campos fundamentales en nuestra vida: la medicina y el derecho.

DR. MANUEL H. RUIZ DE CHÁVEZ

Presidente Ejecutivo
Fundación Mexicana para la Salud

El ejercicio de análisis e intercambio desarrollado a lo largo de más de 4 meses en trono al Derecho y Medicina, entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Fundación Mexicana para la Salud y la Academia Nacional de Medicina de México, certifica la voluntad de la máxima instancia de impartición de justicia en el país para fortalecer el modelo de actuación en este terreno y ponerlo al día sobre la base de los conocimientos científicos y la experiencia de los profesionales, en este caso, de la salud y la medicina.

Ha sido una experiencia de primera importancia tanto para la Fundación Mexicana para la Salud, como para la Academia Nacional de Medicina de México, inédita para ambas asociaciones civiles por lo que agradecemos enfáticamente la iniciativa a la Suprema Corte de Justicia. Es a todas luces loable que la institución más alta del Poder Judicial de la Federación, ponga de relieve la importancia de sentar sus bases a partir del conocimiento y la evidencia científica para, en última instancia, ofrecer a nuestra sociedad la mayor certeza en el ejercicio de su cometido.

Que el ejercicio de la justicia en México esté íntimamente vinculado al desarrollo de la ciencia y a los nuevos conceptos y evidencias que derivan de la investigación y la práctica de la medicina es una exigencia fundamental en el mundo moderno, en donde prácticamente ningún fenómeno gravita en forma aislada.

La intersección de los conocimientos, la compenetración de disciplinas y campos del saber que inciden en los aspectos esenciales de la vida, el bienestar y la libertad de individuos y grupos sociales, como son el derecho y la medicina, se han tornado imperativas.

Desde siempre, la medicina y el derecho se atraen necesariamente en una interacción que evidencia su mutua dependencia, y deja ver un interés recíproco que va más allá de coyunturas y circunstancias, ya que se trata de una complementación que tiene que ver con el tipo de hombre y de sociedad que requerimos en el presente y queremos construir para el futuro. Desde esta perspectiva, su vinculación ha de ser vista, necesariamente, como un diálogo, en donde las ciencias médicas y de la salud abren sus puertas y la ciencia jurídica ha de regular adecuadamente su normativa jurídica, a partir de resguardar dos valores básicos: la vida misma y la libertad.

De hecho, una de las funciones del derecho consiste en identificar los valores implicados en cada caso concreto, en cada situación conflictiva. Y aludir a esta tarea es pertinente porque si bien los dos siglos que nos ha tocado vivir, el XX y el XXI, son caracterizados por muchos pensadores como las centurias del gran desarrollo y eficacia de los medios, son también, para otros, los de una enorme confusión en los fines.

Así, frente a la impresionante evolución y dinámica de la medicina moderna, que se visualiza como una espiral incesante, el reto del derecho estriba en establecer del modo más práctico y justo el mejor vivir del hombre, en ser un cabal instrumento para el mejoramiento social y comunitario. En este sentido, reiteramos que se trata de dos de las más trascendentes disciplinas fundacionales de la sociedad.

Y por ello es necesario también retomar los aspectos que nos permiten ser reflexivos, analíticos en el corazón mismo de ambas disciplinas. En el plano del conocimiento médico, durante las últimas décadas ha surgido con fuerza un nuevo paradigma que enfatiza la importancia de basar la toma de decisiones en «evidencia». La Medicina basada en la evidencia ha sido reconocida como una de las ideas más

influyentes de los últimos años; su significado lo podemos expresar de una manera sencilla: existe un cúmulo de evidencias científicas que deben ser la base de la acción médica en individuos y en poblaciones.

Considero que esta preocupación se comparte desde el ámbito del derecho e incluso en el ámbito político, en donde ahora es frecuente oír la expresión «políticas basadas en evidencia». Sin embargo, algunos autores sugieren que para la práctica política lo relevante no es que las políticas estén «basadas en ciencias» sino, más bien, que las decisiones políticas se guíen de acuerdo con las necesidades de las personas y consideren la información científica de alta calidad, ya que parten de un conjunto de conocimientos científicos y no científicos.

