

Sección primera

RÉGIMEN JURÍDICO DEL SIDA

I. Generalidades . . . . .	479
1. Introducción . . . . .	479
2. Situación en México. . . . .	480
II. Aspectos constitucionales . . . . .	481
1. Preliminares . . . . .	481
2. La Constitución ante el SIDA . . . . .	483
3. El Consejo de Salubridad General. . . . .	487
4. Las constituciones locales frente al SIDA. . . . .	488
III. Análisis de la Ley General de Salud con relación al SIDA . . . . .	490
1. Introducción . . . . .	490
2. Principales disposiciones aplicables al SIDA. . . . .	491
3. Reforma y adición que se proponen a la Ley General de Salud . . . . .	496
IV. Aspectos administrativos . . . . .	502
1. Política sanitaria . . . . .	502
2. Instituciones vinculadas . . . . .	503
V. Aspectos sanitarios . . . . .	503
1. Introducción . . . . .	503
2. Controles . . . . .	504
3. Instrumentos . . . . .	505
4. Disposiciones reglamentarias. . . . .	506
VI. Derechos humanos y el SIDA . . . . .	508
Algunos aspectos de derechos humanos en relación con el SIDA . . . . .	508
VII. El derecho penal y el SIDA . . . . .	514
1. El derecho penal. . . . .	514
2. Análisis de la legislación vigente en cuanto a los tipos de homicidio, lesiones y contagio . . . . .	515
3. Conclusiones y recomendaciones. . . . .	528

## SECCIÓN PRIMERA

# RÉGIMEN JURÍDICO DEL SIDA

## I. GENERALIDADES

### 1. *Introducción*

Aunque los orígenes del SIDA continúan siendo un misterio, los científicos descubrieron finalmente la causa, después de muchos años de estudios. Fue en París, en 1983, y en Estados Unidos, en 1984, cuando los científicos aislaron el virus que causa el SIDA. Es conocido como virus asociado con linfadenopatía (L.A.V.), virus linfotrópico tipo III (H.T.L.V. III) o la más reciente denominación: virus de la inmunodeficiencia humana (V.I.H.). El virus infecta a células del aparato inmunológico y del sistema nervioso central. Al ser atacado el sistema inmunológico, el cuerpo no puede luchar contra las infecciones oportunistas que le atacan (infección oportunista es aquella causada por un microorganismo que puede encontrarse comúnmente en el medio, pero que sólo causa enfermedades cuando se aloja en un cuerpo cuyas defensas han disminuido).

Las últimas investigaciones han confirmado que el virus no puede transmitirse mediante contactos casuales; y aunque ha sido aislado de sangre, semen, orina, leche materna, lágrimas y saliva, no ha sido demostrada la transmisión del virus a través de la saliva y las lágrimas. El virus del SIDA se transmite principalmente por cuatro mecanismos que son: 1) el contacto sexual con una persona infectada, tanto en relaciones homosexuales masculinas como heterosexuales; 2) contaminación por sangre y/o productos sanguíneos; 3) la transmisión perinatal (antes, durante y después del nacimiento), y 4) por trasplante de órganos y tejidos contaminados.

Un punto importante en las investigaciones es el descubrimiento de una prueba en sangre con la técnica llamada ELISA, con la cual se detectan anticuerpos que el organismo infectado ha desarrollado contra ese virus. La primera aplicación de la detección fue en bancos de

sangre, como medida preventiva para evitar utilizar, con fines terapéuticos, unidades de sangre contaminadas con el virus que causa el SIDA. Pese a que con esta prueba no se puede realizar el diagnóstico de SIDA, el hecho de tener resultados positivos ha sido suficiente para que en Estados Unidos se rechace a las personas que quieren ingresar al ejército, aislarlos, incapacitarlos para el ejercicio médico, así como negarles un seguro de vida y de gastos médicos.

Hasta el momento no hay cura para los cientos de personas con SIDA o portadores del virus. Las investigaciones se han encauzado hacia dos áreas: encontrar una vacuna para prevenir la infección, y descubrir la cura para detener el deterioro del sistema inmunológico, e incluso regenerarlo. Por el momento lo único que ha podido hacerse es impedir que continúe la propagación del virus.

## 2. Situación en México

Ya se han tomado algunas medidas legales con vistas a eliminar la transmisión del virus por vía sanguínea: a) Con fecha 22 de mayo de 1986 se publicó en el *Diario Oficial* una norma técnica para el control de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos, disponiendo la realización obligatoria de pruebas para detectar sangre contaminada por VIH en todo el país (artículo 14).

b) Con fecha 27 de mayo del presente año se publicó en el *Diario Oficial* un decreto que modifica diversos artículos de la Ley General de Salud (LGS), entre los que destacan los numerales 332, 333, 462 y la adición del 462 bis. Dichos artículos disponen que la sangre humana sólo podrá obtenerse de voluntarios que la proporcionen gratuitamente, y que en ningún caso podrá ser objeto de actos de comercio; se requerirá permiso previo de la Secretaría de Salud para poder introducir o exportar sangre al o del país, y, por último, se incluyó como conducta punible el que ilícitamente se obtenga, conserve, utilice, prepare, suministre y comercie con tejidos de seres humanos. La sanción asociada a dichas conductas es de dos a seis años de prisión, multa por el equivalente de veinte a ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate y, si intervinieron profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les podrá suspender en su ejercicio profesional de uno a tres años, y hasta cinco años más en caso de reincidencia.

En cuanto a la enfermedad misma, desde que fue detectada en nuestro país, el número de casos rebasa 700 personas, y se calcula que la

cantidad podría duplicarse en poco más de siete meses. Se han notificado casos de SIDA en residentes de las 31 entidades federativas, y donde se manifiesta una mayor concentración es en las grandes ciudades. En los primeros años de transmisión los casos tenían como antecedentes viajes al exterior y/o contactos con extranjeros; en la actualidad la transmisión ocurre dentro del país. El grupo de edad más afectado es el de 25 a 44 años que abarca el 73.4%; en cuanto a la distribución por factores de riesgo, el 89% afecta a hombres homosexuales y bisexuales. Los casos asociados a transfusión constituyen el 6.8%; con la drogadicción, el 0.4%, y por contacto heterosexual de individuos en riesgo, el 3.6%.

A partir del 7 de julio de 1986 es motivo de notificación inmediata los casos sospechosos o comprobados de la enfermedad o defunción ocurrida por SIDA; como consecuencia de las reformas hechas a la Ley General de Salud, publicadas el 27 de mayo de 1987, el SIDA fue incluido en la lista de enfermedades sujetas a vigilancia epidemiológica (artículo 134); asimismo, se ordenó la notificación inmediata de los casos en que se detecte la presencia del virus o de anticuerpos al mismo (artículo 136).

## II. ASPECTOS CONSTITUCIONALES

### 1. *Preliminares*

El fin del presente trabajo es encontrar y proponer los medios adecuados, desde el punto de vista jurídico, para hacer frente a un problema de salud, como lo es el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) de reciente aparición y con un alto potencial para extenderse en la sociedad como una grave epidemia, lo que propició que, a iniciativa del Consejo de Salubridad General (según las facultades que le reconoce la Ley General de Salud en su artículo 17, fracción II), se incluyera al SIDA en la lista del artículo 134 de la Ley General de Salud, entre las enfermedades sujetas a una vigilancia epidemiológica, a cargo de la Secretaría de Salud y los gobiernos de los estados.

Así pues, el trabajo se orienta a plantear la lucha contra el SIDA, y la razón de que aparezca aquí el tema del régimen jurídico de la prostitución obedece únicamente a que ésta es uno de los medios más propicios para la propagación de la epidemia en la sociedad de una manera generalizada e indiscriminada, y las personas que la ejercen son, por

tanto, más susceptibles de contraer la enfermedad que el resto de la sociedad, ello hace suponer que requieran de una mayor atención por parte de las autoridades sanitarias.

