Capítulo II

La Naturaleza Jurídica de la Salud

Sumario: 2.1 El Bien Jurídico Tutelado 2.2 La Base Constitucional 2.3 Diversas disposiciones de la materia 2.4 Relación del médico-paciente

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SALUD. La salud es ámbito predilecto de la sociedad igualitaria. Poca importancia tiene la disminución de otras desigualdades sociales si no se manifiesta de una vida sana y de mejor calidad. En este apartado se abordará un bien tutelado de mucha relevancia, como lo es el de salud.

2.1 EL BIEN JURÍDICO TUTELADO. El sistema de responsabilidad penal se propone tutelar hasta donde es posible, en la forma y medida pertinente, bienes jurídicos relevantes de cuya incolumidad depende la subsistencia misma de la sociedad, o al menos la obtención y protección de cierta calidad de vida.

Hoy en día, las corrientes democráticas en materia penal aseguran que las disposiciones de este carácter tienen como objetivo preservar bienes jurídicos, precisamente, y no solo ideas, convicciones o costumbres. Los bienes jurídicos sujetos a tutela penal como lo es el de salud, derivan de nuestra Constitución.

En la actualidad prevalece ampliamente la idea de protección de bienes jurídicos, a partir de los postulados de la propia Constitución[67],

[67] Eduardo García Maníes sostiene que: La Constitución en sentido formal es, el documento que contiene las normas relativas a la estructura fundamental del Estado.

que expone aquéllos y dispone límites y medidas, siempre bajo el criterio que constituye la máxima constante del derecho penal democrático, de que la reacción penal es el último recurso de control, jamás el primero, ni el mas practicable, ni el mas eficiente. En esto se sustenta el concepto de mínima intervención penal del Estado, con sus diversas consecuencias, siempre defendidas e invariablemente asediadas.

Las constituciones del mundo promulgadas después de la Segunda Guerra Mundial, otorgan al igual que todos los textos internacionales de tutela de derechos humanos, la más alta categoría al derecho a la vida, que es el núcleo y del cual derivan a su vez todos los demás bienes jurídicos. Las hecatombes anteriores a 1945 llevaron a la conciencia de los pueblos la necesidad de conservar de forma expresa el derecho a la vida como derecho básico, no estimándose suficiente el reconocimiento implícito de los antiguos textos definidores de los derechos humanos esenciales[68].

Así es que, uno de los bienes jurídicos que el derecho penal preserva en sus disposiciones es el de la salud, y en el que instala los tipos penales (descripción de conductas proscritas y sancionadas), y las penas (las consecuencias rigurosas a esas conductas). Toda vez que la salud, es el espacio en que trabaja la medicina. Así es pues, el derecho penal recoge las nociones de licitud e ilicitud que le proporciona el orden jurídico completo, reprochando los comportamientos ilícitos y conminando con penas a quienes incurran en ellos, para servir al doble fin de la prevención en general y al de la prevención especial.

---

[68] Ob. Cit. p. 48

México ha señalado el derecho a la protección de la salud como inalienable del ser humano, y por tanto, se promocionan en primer lugar la seguridad, el bienestar bió-psico-social, la asistencia, el desarrollo personal y económico del individuo[69].

Los sistemas de prestación de salud son el público y el privado; y estos dependen de las condiciones económicas, políticas y sociales imperantes, ya que el desarrollo social se proyecta en la salud y en la enfermedad.

La atención de salud privada en México es variada, poco definida y en proceso de evolución. Existen desajustes serios en la relación entre operación y costos, los médicos carecen de entrenamiento administrativo y los administradores no comprenden la responsabilidad médica, lo que solo se logra con la educación.

El presidente de México, Vicente Fox ha hecho explícito al respecto, manifestando que:

> "...Debemos garantizar atención médica de calidad para todos los mexicanos, más allá de su situación económica o del lugar en que vivan en el país. Estamos hablando de que todos dispongamos de servicios esenciales de salud y todos seamos atendidos por personal capacitado, con atención de calidad.
>
> Mejorar la calidad es, pues, asegurar que exista el abasto suficiente de medicamentos para los pacientes, que los tiempos de espera para una consulta o una intervención sean razonables y

[69] Ob. Cit. p 31

que el trato que reciban los enfermos y sus familiares sea de pleno respeto a su dignidad.

La falta de un sistema universal de seguridad que abarque a toda población, hace que a menudo las familias tengan que optar entre atender sus problemas de salud o preservar su patrimonio económico, de por sí raquítico.