De parte de la Fundación Mexicana para la Salud y de la Academia Nacional de Medicina de México, quisiera destacar y agradecer la participación de los renombrados ponentes tanto del área médica como de la jurídica, especialistas que abordaron más de 30 temas de capital importancia en el terreno médico legal.

Reitero nuestro sincero agradecimiento a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por esta oportunidad, que espero sea sólo el inicio de una relación más amplia, que nos permita, en lo inmediato, una segunda edición de este acercamiento, así como desarrollar nuevas estrategias de convergencia entre la salud, la medicina y el derecho.

Mi más caro agradecimiento al Ministro José Ramón Cossío por su apoyo y confianza para acometer esta tarea, así como al equipo de trabajo que hizo posible su instrumentación. Este agradecimiento lo hago extensivo a todos los expositores que con su probado profesionalismo se comprometieron con este esfuerzo y e hicieron posible que cristalizara de la mejor manera.

Asimismo, a todos y cada uno de los asistentes y futuros lectores que con su amabilidad, atención y participación activa dan cuerpo y sentido a este esfuerzo de convergencia entre el conocimiento médico y el saber jurídico.

MINTRO. GUILLERMO I. ORTIZ MAYAGOITIA

Ministro Presidente,
Suprema Corte de Justicia de la Nación

Inicio con dos comentarios que considero indispensables. Primero: me parecen pertinentes las propuestas que se han señalado, en cuanto a la realización de nuevas actividades conjuntas entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Fundación Mexicana para la Salud (FUNSALUD) y la Academia Nacional de Medicina; tengo mucho interés en que así sea y estaremos muy atentos para llevarlas adelante, por lo que le pido al Ministro Cossío Díaz que sea el enlace para que esto pueda concretarse. Segundo: quiero externar mi reconocimiento y agradecer la participación de todos los distinguidos participantes en esta experiencia de intercambio y análisis; asimismo quiero destacar, de manera especial, la presencia del maestro Guillermo Soberón que constituye para todos nosotros una distinción que mucho le agradecemos.

La medicina y el derecho dos ciencias que históricamente han interactuado y que se complementan en diversos sentidos pero, sin duda, ambas tienen como centro de gravedad al ser humano. La primera se encarga de velar la salud y la segunda regula la conducta de los individuos en la sociedad; ambas buscan a fin de cuentas el bienestar individual y el colectivo: “la salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr paz y seguridad y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los estados”; esta aseveración que cito es parte de los principios básicos de la constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), fue formulado en 1946 y no ha perdido vigencia.

Teniendo presente este postulado de la OMS, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Fundación Mexicana para la Salud y la Academia Nacional de Medicina consideraron de suma importancia propiciar un punto de encuentro entre estas dos ciencias y así surgió el Seminario, cuyos resultados se compilan en esta obra. El Seminario buscó proporcionar una visión global, integrada y puntualizada de los temas que vinculan a la medicina, a las ciencias de la salud y al derecho. Desde el 16 de agosto hasta el 15 de diciembre de 2007, se dieron cita en este mismo lugar destacados especialistas de ambas disciplinas. Su experiencia y conocimientos fueron una guía confiable para tratar temas que sirven a nuestra sociedad y que se relacionan con el derecho a la protección de la salud como una garantía social, misma que desde 1983 aparece consagrada en nuestra Constitución. Los principios básicos de la protección de la salud, entendida como un derecho fundamental, se encuentran también reconocidos en el plano internacional, en documentos tan importantes como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; se trata pues, de un tema universal.

Los avances de la ciencia, la evolución de la tecnología y sus aplicaciones en la medicina no son ajenos al derecho; por el contrario, para un médico y para un jurista hay cada vez más temas que requieren de un estudio en conjunto, multidisciplinario, como bien lo señaló el doctor Ruiz de Chávez en su participación; ejemplos elocuentes son la medicina genómica, la bioética, los aspectos médicos y sociales del VIH/SIDA y la biotecnología, por mencionar sólo algunos.