Los estudios y artículos médicos a que hemos tenido acceso<sup>1</sup> indican que el virus se encuentra en la sangre y en las secreciones humanas, especialmente en el esperma y en las secreciones vaginales, por lo que los mecanismos de contaminación se concretan al contacto con sangre contaminada (ya sea por transfusiones, uso de agujas hipodérmicas o material quirúrgico contaminado, y uso de productos elaborados con sangre contaminada, principalmente) y los contactos sexuales.<sup>2</sup>

Por otro lado, las estadísticas sobre los casos de SIDA registrados revelan que el síndrome ha atacado especialmente a ciertos grupos sociales claramente identificados, que por sus comportamientos y actitudes (especialmente en relación con la promiscuidad sexual) facilitan la transmisión del virus, por estar más frecuentemente expuestos a la contaminación: hemofílicos (éstos por su necesidad de transfusiones sanguíneas constantes), homosexuales, drogadictos y prostitutas.

La contaminación por medio de la sangre y sus derivados puede considerarse controlada, por los estudios que ha realizado la Secretaría de Salud, y que han concluido con la adopción de algunas medidas de control, como análisis de la sangre en bancos, de los donadores, y muy especialmente la reforma del artículo 332 de la LGS, para establecer que la sangre sólo podrá ser obtenida de donadores voluntarios, esto debido a que se detectaron altos porcentajes de sangre contaminada proveniente de donadores remunerados o profesionales. Con estas medidas se puede considerar eliminado el peligro de extensión de la epidemia por medio de la sangre y sus productos derivados.

Con relación a los grupos de homosexuales y drogadictos, que —vale la pena indicarlo—, constituyen la población más afectada por la enfermedad, con una gran proporción del número total de casos, podemos

<sup>1</sup> CONASIDA, *El síndrome de inmunodeficiencia adquirida: medidas preventivas*, México, Secretaría de Salud, 1987; IMSS, *Atención y control de personas con infección del virus de la inmunodeficiencia humana. Lineamientos generales*, México, 1987; Ávila, Carlos, et al., monografía: "Síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)", 1987; "SIDA, síndrome de inmunodeficiencia adquirida", *Boletín Mensual del Sector Salud*, México, 1987, núms. 1, 2, 3, 5, 6; ICYT, *Información Científica y Tecnológica*, México, vol. 9, núm. 132, septiembre 1987 (número dedicado al SIDA).

<sup>2</sup> No consideramos aquí los posibles contagios perinatales o en la donación de órganos y tejidos, ya que, aunque requieren una adecuada reglamentación en la legislación sanitaria, no tienen mayor relevancia para los análisis que aquí realizamos. (Cfr. Ávila, Carlos, et al., *op. cit.*, p. 3).

sostener que en sí mismos no representan un peligro directo grave de propagación del síndrome, ya que se trata de grupos bastante cerrados socialmente y, aunque dentro del grupo la promiscuidad es muy alta, esto no es trascendente al exterior, por lo que resulta poco probable que constituyan un factor importante de contaminación hacia el resto de la población.

Sin embargo, debemos hacer resaltar aquí los estrechos vínculos de la prostitución con la drogadicción y la población homosexual, ya que existen muy pocos casos de hombres homosexuales "puros" (es decir, que únicamente practiquen la homosexualidad), la mayoría de éstos son a la vez heterosexuales y de ahí sus contactos con la prostitución femenina; además existe, aunque muy poco estudiada, la prostitución masculina.

El grupo social de personas que ejercen la prostitución, a pesar de ser también un grupo socialmente muy reprimido, no es, a diferencia de los grupos de homosexuales y drogadictos, un grupo socialmente cerrado, sino todo lo contrario, por lo que representa un factor importante de contaminación para la generalidad de la sociedad.

Asimismo, debemos tomar en cuenta que el carácter propio de los grupos sociales más afectados (o de mayor peligro), socialmente reprimidos, censurados y rechazados, aunado al temor general que han producido las noticias sobre las muertes por el síndrome —en una sociedad si bien no está absolutamente desinformada, pero sí deficientemente informada y ha sido víctima de informaciones erróneas, amarillistas y contradictorias— han propiciado una respuesta y actitudes negativas de la sociedad hacia esos grupos sociales.

El rechazo y la agresión a los grupos de peligro se han recrudecido, y se les ha llegado a denominar "apestados", y a la enfermedad se la ha calificado incluso de "castigo divino" para esos grupos socialmente censurados. Respuesta social que consideramos negativa e inadecuada para hacer frente con efectividad al problema de salud. "De acuerdo con el doctor José Barberán, abordar problemas sociales como la prostitución y la promiscuidad en general, desde una posición represiva y discriminatoria sería ignorar muchos siglos de historia y desatender las causas profundas del problema."<sup>3</sup> No es un problema de "buenos" y "malos" susceptible de resolverse con planteamientos maniqueos y simplistas que nos oculten la realidad.

<sup>3</sup> Valero, Juan Manuel, "De entrada", *ICYT, Información Científica y Tecnológica*, México, vol. 9, núm. 132, p. 3.

Otro punto que no deberemos perder de vista durante el desarrollo del presente trabajo, son las características propias del problema: "se necesita reconocer el carácter cualitativamente diferente de la epidemia del SIDA".<sup>4</sup> Nos referimos aquí a aquellas características que distinguen a la epidemia y que lógicamente predeterminan la forma de luchar contra ella; sus periodos de incubación, sus mecanismos de transmisión o contagio, los métodos de detección y diagnóstico, el tratamiento médico que requiere el enfermo, y, por supuesto, dos hechos de gran importancia: que no existe cura ni vacuna conocida contra el síndrome, y que generalmente su desarrollo desencadena la muerte de la persona afectada, entre otras.

## 2. *La Constitución ante el SIDA*

La aparición del problema de salud que constituye el SIDA nos hace volver la vista hacia la normativa legal para intentar descubrir ahí medios adecuados para hacerle frente. En relación con nuestra norma suprema, esto se da especialmente en dos vertientes: la primera en materia de derechos humanos, en cuanto que nuestra Constitución garantiza una serie de derechos que pueden verse vulnerados por la acción u omisión del Estado; pero este aspecto será materia de análisis en un apartado posterior de ese mismo trabajo, por lo que aquí nos abstenemos de entrar en dicha materia.

La segunda vertiente se nos presenta en las posibilidades y responsabilidades de actuación por parte del Estado frente a la nueva problemática: ¿quiénes pueden o deben actuar?, y ¿qué medidas pueden tomar?; especialmente en relación a si las medidas ya previstas en la legislación resultan suficientes y adecuadas, o si es necesario que se dicten nuevas normas estableciendo nuevas medidas.

En primer lugar, en materia legislativa, la facultad de dictar las normas y leyes en materia de salud corresponde en materia federal y en relación con la salud general, al Congreso de la Unión, como lo establece la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución:

Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y *salubridad general de la República*.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

Mientras que en materia de salud local, la facultad corresponde al poder legislativo de cada uno de los estados de la Federación, con la excepción del Distrito Federal, que debe regirse por las leyes emanadas del Congreso de la Unión, como establece la fracción VI del mismo artículo 73.

Sin embargo, para el caso del Distrito Federal conviene consignar aquí que por reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial* de 10 de agosto de 1987, se creó como un órgano de representación ciudadana la Asamblea del Distrito Federal, con facultades en materia de salud, tanto reglamentarias como para iniciar leyes ante el Congreso de la Unión, como establecen las literales A y J, respectivamente, de la base 3a. fracción VI, del artículo 73 de la Constitución:

A) Dictar bandos, ordenanzas y reglamentos de policía y buen gobierno que, sin contravenir lo dispuesto por las leyes y decretos expedidos por el Congreso de la Unión para el Distrito Federal, tengan por objeto atender las necesidades que se manifiesten entre los habitantes del propio Distrito Federal, en materia de educación, *salud y asistencia social*. . .