El compromiso de mi gobierno es establecer un Seguro Popular que se vaya extendiendo paulatinamente a toda la población, a fin de garantizar que para el año 2006 estén cubiertas por él todas aquellas familias que no se encuentren afiliadas a una institución de seguridad. . .[70]"

El derecho a la salud ha sido reconocido por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y ratificado en varias ocasiones. La OMS define a la *salud* como:

". . .un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente ausencia de enfermedad. Considera la salud como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y por tanto promueve el goce del grado máximo de la salud que se puede alcanzar. . .[71]"

2.2 La Base Constitucional. Primeramente cabe señalar que en México, el deber por parte del Estado de asegurar el acceso a los servicios de salud para todos los ciudadanos está comprendido en el

---

[70] **Cano Valle**, Fernando y otro. *La administración de justicia en el contexto de la atención médica*. Ed. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2003, pp. 24 y 25.
[71] Ob. Cit. pp. 48 y 49.

artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La Ley definirá las bases y las modalidades para el acceso a los servicios de salud (Ley General de Salud).

Cabe señalar que la salud es el bien jurídico tutelado, que gira en torno a la práctica médica y a las numerosas cuestiones que, relacionadas con esta, trae como consecuencia la responsabilidad jurídica. Así mismo, es trascendental mencionar de una vez las bases del cuidado de la salud que se halla en nuestra Constitución Política y en otros destacados ordenamientos, y marco general para el ejercicio de la medicina.

Como se puede observar los bienes tutelados por el derecho penal derivan de la ley fundamental de una Nación. Tal es el caso de México, sin duda alguna, si se atiende a un concepto que acoge nuestra ley suprema: "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud[72]".

Obsérvese que esta disposición no habla, ni podría hacerlo, so pena de caer en el absurdo, de que toda persona tenga derecho a la salud. El derecho individual tiene otro alcance, para que sea accesible, y racional: "protección de la salud"[73].

El derecho a la protección a la salud está vinculado, por su origen, al derecho asistencial y al de la seguridad social. Sin embargo, al incluirse en los textos constitucionales el derecho a la protección de la salud no sólo ya no se relaciona necesariamente con la asistencia y la

[72] Artículo 4°, cuarto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
[73] Es decir, derecho a condiciones que preserven el bien precio salud.

seguridad social, sino que adquiere rango propio, adquiere autonomía, incorporándose a la cada vez más larga lista de os derechos sociales.

Sobre el tema, Ruiz Massieu comenta:

> ". . .En la historia de las constituciones mexicanas, las referencias a la salud han sido vagas. Es recién con la adición al artículo 4° de la Constitución vigente por medio de la reforma del 3 de febrero de 1983, que se hace una mención directa al derecho a la protección de la salud.
>
> A pesar de que México posee una rica tradición constitucionalista relativa a los derechos del hombre y aún más, a los derechos sociales, las constituciones no recogieron un concepto preciso de salud porque la materia no fue regulada en la Ley Fundamental hasta 1983, y porque por aplicación de una técnica constitucional que han seguido, tanto los congresos constituyentes como el pode reformador de la misma, la carta magna no recoge definiciones de los preceptos contenidos en ella.
>
> Ante la ausencia de definición constitucional del concepto de salud, la doctrina Mexicana ha optado por seguir la interpretación que de la misma hace la OMS cuando dice que: "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. . .[74]".

En nuestro país, la normatividad específica para la defensa del derecho a la protección de la salud se encuentra expresada en la Constitución Federal, en la Ley General de Salud, en la Ley Federal del

---

[74] Ob. Cit. pp. 1 y 2

Trabajo y en la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente.

Si bien la consagración constitucional de este derecho social fue respuesta de una demanda popular por años diferida, podrían alcanzarse voces disidentes: para algunos puede ser innecesaria por considerar que por tratarse de un derecho humano poco añade su constitucionalización; para otros podría mirarse como un acto efectista, pues de suyo no acelera ni ensancha la cobertura de los servicios de salud y más de alguno pudiera calificarla de tardía[75].

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

La salud es un tema jurídico de primer orden. Si hubiésemos abordado este asunto un siglo atrás, se habría localizado en el derecho secundario, reduciéndola a ordenamientos legales y reglamentarios, fuera de la Constitución, en la que se alojan las cuestiones más graves y relevantes de la nación.