En el sendero de la impartición de justicia se requiere del consejo de los expertos, de su orientación y de su voz, como apoyo fundamental para brindar soluciones, en donde no sólo es necesario el conocimiento jurídico, sino el saber de la medicina y la investigación científica. Debemos tener presente que el derecho y la justicia siempre estarán en contacto y en constante movimiento, siempre son perfectibles, nunca absolutos, evolucionan con y para la sociedad, comparten una misma utopía que es la felicidad del ser humano, como lo decía el Dr. Sergio García Ramírez, en una ocasión; la cita textual de este distinguido jurista es la siguiente:

En la larga marcha, siempre inconclusa y desconcertante, del hombre sobre la tierra, abundan los caminos que procuran un solo y mismo destino: la felicidad del ser humano,

*que es el nombre de una utopía. En esos caminos de numerosos caminantes transitan los cultivadores de antiguas profesiones, cada una con su propio método y su propia divisa para el acceso a la utopía. Entre ellos, médicos y abogados. Unos, los médicos, profesión de bata blanca que pretende la salud y la vida. Estos son los signos primordiales, esenciales, del sanatorio, el quirófano, el laboratorio. Otros, los abogados, profesión de toga negra, que aspiran a la libertad y la justicia. Son, a su turno, los signos del bufete, la fiscalía, la sala de audiencias, el despacho donde el magistrado medita y sentencia.**

El Seminario ha sido un éxito que nos llena de satisfacción a todos los que participamos en él; nuestra gratitud para todos ellos, pero también para quienes estuvieron presentes y para los posibles lectores de esta obra, que sin duda contiene numerosas enseñanzas que parten tanto del más actualizado conocimiento jurídico, como del más avanzado saber médico.

*Sergio García Ramírez: Intervención en la presentación del libro del Dr. Fernando Cano Valle: *Precepciones acerca de la medicina y el derecho*. México, UNAM, Facultad de Medicina-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 14 de Junio de 2001: publicada en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXV núm. 103, enero-abril de 2002, pp. 325-338

ÍNDICE DE AUTORES

José Francisco Barragán Riverón. Médico Cirujano egresado de la UNAM, con estudios de especialidad y maestría en Medicina Legal. Fue presidente de la Asociación de Medicina legal Mexicana y Ciencias Forenses, A.C. y del Consejo Mexicano de Medicina legal y Forense, A.C. Fue perito médico legista en los Servicios Médicos del Distrito Federal y ha sido coordinador de diplomados de medicina legal en la FES-Iztacala de la UNAM. Actualmente es asesor de dicha organización y asesor en medicina legal para el grupo médico Vrim, S.C.

Gerardo Barroso Villa. Médico cirujano egresado de la Facultad de Medicina de la Universidad La Salle, con especialidad en gineco-obstetricia (Centro Médico ABC). Realizó una Subespecialidad en Endocrinología Reproductiva e Infertilidad y una Maestría en Embriología Clínica y Andrología, ambos en The Howard and Georgeanna Jones Institute for Reproductive Medicine Eastern Virginia Medical School. Investigador Nacional Nivel I por el SIN. Actualmente es subdirector de Medicina Reproductiva del Instituto Nacional de Perinatología *Isidro Espinosa de los Reyes*.

Ingrid Brena Sesma. Licenciada en derecho por la UNAM; doctora en Derecho *Cum Laude* por la Universidad Complutense de Madrid e investigadora en el Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, en donde también coordina el Núcleo de Estudios en Salud y Derecho, integrado por científicos, filósofos y juristas. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel II, del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de Bioética, así como del Colegio de Bioética A.C. Es coordinadora del proyecto de Código Civil para el Distrito Federal y autora de varios libros y artículos sobre el tema.

Carlos Campillo Serrano. Médico Cirujano egresado de la Facultad de Medicina de la UNAM, con especialidad en Psiquiatría y Maestría en ciencias por esta misma institución. Es profesor titular de psiquiatría en la UNAM y en el Instituto Nacional de Neurología y Neurocirugía. Ha ocupado varios cargos de importancia: presidente de la Academia Nacional de Medicina, subdirector de Psiquiatría del INNN MVZ, presidente de la Asociación Mexicana de Psiquiatría, jefe de departamento de Investigaciones Epidemiológicas y Sociales del Instituto Nacional de Psiquiatría. Actualmente es titular de los Servicios de Atención Psiquiátrica de la Secretaría de Salud.