J) Iniciar ante el Congreso de la Unión, leyes o decretos en materias relativas al Distrito Federal.

Por lo tanto, consideramos que debe tomarse en cuenta a dicha Asamblea, en el diseño de las estrategias de lucha contra la epidemia del SIDA.

Por otra parte, en materia de salubridad general, nuestra Constitución establece, en la fracción XVI del artículo 73, el Consejo de Salubridad General como órgano dependiente directamente del jefe del Ejecutivo Federal. En seguida abordaremos en un inciso especial las facultades que la Constitución y la ley conceden a este órgano. Pero antes conviene que veamos aquí el papel que desarrolla, en materia administrativa, la Secretaría de Salud como órgano de la administración pública centralizada encargada del ramo de la salud y la asistencia (que fundamenta su existencia por supuesto en el artículo 90 de la Constitución).

Las facultades de la Secretaría las encontramos en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF), así como en la legislación secundaria, especialmente la LGS.

El artículo 39 de la LOAPF es el que nos indica las atribuciones y competencias de la Secretaría. Por su importancia considero necesario transcribir aquí aquellas fracciones cuyo contenido está más vincu-



lado al tema de nuestro trabajo, y que nos resultan una base indispensable para el análisis de la LGS que se hará en el apartado siguiente:

I. Establecer y conducir la política nacional en materia de asistencia social, *servicios médicos y salubridad general*, con excepción de lo relativo al saneamiento del ambiente; coordinar los programas de servicios a la salud de la Administración Pública Federal, así como los agrupamientos por funciones y programas afines que, en su caso, se determinen.

II. Crear y administrar establecimientos de salubridad, de asistencia pública y de terapia social en cualquier lugar del territorio nacional y organizar la asistencia pública en el Distrito Federal.

...

VI. Planear, normar, coordinar y evaluar el Sistema Nacional de Salud y proveer a la adecuada participación de las dependencias y entidades públicas que presten servicios de salud, a fin de asegurar el cumplimiento del derecho a la protección de la salud.

VII. Planear, normar y controlar los servicios de atención médica, salud pública, asistencia social y regulación sanitaria que correspondan al Sistema Nacional de Salud.

VIII. Dictar las normas técnicas a que quedará sujeta la prestación de servicios de salud en las materias de Salubridad General, incluyendo las de Asistencia Social, por parte de los Sectores Público, Social y Privado, y verificar su cumplimiento.

IX. Organizar y administrar servicios sanitarios generales en toda la República.

...

XVI. Estudiar, adaptar y poner en vigor las *medidas necesarias para luchar contra las enfermedades transmisibles*, contra las plagas sociales que afecten la salud, contra el alcoholismo y las toxicomanías y otros vicios sociales, y contra la mendicidad.

...

XXI. Actuar como autoridad sanitaria, ejercer las facultades en materia de salubridad general que las leyes le confieren al Ejecutivo Federal, vigilar el cumplimiento de la Ley General de Salud, sus reglamentos y demás disposiciones de Salubridad General.

...

XXIII. Los demás que le fijen expresamente las leyes y reglamentos.

Finalmente hemos de señalar una importantísima obligación que la propia Constitución en la base 2a. de la fracción XVI del artículo 73 le establece:

En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, el Departamento de Salubridad tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser sancionadas por el Presidente de la República.

La LGS será analizada en el apartado siguiente, por lo que nos limitamos aquí únicamente a señalar que designa a la Secretaría de Salud para la coordinación del Sistema Nacional de Salud (artículo 7º), concretándole más aún sus facultades y atribuyéndole algunas más que, a nuestro parecer, crean un marco de actuación suficientemente amplio para la lucha contra cualquier problema de salud, incluido el SIDA. Sería tal vez necesario únicamente el hacer pequeñas adiciones o precisiones a algunos artículos, para que comprendan expresamente al SIDA.

Ante lo visto, podemos concluir que en la normativa de la Constitución federal existe la suficiente amplitud que ha permitido la creación de todo un apartado normativo en materia de salud, y que aún puede ampliarse y adaptarse a las circunstancias sin necesidad de promover reformas en la Constitución, sino en todo caso únicamente a las leyes secundarias, como indicábamos antes.

### 3. *El Consejo de Salubridad General*

Como ya indicamos arriba, este órgano está previsto en la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución federal, y es la propia Constitución la que le atribuye sus principales facultades que se complementan con lo establecido en la LGS.

Debemos comenzar aclarando que es materia del Consejo todo lo que en las leyes se considere materia de salubridad general, aunque la Constitución se limite a indicar que sus disposiciones generales serán obligatorias en todo el país, y que las medidas que haya puesto en práctica en las campañas contra el alcoholismo, la adicción a las drogas y contra la contaminación ambiental habrán de ser revisadas por el Congreso de la Unión; esto no quiere decir que sólo pueda intervenir en esas materias, sino que sólo las resoluciones relativas a esos asuntos requieren de revisión por el Congreso de la Unión, pues su ámbito de acción, como su nombre lo indica, es toda la materia de salubridad general, respetando por supuesto la distribución de competencias que realiza la LGS en el capítulo II de su título segundo, en especial el artículo 17, que señala como competencia del Consejo:

I. Dictar medidas contra el alcoholismo, venta y producción de substancias tóxicas, así como las que tengan por objeto prevenir y combatir los efectos nocivos de la contaminación ambiental en la salud, las que serán revisadas después por el Congreso de la Unión, en los casos que le competan.

II. Adicionar las listas de establecimientos destinados al proceso de medicamentos y las de enfermedades transmisibles prioritarias y no transmisibles más frecuentes, así como las de fuentes de radiaciones ionizantes y de naturaleza análoga.

III. Opinar sobre programas y proyectos de investigación científica y de información de recursos humanos para la salud;

IV. Opinar sobre el establecimiento de nuevos estudios profesionales, técnicos, auxiliares y especialidades que requiera el desarrollo nacional en materia de salud;

V. Elaborar el Cuadro Básico de Insumos del Sector Salud;

VI. Participar, en el ámbito de su competencia, en la consolidación y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud;

VII. Rendir opiniones y formular sugerencias al Ejecutivo Federal tendientes al mejoramiento de la eficiencia del Sistema Nacional de Salud y al mejor cumplimiento del programa sectorial de salud;

VIII. Analizar las disposiciones legales en materia de salud y formular propuesta de reformas o adiciones a las mismas, y

IX. Las demás que le correspondan conforme a la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como vemos, el marco competencial del Consejo es sumamente amplio, y su intervención es fundamental en la adopción de medidas para la lucha contra el SIDA, como ya lo fue en materia de las facultades previstas en la fracción II, al incluir al SIDA en la lista de enfermedades transmisibles sujetas a control.

#### 4. *Las constituciones locales frente al SIDA*<sup>5</sup>

Antes que nada debemos indicar que la LGS hace de principio una distribución de competencias en lo que se refiere a salud general, estableciendo algunas materias que corresponden en su gestión al Ejecutivo Federal y sobre las cuales podrá coordinarse con los ejecutivos locales (artículo 13.A) y otras que corresponden a los ejecutivos lo-

<sup>5</sup> Esta información la obtuvimos de la colección *Legislación pública estatal*, publicada por el IMSS, en colaboración con la Escuela Libre de Derecho en 1984.

cales (artículo 13.B) en cuanto autoridades sanitarias por virtud de la misma ley (artículo 4º).

Así pues, los gobiernos de los estados tienen de principio una serie de competencias en materia de salud general que se verán ampliadas por las propias de salud local, y sobre las cuales podrán coordinarse con los municipios para la gestión de las mismas.