En rigor, no existe, ni podría existir un derecho a la salud, en el sentido estricto de la expresión. Toda vez que, lo que hay es un derecho a la protección de la salud; es decir, al establecimiento de condiciones

[75] Ob. Cit. p. 8

que permitan el cuidado de este bien fundamental para la conservación de cierta calidad de vida. Esto supone que el Estado obligado natural bajo el concepto de los derechos humanos inicie, fomente, preserve, y desarrolle dichas condiciones. Uno de los aspectos de esta misión, pero no el único, es el establecimiento de centros de prevención y asistencia; es decir, servicios de salud destinados a atender a todas las personas.

Desde luego, el primer derecho humano, que lógicamente preside y precede a los restantes, sin el cual éstos carecerían de sentido y actualidad, es el derecho a la vida. A partir de la tutela de la vida y como consecuencia obligada de esa tutela en su doble dimensión: la existencia y la calidad d vida se estatuye la protección de la salud.

Ruth Roemer en el año 1989 comenta al respecto que:

> ". . .Por lo general, la función principal de las disposiciones constitucionales que establecen el derecho a la atención de la salud es simbólica: denotan la intención del gobierno de proteger la salud de los ciudadanos. La mera declaración de una política nacional no basta por sí sola para garantizar el derecho a la atención de la salud, sino que este derecho debe traducirse en leyes, programas y servicios específicos. Sin embargo, la mención del derecho a la atención de la salud en la Constitución sirve para dar a conocer al individuo que su protección forma parte de la política del gobierno y se refleja en las leyes fundamentales de la nación. . .[76]"

149941

[76] Ob. Cit. p. 15

2.3 DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA MATERIA. El derecho mexicano de salud se integra por el derecho público subjetivo a la protección de ésta (artículo 4° cuarto párrafo, de nuestra Carta Magna, como ya se mencionó en el punto que antecede), y por la atribución al órgano legislativo federal de las facultades para legislar en materia de salubridad general (artículo 73, fracción XVI)[77]. De estos numerales deriva la *Ley General de Salud*, que establece el extenso catálogo de asuntos que abarca la salubridad general (artículo 3° LGS)[78], y de dicha ley se deducen otras normas, con fuente administrativa, ya no pues, emanadas del Congreso, sino del Ejecutivo (caso de su *reglamento*) u otros órganos de la administración pública, facultados por la ley, y con jerarquía subalterna. En este marco aparecen los *reglamentos*, los *acuerdos*, las *circulares* y las *normas oficiales*.

Y por lo que respecta al Estado de Nuevo León, la Ley Estatal de Salud y su Reglamento conceptúan disposiciones similares a las establecidas en las leyes y reglamentos mencionados con antelación.

Tomando en consideración que, los *servicios de salud* son 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, estos servicios se clasifican en las categorías de atención médica, salud pública, y asistencia social.

En el rubro de atención médica, constituida por el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud, figuran las actividades preventivas, curativas y de rehabilitación. Los servicios de salud se clasifican en

---

[77] V. Apéndice E.

públicos a la población en general; a derechohabientes de instituciones de seguridad social; sociales y privados, cualquiera que sea la forma en que se contratan; y otros que se brindan de conformidad con lo que establezca la autoridad sanitaria.

El usuario de los servicios de salud es, toda aquella persona que requiera u obtengan los servicios que presenten los sectores público, social y privado en las condiciones y conforme a las bases que para cada modalidad se establezcan, en la Ley Estatal de Salud y demás disposiciones aplicables.

La Ley General de Salud, en su artículo 51, señala que los usuarios de los servicios de salud tendrán derecho a:

" 1.- Obtener prestación de salud oportuna de calidad idónea.
2.- Recibir atención profesional y éticamente responsable.
3.- Recibir un trato digno por parte de los trabajadores de salud.
4.- Manifestar sus inconformidades con respecto a la prestación de los servicios de salud.[79]"

Esta misma Ley establece los criterios médico-legales que se utilizarán para considerar cada patología como enfermedad transmisible, laboral o profesional, así como los procedimientos y responsabilidades gubernamentales o profesionales para su notificación, seguimiento, vigilancia, evaluación y control sanitario.

Dentro de la responsabilidad penal del profesional de la medicina, el Ministerio Público puede solicitar colaboración pericial a las

[79] Por eso son tan importantes los valores del médico y de la institución donde se de la relación médico-paciente, ya que son tan importantes como su capacidad técnica.

autoridades del sector administrativo de la salud, por lo que corresponde a la Secretaria de Salud la formulación de dictámenes en procedimientos relativos a la responsabilidad penal de cualquier médico, que se le impute un hecho presumiblemente delictivo; y para llevar acabo esta actividad pericial, es importante la contribución de especialistas en la materia, lo cual constituye una de las mas importantes tareas que se deben cumplir, esto es a través del personal técnico. Esta actividad puede constituir una garantía para la procuración y la administración de justicia, proyectada hacia los legítimos intereses del médico y el paciente.