Fernando Cano Valle. Médico cirujano egresado de la Facultad de Medicina de la UNAM, con dos especialidades: en Cirugía de Tórax en el Hospital General de México de la SSA y en Neumología en la UNAM. En el ámbito académico ha ocupado diversos cargos entre los que destacan el de director y fundador del Programa Universitario de Investigación Clínica en la UNAM, y el de director de la Facultad de Medicina de la UNAM por dos periodos que van de 1983 a 1991. Asimismo fundó y coordinó el Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Es autor de 10 libros y de numerosos artículos científicos y de divulgación. Actualmente se desempeña como director general del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias.

Arturo Dib Kuri. Médico egresado de la Facultad de Medicina de la UNAM, posteriormente realizó las especialidades de Medicina Interna y Cirugía General, así como la subespecialidad de Cirugía de Trasplantes en el Instituto Nacional de Ciencias Médicas y de la Nutrición "Salvador Zubirán". En 1978 realizó el primer trasplante de páncreas en México. Es profesor adjunto de la cátedra de gastroenterología, de la maestría en trasplantes de la UNAM y en la Universidad la Salle. Dirigió el Registro Nacional de Trasplantes y actualmente es director general del Centro Nacional de Trasplantes, de la Secretaría Salud.

Germán Fajardo. Médico cirujano egresado de la Universidad La Salle y especialista en Otorrinolaringología por el Hospital General de México de la SSA. Cuenta con estudios de posgrado en Alta Dirección en el IPADE. Se desempeñó como Director General del Hospital General Dr. Manuel Gea González del 2004 al 2006. Es investigador en ciencias médicas "C" de la Secretaría de Salud y profesor de la Facultad de Medicina de la UNAM. Actualmente funge como Comisionado Nacional en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

Raúl González-Salas Campos. Licenciado en Derecho por la UNAM, con maestría en Política Criminal por la misma institución. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, España. Ha realizado tareas de investigación en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal en Freiburg, Alemania. Es miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, A.C. Es autor de

diversos libros y actualmente es profesor titular en el Instituto Tecnológico Autónomo de México de las cátedras y se desempeña como responsable del despacho “González-Salas y Asociados, S.C.”.

Sofía Gómez Ruano. Licenciada en Derecho por la Universidad Panamericana, de la que fue titular de la materia de Arbitraje comercial. Se desempeñó como Secretaria general del Centro de Arbitraje de México del 2000 al 2004. Actualmente funge como Consejera Adjunta de dicho centro. Es coordinadora de los temas de mediación y arbitraje en la Asociación Nacional de Abogados de Empresa. Fue designada por el gobierno mexicano como miembro del Comité de Solución de Controversias del Tratado de Libre Comercio con América del Norte (Comité 2022). Actualmente su práctica profesional se centra en las áreas de mediación, arbitraje y derecho corporativo como socia del despacho Azar, Ortega y Gómez Ruano.

Griselda Hernández Tepichín. Médico Cirujano egresada de la Universidad La Salle, con especialidad en Pediatría y Sub-especialización en Infectología Pediátrica en el Instituto Nacional de Pediatría. Ha sido catedrática de la Salle, la UNAM y del Instituto Nacional de Pediatría. Desde 1989 es investigadora de la Secretaría de Salud y se ha desempeñado en diversos cargos, particularmente dentro del Consejo Nacional para la Prevención y Control del Sida en México. Ha publicado diversos artículos en el área de VIH/SIDA y ha participado en la elaboración de Normas Oficiales y Guías de Prevención y Tratamiento del VIH/SIDA. Actualmente es Directora de Atención Integral del Centro Nacional para la Prevención y Control del VIH/SIDA (CENSIDA).

Luis Fernando Hernández Lezama. Psicólogo egresado de la Universidad Autónoma de Puebla, con estudios de posgrado en Neuropsicología en la UNAM, en donde es profesor desde 1974. Ha sido representante de México ante varios organismos internacionales de normalización. También ha sido secretario técnico adjunto del Gabinete de Salud de la Presidencia de la República; Coordinador de asesores de la Secretaría de Regulación y Fomento Sanitario de la SSA y Subprocurador de Auditoría Ambiental de la Procuraduría Federal de la Protección al Ambiente. Actualmente es Vicepresidente Ejecutivo de la empresa *Consultoría Especializada y Gestión Integral*.