Aunque los textos constitucionales de los estados respetan los marcos obligatorios en cuanto a la forma de Estado, división de poderes, etcétera, son muy distintos entre sí, y especialmente en lo que corresponde a materia de salud, lo que resulta lógico, pues depende en gran medida del desarrollo económico y social que cada estado tenga y de los recursos y medidas que ponga a disposición de la salud.

En materia legislativa sobre salud local las facultades corresponden lógicamente a los legislativos locales. Aquí encontramos algunas constituciones que hacen expresa referencia a la materia y otras que la incluyen genéricamente entre las facultades propias del legislativo.<sup>6</sup>

Lo mismo sucede en materia administrativa con las facultades que las constituciones locales atribuyen a sus ejecutivos,<sup>7</sup> lo que se nota aún más al revisar las leyes orgánicas de la administración pública locales; mientras en algunos estados existe toda una infraestructura administrativa para la salud pública y la asistencia social, comenzando con una secretaria o departamento para la materia,<sup>8</sup> en otros estas competencias recaen en otras dependencias, y no existe propiamente una infraestructura dedicada a la salud.

El problema se torna aún mayor cuando nos consagramos al análisis de las competencias de los ayuntamientos, pues aunque todas tienen facultad de expedir sus bandos, ordenanzas, reglamentos y demás disposiciones administrativas en sus jurisdicciones, al momento de pasar a la estructura administrativa en materia de salud la variedad es amplísima y la dependencia de los servicios que se prestan a nivel federal y local es casi total en la gran mayoría de los municipios, a pesar de las recientes campañas por fortalecer el municipio y descentralizar servicios de salud.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> *Cfr.* Anexo de legislación local.

<sup>7</sup> *Ibidem.*

<sup>8</sup> *Ibidem.*

<sup>9</sup> *Cfr.* Valadés, Diego, "El desarrollo municipal como supuesto de la democracia y del federalismo mexicano", y "El derecho a la protección de la salud y el federalismo", *Constitución y política*, México, UNAM, 1987, pp. 49-58 y 65-78, respectivamente.

Ante esta falta de homogeneidad hemos decidido incluir como anexo las normas constitucionales locales, junto con las de las leyes orgánicas de las administraciones públicas y de leyes municipales, que establecen alguna mención expresa en materia de salud y de prostitución, ya que el estudio detallado de estos cuerpos normativos desborda en mucho, por su extensión, los alcances de este trabajo.

### III. ANÁLISIS DE LA LEY GENERAL DE SALUD CON RELACIÓN AL SIDA

#### 1. *Introducción*

El SIDA constituye un fenómeno con directa implicación en la legislación sanitaria; en consecuencia, procede un análisis de las disposiciones correspondientes de la Ley General de Salud a efecto de poner en práctica las reformas y adiciones que correspondan.

La Ley General de Salud<sup>10</sup> reglamentaria del artículo 4º, párrafo tercero constitucional,<sup>11</sup> constituye un avance muy significativo en materia de salubridad y seguridad social para el país porque busca la aplicación del principio de universalidad en la materia, que señala que la seguridad social debe proteger a todos los hombres sin distinción.

Conjuntamente con los avances sobre seguridad social, la Ley General de Salud reglamenta lo referente a salubridad general, lo cual tiene implicaciones directas dentro de nuestro sistema jurídico de la seguridad social, en virtud de que resulta menos difícil la protección de la salud y la lucha contra riesgos y contingencias en un ambiente salubre y favorable.

Las acciones sanitarias son indirectamente operaciones de seguridad social e inciden directamente en el bienestar de la población. En estas acciones deben participar todas las instituciones implicadas con los seguros sociales, los programas de asistencia social, de previsión social, de solidaridad social e incluso los seguros privados.

El presente análisis lo realizamos con relación a las implicaciones del SIDA con los contenidos de la Ley General de Salud; en consecuencia, destacamos las disposiciones más directamente aplicables a efecto de detectar deficiencias que limitan al Sistema Nacional de

<sup>10</sup> Secretaría de Salud, *Ley General de Salud*, Dirección General de Asuntos Jurídicos, México, 1984.

<sup>11</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada*, México, UNAM, 1985, p. 11.

Salud y al Consejo de Salubridad General en sus acciones para hacer frente a la epidemia del SIDA.

Detectar deficiencias y cuestionar la Ley sin aportar soluciones es una tarea estéril, por lo cual formulamos las proposiciones correspondientes.

## 2. Principales disposiciones aplicables al SIDA

Destacamos las principales disposiciones de la Ley General de Salud, que en lo sucesivo llamaremos "la Ley", con el fin de precisar la reglamentación que se relaciona con el SIDA en sus virtudes y deficiencias, a efecto de propiciar las modificaciones legislativas que procedan para detener su propagación y realizar la justicia en las relaciones jurídicas humanas que tal fenómeno ha generado.

Son aplicables al SIDA fundamentalmente, del título primero, los artículos 3º, fracciones XV, XXVI y el 4º.

El artículo 3º señala que en los términos de esta ley, es materia de salubridad general;

Fracción XV. La prevención y el control de enfermedades transmisibles.

Fracción XXVI. El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

Fracción XXVII. La sanidad internacional.

Este artículo incluye en su fracción XV como materia de salubridad general la prevención y el control de enfermedades transmisibles.

La fracción XXVI al referirse al control sanitario de cadáveres involucra a los cadáveres cuya muerte se deriva del SIDA, y su vinculación es obvia con la fracción XXVII que se refiere a la sanidad internacional que implica el tratamiento que se da al traslado de cadáveres de un país a otro, conforme a las disposiciones aplicables y en especial las contenidas en el Reglamento Sanitario Internacional.

El artículo 4º define como autoridades sanitarias al presidente de la República, al Consejo de Salubridad General, a la Secretaría de Salubridad y Asistencia y los gobiernos de las entidades federativas, incluyendo el del Departamento del Distrito Federal, lo cual constituye el punto de referencia para la puesta en práctica de las acciones requeridas para hacer frente a todas las implicaciones del SIDA.

Del título segundo son aplicables los artículos 6º, fracciones I y V; el 13, fracción V; el 15, 16, 17, fracción I; el 18, 19, 20 y 21.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Ley General de Salud, México, Porrúa, 1986.

Las fracciones I y V del artículo 6º se refieren a los objetivos del Sistema Nacional de Salud, entre los que destacan el de atención de problemas sanitarios y acciones preventivas, de mejoramiento de las condiciones sanitarias del medio ambiente.

El artículo 13, apartado A, fracción V, delimita la competencia del Ejecutivo Federal de ejercer la acción extraordinaria en materia de salubridad general.

Los artículos 15, 16 y 17 señalan la integración, funcionamiento y competencia del Consejo de Salubridad General: particularmente la fracción I del artículo 17 le señala como competencia dictar medidas contra el alcoholismo, ventas y producción de sustancias tóxicas, así como las que tengan por objeto prevenir y combatir los efectos nocivos de la contaminación ambiental en la salud, las que serán revisadas después por el Congreso de la Unión, en los casos que le competan.

Dentro de la competencia del Consejo de Salubridad General en las nuevas fracciones del artículo 17,<sup>13</sup> no se precisa la prevención y el control de enfermedades transmisibles, no obstante que el artículo 3º los señala como materia de salubridad general; en consecuencia, procede también la adición de este artículo a efecto de que el Consejo de Salubridad General tenga explícitas facultades para prevenir y controlar el SIDA y la prostitución.

Prevención y control implica tomar las medidas necesarias para el logro de tal objetivo que incluye las referentes a la prostitución como medio de transmisión.

Los artículos 18, 19, 20, 21 y 22 se refieren a los acuerdos de coordinación suscritos por la Secretaría de Salud con los gobiernos de los estados para la prestación de servicios de salubridad general, en las que se consideran las bases, recursos, materiales humanos y financieros para la correspondiente ejecución.