Con el surgimiento de la CONAMED se tiene como ventaja, el solicitar el dictamen de médicos preparados para el desarrollo de la tarea pericial, conforme a los requerimientos precisos del dictamen.

Como complemento a las disposiciones relacionadas con la materia, es de mencionarse la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, especifica las responsabilidades de las Secretarías de Salud y Desarrollo Social, entre otras, en la vigilancia evaluación y control de los procesos de deterioro del ambiente y su impacto sobre la salud humana.

Igualmente la Ley Federal del Trabajo reglamentaria del artículo 123 constitucional, menciona los derechos laborales de los que todo trabajador dispondrá para el desempeño de sus actividades de un ambiente digno, sano y agradable, donde además disponga de los medios adecuados para proteger su vida y prevenir las enfermedades, fomentando su salud física y mental.

La importancia de todos estos documentos radican, en el establecimiento de la responsabilidad de los servidores públicos y profesionales encargados de la prestación de servicios médicos, y tipifican los delitos derivados de negligencia profesional y negación de atención médica.

2.4 Relación del médico-paciente. La gran tendencia mundial apunta a la combinación de regímenes *privados y públicos* de asistencia médica. Estos se valen de instituciones gubernamentales o paraestatales y de médicos que laboran permanentemente en ellas, o bien, se auxilian de unidades privadas y consultorios particulares, a los que se encomienda, por subrogación, el tratamiento de los pacientes.

En México se ha desarrollado el concepto constitucional del derecho a la protección de la salud, y este constituye uno de los denominados derechos humanos de "segunda generación", es decir, derechos de contenido social que tiene como contrapartida ciertas acciones, prestaciones o promociones del Estado (y no solamente abstenciones que es lo característico de los derechos de primera generación, los tradicionales, primeros en las reivindicaciones del ser humano frente al poder público), se ejerce por servicios médicos públicos y privados, entre otros medios y procedimientos.

En efecto, los modelos en este tipo de relación medico-paciente han variado con el curso del tiempo y conforme a las circunstancias prevalecientes. Ha existido el modelo *paternalista*, en el que el médico decide; el modelo *autónomo*, cuando el paciente toma sus propias decisiones y el médico se atiene a ellas; y el modelo *responsable*, en el

que las dos partes asumen la responsabilidad y deciden teniendo conocimiento y libertad para hacerlo[80]. Esta última, es la que se aplica actualmente en nuestra entidad, toda vez que, la obligación recae en ambos sujetos.

La relación médico-paciente constituye, dentro de las relaciones humanas, una de las más complejas e intensas, por ser ésta una relación entre iguales, pero no una relación horizontal la que media entre el enfermo y el médico; el que sufre una enfermedad y el que tiene la facultad y el conocimiento profesional de sanar.

Los pacientes acuden a consulta con un profesional de la medicina con una idea prefabricada de lo que su diagnóstico, tratamiento y pronóstico es en base a las costumbres, mitos, creencias que al respecto se tenga e incluso en mérito a la cultura o influencia cultural del paciente, quien busca la reafirmación de su diagnóstico. Es por ello que el médico debe interiorizarse en el universo del paciente, conociendo sus interpretaciones, sin dejar de atender signos y síntomas que éste presente, evitando dejar influenciarse y con ello también emitir diagnóstico erróneo. Las condiciones necesarias y suficientes que debe poseer el médico son: la empatía, la congruencia y la aceptación positiva.

El desarrollo de las culturas ha traído como consecuencia que las relaciones médico-paciente se distancien, considerándose eventualmente al hombre como máquina, como sólo apto para la producción despojando a la medicina de todo atributo humano, sin embargo no siempre ha sido así, en otras épocas existió realmente tal

[80] Ob. Cit. p. 8

relación con su fundamentación esencial con la comunicación entre los hombres substanciado por el mas grande sentimiento, el afecto, vínculo éste que no ha desaparecido tan sólo está rezagado, oculto, por ello el interés en rescatarla[81].

[81] Choy García, Sonia A. *"Responsabilidad en el Ejercicio de la Medicina"*. Ed. OGS, México, 1997. pp. 11 y 12.