Carla Huerta Ochoa. Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y doctora en Derecho Administrativo por la Universidad Autónoma de Madrid, con estudios de post-doctorado en Filosofía y teoría del Derecho por la Universidad de Kiel, en Alemania. Es investigadora titular "B" de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. La Universidad Nacional Autónoma de México la reconoce con el PRIDE Nivel C y dentro del Sistema Nacional de Investigadores está en el Nivel 1.

Gerardo Jiménez Sánchez. Médico egresado de la UNAM, con especialidad en Pediatría y doctorado en Genética Humana y Biología Molecular por la Universidad Johns Hopkins. Fue investigador residente de FUNSALUD y es titular de la Cátedra Silanes FUNSALUD en Medicina genómica. Sus trabajos en genómica incluyen el primer análisis médico sobre el genoma humano. Es miembro de prestigias academias en México y en el extranjero; presidente fundador de la Sociedad Mexicana de Medicina Genómica. Actualmente es Director General del Instituto Nacional de Medicina Genómica.

Pablo Kuri. Médico cirujano egresado de la UNAM y Maestro en ciencias Sociomédicas con énfasis en Epidemiología por la misma institución. Cuenta con Especialidad en Salud Pública. Es miembro de la Sociedad Mexicana de Salud Pública desde 1996 de la que fue Secretario General y Director de la Sección de Epidemiología. Ha sido Consultor para las Naciones Unidas en el Programa de Control de Drogas. Actualmente es director general de Epidemiología de la Secretaría de Salud, coordinador del Comité de Monitoreo y Evaluación del CONASIDA, además de director general del Centro de Vigilancia Epidemiológica.

Rodolfo Lara Ponte. Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, con estudios de postgrado en Estados Unidos. Actualmente es candidato a doctor por la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España. Ha ocupado diversos cargos dentro del sector público: Contralor Interno en las secretarías de Gobernación y de Programación y Presupuesto; secretario de Administración y Consejero de la Judicatura Federal; oficial mayor de la Secretaría de Desarrollo Social y visitador general en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Actualmente es Secretario Ejecutivo de Servicios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Antonio Legaspi Velasco. Médico egresado de la Facultad de Medicina de la UNAM. Es Maestro en Salud Pública y Administración y ha realizado estudios de postgrado de Medicina del Trabajo en el IMSS. Cuenta con el diplomado en Derecho Laboral y Seguridad Social del ITAM y con la especialidad en Administración del Trabajo y Previsión Social en el Instituto Nacional de Administración Pública. Fue Coordinador de la especialidad de Medicina del Trabajo del IMSS y de las maestrías en el mismo campo en la UNAM y en el Instituto Politécnico Nacional (IPN), así como del diplomado en el ISSSTE. Labora actualmente como Gerente de Desarrollo de Recursos Humanos en la empresa Luz y Fuerza.

Alberto Lifshitz Guinzberg. Médico Cirujano, especialista en Medicina Interna. Miembro titular de las Academias Nacional de Medicina y Mexicana de Cirugía, de la Sociedad Mexicana de Historia y Filosofía de la Medicina. Es profesor definitivo de la Facultad de Medicina de la UNAM, y fundador de la Asociación de Medicina Interna de México (hoy Colegio) y del Consejo Mexicano de Medicina Interna. Miembro de los cuerpos editoriales de 11 revistas. Ha escrito 19 libros, 72 capítulos de libro y más de 300 artículos en revistas, 47 de ellos de investigación. Actualmente Director General de Coordinación de los Institutos Nacionales de Salud, de la Secretaría de Salud.

Eduardo Magallón. Licenciado en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México. Es socio fundador del despacho "Magallón y Peniche". Ha sido designado panelista, por los gobiernos de México y Estados Unidos de América, en diversos foros binacionales y también ha sido designado Árbitro en el Banco Mundial. Actualmente es Árbitro de la Cámara Internacional de Comercio, dentro del Capítulo Mexicano. Es miembro de la Barra Mexicana de Abogados, del Colegio de Abogados y Presidente de la Comisión de Derecho Internacional, además de ser miembro de la Barra Internacional de Abogados. Es profesor de asignatura en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y de la Universidad Panamericana. Forma parte del grupo de académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, de la UNAM.