Los acuerdos de coordinación deben realizarse en el marco del Convenio Único de Desarrollo.

El título tercero se refiere a la prestación de servicios de salud, y son aplicables al presente estudio los artículos 24 y 27. El artículo 24 clasifica los servicios de salud en: servicios de atención médica, de salud pública y de asistencia social; para efectos de nuestro estudio nos interesan los servicios de salud pública que incluyen los relacionados con la propagación del SIDA, y sus medios entre los cuales incluimos a la prostitución.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 16.

El artículo 27 considera como servicio básico de salud la prevención y el control de las enfermedades transmisibles de atención prioritaria como es el caso del SIDA.

Con relación al título octavo, con el rubro "Prevención y control de enfermedades y accidentes", son aplicables al SIDA los artículos 133 al 157, que se refieren al Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica y a las enfermedades trasmisibles, entre las cuales se incluye al SIDA conforme a las reformas a la Ley publicada en el *Diario Oficial*, el 27 de mayo de 1987.<sup>11</sup>

Dentro del capítulo II del título que comentamos destacan los contenidos del artículo 145 que señala que la Secretaría de Salud establecerá las normas técnicas para el control de las personas que se dediquen a trabajos o actividades mediante las cuales se puedan propagar algunas de las enfermedades transmisibles. Esta disposición alude directamente a la prostitución y al SIDA.

La acción extraordinaria en materia de salubridad general está reglamentada en el título décimo, artículos 181 al 184.

Estas disposiciones conceden facultades a la Secretaría de Salud para dictar las medidas indispensables para prevenir y combatir los daños a la salud en caso de epidemia de carácter grave, peligro de invasión de enfermedades transmisibles, situaciones de emergencia o catástrofe.

Las medidas adoptadas por la Secretaría de Salud se pondrán en práctica a reserva de que después sean sancionadas por el presidente de la República y sin perjuicio de la intervención que corresponda al Consejo de Salubridad General y a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología.

Del título decimocuarto que se refiere al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, son aplicables fundamentalmente los artículos 313 y 344.

Estas disposiciones conceden facultad a la Secretaría de Salud para ejercer el control sanitario de la disposición de cadáveres de seres humanos, y señalan que la internación y salida de cadáveres del territorio nacional y su traslado de una entidad federativa a otra sólo podrá hacerse mediante la autorización de la Secretaría de Salud y previa satisfacción de los requisitos que establezcan los tratados y convenciones internacionales.

El rubro del título decimoquinto que comprende los artículos 351 al 367 se refiere a la sanidad internacional con directa aplicación al SIDA.



Estas disposiciones le otorgan facultades a la Secretaría de Salud para operar los servicios de sanidad internacional y adoptar las medidas que procedan para la vigilancia sanitaria de las personas y sustancias que ingresen al territorio nacional.

Con relación a la sanidad en materia de migración, el artículo 360 señala que "cuando así lo estimase conveniente la autoridad sanitaria someterá a examen médico a cualquier persona que pretenda entrar al territorio nacional".

El artículo 361 prohíbe internarse al territorio nacional hasta en tanto cumplan con los requisitos sanitarios a las personas que padezcan alguna de las siguientes enfermedades: peste, cólera o fiebre amarilla. Como puede observarse, no se hace mención explícita del síndrome de inmunodeficiencia adquirida, por lo que procede la adición correspondiente.

El título decimosexto que se refiere a autorizaciones y certificados también es aplicable al objeto del presente estudio; comprende los artículos del 368 al 392.

Estas disposiciones definen a la autorización sanitaria como el acto administrativo mediante el cual la autoridad sanitaria competente permite a una persona pública o privada, la realización de actividades relacionadas con la salud humana.

Las autorizaciones sanitarias tendrán el carácter de licencias, permisos, registros o tarjetas de control sanitario, y serán otorgadas por la Secretaría de Salud, o los gobiernos de las entidades federativas.

Entre las autorizaciones sanitarias las tarjetas de control sanitario podrán sustituirse por los certificados de salud especiales para diversos efectos, entre los que podrían figurar los certificados de salud especiales respecto del SIDA, los certificados de salud respecto a enfermedades venéreas, etcétera.

El artículo 375, fracción V, señala que requieren permiso la internación de cadáveres de seres humanos en el territorio nacional, su traslado de una entidad federativa a otra o al extranjero y el embalsamamiento.

El artículo 337 señala que la autoridad sanitaria competente podrá requerir tarjeta de control sanitario a las personas que realicen actividades mediante las cuales se pueda propagar alguna enfermedad transmisible, en los casos y bajo las condiciones que establezcan las disposiciones aplicables. Este artículo es aplicable implícitamente al SIDA.

El título decimoséptimo que comprende los artículos 393 al 401 se refiere a la vigilancia sanitaria, que corresponde a la Secretaría de Salud y a los gobiernos de las entidades federativas en el ámbito de sus respectivas competencias.

El artículo 396 señala que la vigilancia sanitaria se llevará a cabo mediante visitas de inspección a cargo de inspectores designados por la autoridad sanitaria competente, quienes deberán realizar las respectivas diligencias de conformidad con las prescripciones de esta Ley y demás disposiciones aplicables.

Sobre este artículo proceden reformas para promover la efectividad y combatir la corrupción de los mismos.

Podría adicionarse con el siguiente párrafo: "Todo inspector sanitario llevará un registro cronológico de sus actuaciones y en cualquier momento podrá ser requerido para su presentación ante las autoridades sanitarias".

Esta adición constituye un medio de control de la eficiencia de los inspectores y la honorabilidad de sus actuaciones; situaciones que se reflejan en un registro permanente con fechas y lugares.

Especial importancia tiene el título decimooctavo que se refiere a las medidas de seguridad, sanciones y delitos, y que comprende los artículos 402 al 472.

El artículo 402 considera como medidas de seguridad, las disposiciones de inmediata ejecución que dicte la autoridad sanitaria competente, de conformidad con las disposiciones aplicables para proteger la salud de la población. Las medidas de seguridad se aplicarán sin perjuicio de las sanciones que en su caso correspondan.

La Ley prevé en el artículo 404 las diversas medidas de seguridad, entre las que figuran para efecto de nuestro estudio: el aislamiento y la emisión de mensajes publicitarios que adviertan peligros de daños a la salud.

El artículo 411 señala que: "las autoridades sanitarias competentes podrán ordenar la inmediata suspensión de trabajos o de servicios o la prohibición de actos de uso cuando, de continuar aquéllos se ponga en peligro la salud de las personas".

Esta disposición no es muy explícita respecto a la prostitución y el SIDA, por lo que resulta conveniente su adición, en el sentido de incorporar la palabra "actividades".

Este artículo está vinculado con el artículo 420 que establece la sanción con multa equivalente hasta de veinte veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate.

Las diversas sanciones administrativas están contenidas en el artículo 417 y se señalan como tales: la multa, la clausura temporal o definitiva, que podrá ser parcial o total, y el arresto hasta por treinta y seis horas. El artículo 427 señala las causas de arresto.

La aplicación de las multas será sin perjuicio de que la autoridad sanitaria dicte las medidas de seguridad que procedan, hasta en tanto se subsanen las irregularidades (artículo 424).

El artículo 431 establece que las autoridades sanitarias competentes harán uso de las medidas legales necesarias, incluyendo el auxilio de la fuerza pública, para lograr la ejecución de las sanciones y medidas de seguridad que procedan.

La reglamentación del recurso de inconformidad sobre la materia está contenido en los artículos 438 al 450 de la Ley.

Con relación a los delitos especiales contenidos en la Ley, se marginan determinados hechos que con motivo del SIDA han adquirido trascendencia, como es el caso de la transfusión de sangre contaminada. Sobre este particular proponemos la adición del artículo 473 de la Ley que incorpore como delito especial la transfusión de sangre contaminada.

### *3. Reforma y adición que se proponen a la Ley General de Salud*

#### *a. Principios*

En el tema precedente se analizaron los principales artículos de la Ley General de Salud aplicables al SIDA, con el fin de mostrar sus virtudes y deficiencias, y proponer algunas reformas y adiciones sustentadas en los siguientes principios:

Primero: El SIDA y sus implicaciones de salud pública inducen a una revisión de la vigente legislación en materia sanitaria y penal, que trasciende sobre los principales medios de transmisión, como es el caso de la prostitución.

Segundo: El fenómeno de la prostitución y su tratamiento sociojurídico ha variado en el tiempo y espacio dentro de un debate donde se manifiestan tres tendencias: la reglamentarista, la prohibicionista y la abolicionista.

Tercero: Considerando algunas virtudes de la tesis abolicionista, la reforma que proponemos reconoce el fenómeno de la prostitución lesivo para la sociedad, y al reconocerlo y considerarlo como lesivo busca su

abolição mediante todos los medios a su alcance, pero valorando lo difícil que resulta su erradicación y su control sanitario.

Cuarto: La reforma busca la realización de la justicia dentro de las relaciones humanas que se generan en torno a la salud.

b. Estudio comparativo de los artículos que se reforman y adicionan

Se propone la adición y reforma de los artículos 17, fracciones I, IX y X; 137, 377, 388, 391, 411 y la adición del artículo 473.

TEXTO VIGENTE

REFORMA O ADICIÓN

*Artículo 17.* Compete al Consejo de Salubridad General:

I. Dictar medidas contra el alcoholismo, venta y producción de sustancias tóxicas, así como las que tengan por objeto prevenir y combatir los efectos nocivos de la contaminación ambiental en la salud, las que serán revisadas después por el Congreso de la Unión, en los casos que le competan;

- II. ....
- III. ....
- IV. ....
- V. ....
- VI. ....
- VII. ....
- VIII. ....

IX. Las demás que le correspondan conforme a la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

*Artículo 17.* Compete al Consejo de Salubridad General:

I. Dictar medidas contra el alcoholismo, el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, SIDA, venta y producción de sustancias tóxicas, así como las que tengan por objeto prevenir y combatir los efectos nocivos de la contaminación ambiental en la salud, las que serán revisadas después por el Congreso de la Unión, en los casos que le competan;

- II. ....
- III. ....
- IV. ....
- V. ....
- VI. ....
- VII. ....
- VIII. ....

IX. Prevenir y controlar enfermedades transmisibles.

X. Las demás que le correspondan conforme a la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

*Comentario.* La adición del artículo 17 que proponemos otorga facultades al Consejo de Salubridad General para dictar medidas contra el SIDA y para la prevención y el control de enfermedades transmisibles.

Esta reforma es congruente con lo que dispone el artículo 27, fracción II, que considera como servicio básico de salud la prevención y control de las enfermedades transmisibles de atención prioritaria, como es el caso del SIDA.

También se relaciona la adición que proponemos con el artículo 134, fracción XIII, que considera al SIDA como una enfermedad transmisible.

Para la prevención y control del SIDA como enfermedad transmisible es necesario considerar los medios de contagio, entre los que figura la prostitución. Por lo tanto, el Consejo de Salubridad General podrá intervenir indirectamente sobre este fenómeno.

Consideramos procedente esta reforma con el fin de lograr la congruencia entre las facultades del Consejo de Salubridad General y la materia de salubridad general considerada en el artículo 3º de la Ley. Y relacionada con el artículo 145 que concede facultades a la Secretaría de Salud para establecer las normas técnicas para el control de las personas que se dediquen a trabajos o actividades, mediante las cuales se pueda propagar alguna de las enfermedades transmisibles a que se refiere la Ley.

TEXTO DE LA LEY

REFORMA O ADICIÓN

*Artículo 137.* Las personas que ejerzan la medicina o que realicen actividades afines, están obligadas a dar aviso a las autoridades sanitarias de los casos de enfermedades transmisibles, posteriormente a su diagnóstico o sospecha diagnóstica.

*Artículo 137.* Las personas que ejerzan la medicina o que realicen actividades afines, profesionales de la salud, están obligadas a dar aviso a las autoridades sanitarias de los casos de enfermedades transmisibles, posteriormente a su diagnóstico o sospecha diagnóstica; asimismo, deberán informar objetivamente al enfermo, sobre las características e implicaciones jurídicas de su enfermedad señalando claramente el comportamiento que debe adoptar y los

actos que debe omitir. La información deberá hacerse con acuse de recibo por parte del enfermo cuya copia se remitirá junto con el aviso a las autoridades sanitarias.

*Comentario.* Esta adición tiene como finalidad proporcionar al enfermo toda la información requerida sobre las características de su enfermedad y sus implicaciones jurídicas, como medida preventiva para el control de conductas ilícitas vinculadas a la enfermedad y su transmisión a terceros, por lo cual se pide un acuse de recibo que los profesionales técnicos y auxiliares de salud deben conservar y remitir copias junto con el aviso de las autoridades sanitarias.

Esta adición se vincula con el artículo 136, fracción V, que otorga un plazo no mayor de veinticuatro horas, para notificar a la Secretaría de Salud o a la autoridad sanitaria más cercana sobre la enfermedad transmisible.

También se vincula este artículo 137, cuya adición se propone, con el artículo 419, que establece como sanción, multa equivalente hasta veinte veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate a quien viole el artículo 137 y otras disposiciones.

TEXTO DE LA LEY

*Artículo 377.* La autoridad sanitaria competente podrá requerir tarjeta de control sanitario a las personas que realicen actividades mediante las cuales se pueda propagar alguna enfermedad transmisible, en los casos y bajo las condiciones que establezcan las disposiciones aplicables.

TEXTO DE LA LEY

*Artículo 389.* Para fines sanitarios se extenderán los siguientes certificados:

REFORMA O ADICIÓN

*Artículo 377.* La autoridad sanitaria competente podrá requerir tarjeta de control sanitario o certificado especial de salud a las personas que realicen actividades mediante las cuales se pueda propagar alguna enfermedad transmisible, en los casos y bajo las condiciones que establezcan las disposiciones aplicables.

REFORMA O ADICIÓN

*Artículo 389.* Para fines sanitarios se extenderán los siguientes certificados:

- I. Prenupciales;
- II. De defunción;
- III. De muerte fetal, y
- IV. Los demás que determinen esta Ley y sus reglamentos.

- I. Prenupciales;
- II. De defunción;
- III. De muerte fetal;
- IV. Especial de salud, y
- V. Los demás que determinen esta Ley y sus reglamentos.

TEXTO DE LA LEY

*Artículo 391.* Los certificados de defunción y de muerte fetal serán expedidos, una vez comprobado el fallecimiento y determinadas sus causas, por profesionales de la medicina o personas autorizadas por la autoridad sanitaria competente.

REFORMA O ADICIÓN

*Artículo 391.* Los certificados de defunción y de muerte fetal serán expedidos, una vez comprobado el fallecimiento y determinadas sus causas, por profesionales de la medicina o personas autorizadas por la autoridad sanitaria competente.

Los certificados especiales de salud serán expedidos para certificar la salud del solicitante respecto de enfermedades transmisibles.

TEXTO DE LA LEY

*Artículo 396.* La vigilancia sanitaria se llevará a cabo mediante visitas de inspección a cargo de inspectores designados por la autoridad sanitaria competente, quienes deberán realizar las respectivas diligencias de conformidad con las prescripciones de esta Ley y demás disposiciones aplicables.