Marco Michel. Licenciado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ha cursado los diplomados *Derecho, Salud y Bioética* y *Cabildeo y Producción Jurídica* ambos en el Instituto Tecnológico Autónomo de México. En la Secretaría de Salud ha

ocupado los cargos de asesor jurídico, asesor en Política Normativa de la Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud, asesor del Centro Nacional de Vigilancia Epidemiológica y Control de Enfermedades. Asimismo ha sido subdirector de Política Normativa, en la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios; asesor de la Subsecretaría de Prevención y Control de Enfermedades y jefe de Departamento de Convenios Dirección General de Asuntos Jurídicos.

Gonzalo Moctezuma Barragán. Licenciado en derecho por la UNAM, con maestría en Derecho por la Universidad de Georgetown. Tiene la especialidad en Amparo por la Universidad Panamericana. Actualmente cursa el doctorado en Derecho en la UNAM. Ha sido catedrático en diversas instituciones de enseñanza superior y es miembro activo de la American Society of Law Medicine and Ethics y de la Barra Mexicana Colegio de Abogados. Ha ocupado diversos cargos en el sector público y también se ha desempeñado como asesor de la Academia Nacional de Medicina de México y como abogado general de la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente es secretario ejecutivo del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.

Pedro Morales Aché. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Litigante especializado en el tema de salud y derechos humanos, en materia de exigibilidad judicial del derecho a la protección de la salud, libertad reproductiva, VIH/SIDA y responsabilidad médica profesional. Patrocinó los juicios promovidos en México por los enfermos de VIH/SIDA para lograr un acceso efectivo a los medicamentos. Actualmente es director general de Medilex, Consultoría Médico Legal; socio fundador del Colegio de Bioética A.C., consultor legal del Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C. (GIRE) y director de la Revista Mexicana de Bioética.

José Narro Robles. Médico cirujano por la Facultad de Medicina de la UNAM, en donde obtuvo Mención Honorífica. Efectuó estudios de posgrado en Medicina Comunitaria en la Universidad de Birmingham, Inglaterra. Es profesor Titular "C" de tiempo completo en la UNAM, en la que se desempeñó como Secretario general. Fue director de la Facultad de Medicina en esta universidad, de la cual es actualmente Rector. Forma parte de la Academia Nacional de Medicina de México, de la Academia Mexicana de Ciencias y de la Real Academia de medicina de Cataluña, España. En la administración pública federal ha

ocupado diversos cargos de primera importancia en el IMSS en la Secretaría de Gobernación y en la de Salud.

Manuel H. Ruiz de Chávez. Médico egresado de la Facultad de Medicina, UNAM con Maestría en Ciencias, Universidad de Londres. Ha ocupado numerosos cargos tanto en la administración pública como en instituciones de los sectores social y privado, entre los que destacan: la dirección general del Instituto de Servicios de Salud del DF; la subdirección corporativa de Servicios Médicos de PEMEX, la dirección general de Investigación y Vinculación Académica de los Institutos Nacionales de Salud de la SSA. Así como la Subsecretaría de Planeación de la SSA. Ha sido presidente ejecutivo y asociado fundador de la Fundación Mexicana para la Innovación y Transferencia de Tecnología. Actualmente Presidente de la Fundación Mexicana para la Salud y vicepresidente de la Academia Nacional de Medicina de México, en la cual ocupará la presidencia para el periodo 2009-2010.

Humberto Ruiz Quiroz. Abogado, cursó estudios de Derecho en la Escuela Libre de Derecho de la ciudad de México de 1950 a 1954 y obtuvo su título en esa institución el 7 de septiembre de 1955. Asistió a la VII Conferencia anual de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, celebrada en La Habana en febrero de 1955, donde tomó los cursos correspondientes y obtuvo el diploma respectivo. Realizó cursos de posgrado en la Universidad de Madrid. Ha impartido diversos cursos en la Escuela Libre de Derecho, en la Universidad Anáhuac, en la Universidad La Salle y en la Universidad Ibero-Americana. Actualmente imparte el curso de Derecho de seguros y fianzas en la Escuela Libre de Derecho.