REFORMA O ADICIÓN

*Artículo 396.* La vigilancia sanitaria se llevará a cabo mediante visitas de inspección a cargo de inspectores designados por la autoridad sanitaria competente, quienes deberán realizar las respectivas diligencias de conformidad con las prescripciones de esta Ley y demás disposiciones aplicables. Todo inspector deberá llevar un registro cronológico de sus actuaciones que en cualquier momento podrá ser requerido por la autoridad sanitaria para detectar irregularidades.

*Comentario.* Esta adición tiene como finalidad lograr la efectividad de la vigilancia sanitaria y evitar la corrupción, situaciones que pueden detectarse en el registro cronológico.

TEXTO DE LA LEY

*Artículo 411.* Las autoridades sanitarias competentes podrán ordenar la inmediata suspensión de trabajos o de servicios o la prohibición de actos de uso cuando, de continuar aquéllos, se ponga en peligro la salud de las personas.

REFORMA O ADICIÓN

*Artículo 411.* Las autoridades sanitarias competentes podrán ordenar la inmediata suspensión de actividad, de trabajos o de servicios o la prohibición de actos de uso cuando, de continuar aquéllos, se ponga en peligro la salud de las personas.

*Comentario.* La adición de este artículo con la palabra “actividades” tiene como finalidad hacer más explícita la referencia al fenómeno de la prostitución, que podrá suspender la autoridad sanitaria cuando se ponga en peligro la salud de las personas.

Este artículo se relaciona con el 420, el cual señala la sanción correspondiente en caso de violación del artículo 411 y otras disposiciones:

TEXTO DE LA LEY

REFORMA O ADICIÓN

*Artículo 473.* El profesional, técnico o auxiliar de la atención médica que realice transfusión de sangre o sueros contaminados se le impondrá de uno a seis años de prisión si el daño no se produce, en caso de que el daño se produzca la pena será equiparable a la de lesiones u homicidio según proceda.

Esta adición se justifica en virtud de que el SIDA transmisible mediante sangre, ha adquirido especial trascendencia al detectarse transfusiones de sangre contaminada.



#### IV. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS

##### 1. *Política sanitaria*

La política sanitaria en México se inserta dentro de un sistema político-social en el cual se complementan las garantías individuales y las garantías sociales; en consecuencia, las diversas disposiciones sanitarias han sido diseñadas con pleno respeto a los derechos del gobernado, a excepción de lo previsto en el artículo 29 constitucional que se refiere a la posibilidad de suspensión de garantías en todo el país o en un lugar determinado en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.<sup>14</sup>

La política sanitaria plasmada en nuestra legislación vigente es instrumentada por el presidente de la República, el Consejo de Salubridad General, el secretario de Salud y los gobiernos de las entidades federativas, incluyendo el Departamento del Distrito Federal, de conformidad con lo señalado por el artículo 4º de la Ley General de Salud.

La política sanitaria respecto del SIDA a nivel federal tiene la virtud de hacer frente al problema mediante la prevención y control de enfermedades transmisibles. Esta circunstancia ha permitido a las autoridades sanitarias hacer frente al SIDA mediante los controles de los medios de transmisión, entre los cuales destaca la prevención y el control sanitario del ejercicio de la prostitución.

No obstante las virtudes de la normatividad vigente sobre la cual se sustenta la política sanitaria, hay otros aspectos que deben superarse, entre los cuales mencionamos el relacionado con las competencias en materia de salubridad general que lejos de ser limitativo y parcial, debe ser concurrente porque resulta indecuado e ilógico que determinadas dependencias sanitarias no puedan intervenir en determinadas áreas como es el caso de la prevención y control de las enfermedades transmisibles en donde procede una competencia concurrente, sobre todo tratándose de la prevención.

En virtud de lo señalado, proponemos reformas y adiciones a la Ley General de Salud con el fin de lograr extender las facultades al Consejo de Salubridad General, haciéndolas congruentes con la materia de salubridad general, armonizando así el artículo 3º, fracción XV con el artículo 17, al adicionar como facultad la prevención y el con-

<sup>14</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 29.

trol de enfermedades transmisibles entre las que figura el SIDA según el artículo 134 de la Ley General de Salud reformado y adicionado mediante decreto publicado en el *D.O.F.*, el 27 de mayo de 1987.<sup>15</sup>

## 2. Instituciones vinculadas

Para la realización de la política sanitaria, nuestro país ha creado una serie de instituciones entre las que destacan las autoridades sanitarias señaladas en el artículo 4º de la Ley General de Salud, y el Sistema Nacional de Salud que involucra a las dependencias y entidades de la administración pública tanto federal como local y a las personas físicas o morales de los sectores social y privado que presten servicios de salud, así como los mecanismos de coordinación de acciones.

En lo referente a las instituciones vinculadas con el SIDA, especial aplicación tiene el artículo 73, fracción XVI, parte tercera<sup>16</sup> de la Constitución general, que señala que la autoridad sanitaria será ejecutiva, y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del país.

Conforme a los señalamientos anteriores, entre las instituciones vinculadas con el objeto de este estudio destacan dos grupos: el de las autoridades sanitarias y el de las instituciones de salud, el primero de los cuales tiene amplias facultades ejecutivas sobre la materia.

Las principales instituciones de salud en México: el Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, las instituciones privadas de salud, las direcciones de pensiones civiles en algunos estados, etcétera, instituciones que en política sanitaria están sujetas a los lineamientos de las autoridades sanitarias.

## V. ASPECTOS SANITARIOS

### 1. Introducción

Los aspectos sanitarios relacionados con el SIDA, en una primera impresión, parecen semejantes a los aspectos administrativos considerando que la autoridad sanitaria en general es autoridad administrativa; sin embargo, dentro de nuestro régimen jurídico la Constitución

<sup>15</sup> Reformas y adiciones a la Ley de Salud, *D. O.*, 27 mayo 1987.

<sup>16</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 73-XVI.

general de la República, como ya lo mencionamos <sup>17</sup> en su artículo 73, fracción XVI, parte tercera, contiene la diferencia entre estos dos aspectos, al señalar que la autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del país. La diferencia conforme a la norma anterior se da en cuanto a la ejecutoriedad de la autoridad sanitaria y a la consecuente subordinación de la dependencia o entidad administrativa.

## 2. Controles

Los controles sanitarios que insiden sobre el SIDA están previstos principalmente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Ley General de Salud. Estos controles se realizan fundamentalmente mediante la previsión y control de enfermedades transmisibles.

La fracción XVI del artículo 73 constitucional <sup>18</sup> concede facultades al Congreso para dictar leyes sobre salubridad general de la República.

La parte primera de esta fracción establece que el Consejo de Salubridad General dependerá directamente del presidente de la República, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país. Para el caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la segunda parte de esta fracción concede facultad al Departamento de Salubridad transformado en Secretaría de Salud, para dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables a reserva de ser después sancionadas por el presidente de la República.

La Ley General de Salud contiene una serie de disposiciones que implícitamente son aplicables al control del SIDA.

Entre las principales disposiciones de la Ley General de Salud que pueden aplicarse al control sanitario del SIDA destacan los artículos 3º, fracciones XV, XVI y XXVII; el 4º, 13, 15, 17, 18, 19, 27, 112, 133, 134, 135, 136, 137, 138 a 144, 145, 146 a 157, 181 a 184, 313, 319, 344, 351, 354, 360 a 362, 368 a 374, 375, fracción V, 388 a 392, 393 a 401, 402 a 415, 472.

Conforme a las disposiciones señaladas, la autoridad sanitaria ejerce control sobre el SIDA mediante la prevención y control de las enfermedades transmisibles, control que puede ser superado a través de las

<sup>17</sup> *Ibidem.*

<sup>18</sup> *Ibidem.*

reformas y adiciones legislativas que propusimos en este estudio dentro del análisis de la Ley General de Salud.<sup>19</sup>

Las reformas y adiciones hacen más explícitos los controles sobre el SIDA, y sus medios de transmisión como la prostitución, amplían las facultades al Consejo de Salubridad General; para dictar medidas contra el SIDA y prevenir y controlar enfermedades transmisibles.