Eréndira Salgado. Licenciada, maestra y doctora en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM, con especialización en Finanzas Públicas y especialización en Derecho Judicial y Amparo por el Instituto de la Judicatura Federal. Obtuvo el Diploma en Administración y Empresa Públicas del CIDE. Actualmente es Coordinadora General de la Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac, plantel Norte. Ha ocupado diversos cargos de carácter público. Es catedrática en la UNAM tanto de pregrado como de posgrado. Ha representado al gobierno mexicano ha sido Integrante de la Delegación Mexicana

Negociadora de la Convención de la ONU sobre Biodiversidad, Montpellier, Francia, diciembre 2000. Es integrante de la Comisión Intersecretarial negociadora en las Reuniones bilaterales México-Estados Unidos de América.

Guillermo Soberón. Médico por la UNAM, doctorado en ciencias por la Universidad de Wisconsin y miembro de El Colegio Nacional. Entre sus múltiples cargos ha sido Jefe del Departamento de Bioquímica del Instituto Nacional de Nutrición; Director del Instituto de Investigaciones Biomédicas, Coordinador de la Investigación Científica y Rector de la UNAM. Condujo los trabajos que llevaron al establecimiento del derecho a la protección de la salud en la Constitución del país. Impulsó el desarrollo del Sistema Nacional de Salud al frente de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, que transformó en Secretaría de Salud y, promovió, asimismo, la promulgación de la Ley General de Salud y del primer Programa Sectorial de Salud en el contexto de la Planeación Nacional de Desarrollo. Actualmente es Presidente del Consejo de la Comisión Nacional de Bioética.

Xavier Soberón Mainero. Químico egresado de la Universidad Iberoamericana, con doctorado en Investigación Biomédica por la Universidad Nacional Autónoma de México. Es investigador de la UNAM en las áreas de Ingeniería genética y Biotecnología, e Investigador Nacional Nivel III. Es profesor del programa de maestría y doctorado en Ciencias Bioquímicas de la UNAM; asimismo es catedrático en la licenciatura en Ciencias Genómicas de la UNAM. Fue director del Instituto de Biotecnología de la UNAM y presidente de la Academia de Ciencias de Morelos. Destaca su participación en el Comité de Biotecnología de la Academia Mexicana de Ciencias y el Consejo nacional de Ciencia y tecnología desde 1998 hasta la fecha.

Luis Miguel Vidal Pineda. Médico Cirujano egresado de la Universidad la Salle, con estudios de maestría en Administración de Servicios de Salud por la UNAM y en Gestión Educativa por el Consejo Iberoamericano en Calidad Educativa. Cuenta con la especialidad en Calidad Total por el Instituto Mexicano de Control de Calidad, y con tres Diplomados por el ITAM. Ha sido socio y fundador de diversas organizaciones vinculadas a Calidad de la Atención a la Salud, coordinador de la Unidad de Estudios sobre el tema del Instituto Nacional de Salud Pública, en donde también ha participado como docente e

investigador. Es presidente del Comité del Sistema de Salud Eficiente de la Asociación Mexicana de Instituciones de Seguros; de la Sociedad Mexicana de Calidad de la Atención a la Salud y vicepresidente de la Sociedad Latinoamericana para la Calidad en la atención de la Salud. Actualmente se desempeña como director nacional médico y de hospitales de Grupo Nacional Provincial.

Rodolfo Vázquez Cardozo. Licenciado en Filosofía por la Universidad Iberoamericana y maestro en Filosofía por esa misma universidad. Ostenta también el doctorado en Filosofía por la UNAM. Asimismo es licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Ha sido profesor del Instituto Universitario de Ciencias de la Educación (IUCE) en el Colegio de Filosofía, en la Universidad Iberoamericana (UIA), en el Instituto Tecnológico Autónomo de México ITAM, en the Oxford University, entre otras instituciones educativas. Es asesor de la Dirección Académica de la Escuela Libre de Derecho de Puebla, así como de tesis, exámenes profesionales y dictámenes de investigación, además de conferencista permanente en mesas redondas, cursos y seminarios.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en octubre de 2008 en los talleres de Ediciones Corunda, S.A. de C.V., calle Panteón, núm. 209, Bodega 3, Col. Los Reyes Coyoacán, Delegación Coyoacán, C.P. 04330, México D.F. Se utilizaron tipos Arial de 11 y 12 puntos y Arial bold de 12 y 14 puntos. La edición consta de 3,000 ejemplares impresos en papel cultural de 90 grs.