Con la adición del artículo 137 se establece un control más directo sobre el enfermo y las implicaciones jurídicas de su enfermedad, al obligarse a las personas que ejerzan la medicina a informar con acuse de recibo al enfermo sobre el comportamiento que debe adoptar y los actos que debe omitir respecto a su enfermedad, y remitir la copia firmada a la autoridad sanitaria.

Con la reforma y adición de los artículos 377, 388 y 399 se introduce en la Ley General de Salud el certificado especial de salud. Estos certificados tienen directa implicación para el ejercicio de la prostitución con el fin de sustituir la tarjeta de control sanitario por sus efectos dentro del sistema reglamentarista de la prostitución.

El certificado especial de salud podrá ser refrendado o renovado según su uso.

También resulta importante para el control sanitario la vigilancia de este carácter; consecuentemente, se adiciona el artículo 396 introduciendo la obligación a los inspectores sanitarios de llevar un registro cronológico de sus actuaciones que en cualquier momento podrá ser requerido para su presentación ante la autoridad sanitaria y con la finalidad de detectar irregularidades y evitar corrupción como consecuencia de la vigilancia sanitaria.

Se concede a la autoridad sanitaria en el artículo 411 la suspensión de actividades que pongan en peligro la salud de las personas. Esta adición de la palabra "actividades" hace más explícita la facultad de la autoridad sanitaria de suspender el ejercicio de la prostitución cuando se ponga en peligro la salud de las personas.

Los controles también se ejercen mediante sanciones a quienes no observen las disposiciones sanitarias, y que en forma amplia es considerada en el rubro de aspectos penales de este estudio.

### 3. Instrumentos

Los principales instrumentos disponibles para hacer frente al SIDA y sus medios de transmisión y propagación están previstos en las

<sup>19</sup> *Supra*.

normas constitucionales, en la Ley General de Salud y sus reglamentos, en las leyes de salud de las entidades federativas y del Distrito Federal y en las normas técnicas, principalmente en la número 23, que se refiere a la vigilancia epidemiológica de las enfermedades transmisibles, y en la número 31, para la prevención y control de las enfermedades de transmisión sexual en la atención primaria de la salud.<sup>20</sup>

Entre las disposiciones de la Ley General de Salud que se refieren a instrumentos específicos para el control de enfermedades destaca el artículo 133, que concede facultad a la Secretaría de Salud para dictar normas técnicas para la prevención y el control de enfermedades y accidentes, establecer el Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica, realizar los programas y actividades que estime necesarios, así como promover la colaboración de las instituciones de los sectores público, social o privado, profesionales técnicos y auxiliares para la salud, y población en general.

#### 4. Disposiciones reglamentarias

El reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de actividades, establecimientos, productos o servicios publicado el 18 de enero de 1988, contiene una modificación relativa a las personas que ejercen la prostitución, mismas que vuelven a ser objeto de control al disponer este reglamento que "las personas que se dediquen a trabajos o actividades en los que haya riesgo de que se propague una enfermedad transmisible, deberán obtener tarjeta de control sanitario". Falta todavía de expedirse la norma técnica que fije los trabajos o actividades que requerirán de dicha tarjeta.

Con respecto a la donación gratuita de sangre, la norma técnica número 277 de fecha 29 de enero de 1988, excluye como donantes de sangre a los homosexuales, bisexuales, prostitutas, o farmacodependientes. Su razón la encontramos en que dichas personas han sido consideradas "de alto riesgo". Aunque no debemos hablar de grupos de riesgo, sino de "actividades de riesgo", tratándose de una transmisión del VIH, en estos grupos el padecimiento se ha manifestado con mayor severidad.

En el *Diario Oficial* de 24 de agosto del mismo año encontramos el decreto de creación del Consejo Nacional para la Prevención y Control del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, como órgano

<sup>20</sup> Normas técnicas, núm. 23 y núm. 31, D. O., 7 julio 1986, segunda sección, pp. 77 y 104, México.

desconcentrado de la Secretaría de Salud encargado de promover, apoyar y coordinar las acciones de los sectores público, social y privado tendientes a combatir al SIDA, así como impulsar las medidas que al efecto se establezcan.

Continuando con el marco de disposiciones reglamentarias existe otra norma técnica (publicada el 17 de noviembre de 1988), la número 324 para la prevención y control de la infección por virus de la inmunodeficiencia humana. En ella aparece una primera disposición respecto a los trasplantes de órganos, situación que no se había tocado y que sabíamos era una vía segura para la transmisión del VIH. En el artículo 3 encontramos que:

La infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana es causada por los retrovirus VIH-1 y VIH-2, y se transmite de la manera siguiente:

- I. Por contacto sexual;
- II. A través de la sangre y sus componentes;
- III. Por el uso de agujas contaminadas;
- IV. Durante el periodo perinatal;
- V. Por trasplantes de órganos y tejidos.

Como medida de prevención entre los grupos con probabilidades de adquirir la infección encontramos que el personal de salud debe informar "sobre la conveniencia de evitar la donación de sangre, órganos y tejidos" (artículo 10). Y como medida de control de pacientes con VIH en sus diferentes variedades clínicas se le advierte que no debe donar sangre, órganos y tejidos, entre algunas otras indicaciones médicas como evitar el embarazo y la lactancia. Esto último es importante ya que la perinatal es vía de contagio segura, y sin embargo el derecho no puede interferir en la esfera personal de los individuos en una decisión como la de llevar a término un embarazo.

Las personas donadoras y las receptoras de sangre, órganos y tejidos, a partir de 1980, son, después de haber obtenido su consentimiento, investigadas como fuentes de infección.

La última norma técnica hasta ahora dictada es la número 323, que encontramos publicada el 14 de noviembre de 1988, y se refiere a la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos. Sus disposiciones ligadas con el título decimocuarto de la Ley General de Salud, que se refiere al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, nos proporcionan el marco legal en esa materia.

## VI. DERECHOS HUMANOS Y EL SIDA

La aparición de la epidemia del SIDA genera una multitud de problemas en relación con la legislación vigente y con las medidas que se quieran implantar para afrontar la lucha contra la epidemia, en cuanto al respeto de los derechos humanos.

No pretendemos, en este estudio, abarcar, ni mucho menos resolver, todos los problemas que puedan plantearse, sino sólo circunscribiéndonos a la temática y fines de este trabajo, hacer algunas reflexiones sobre algunos problemas generales y en especial en relación con los posibles controles que se puedan imponer a esta actividad, en razón del SIDA.

Antes debemos indicar lo delicado del tratamiento de este tema, puesto que involucra esencialmente normas constitucionales, decisiones fundamentales de nuestra estructura constitucional y política; además de referirse a una materia de gran importancia en derecho internacional, especialmente, para nosotros, desde que México se ha adherido a diversos pactos y tratados en la materia.

### *Algunos aspectos de derechos humanos en relación con el SIDA*

Primero que nada debemos comentar que, en 1981, nuestro país ratificó un bloque de siete pactos y convenciones en materia de derechos humanos,<sup>21</sup> con lo que las normas de dichos instrumentos pasaron a ser derecho vigente en nuestro país; entre ellos hay cuatro de especial interés, ya que contienen un buen número de normas relativas al tema de este estudio. Nos referimos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>22</sup>

La importancia de estas ratificaciones es que al convertirse en normas vigentes en nuestro país, en caso de que el Estado actuara en

<sup>21</sup> Una estupenda colección de trabajos al respecto, elaborados con ocasión de esas ratificaciones por varios autores, puede encontrarse en la obra: *Los tratados sobre derechos humanos y la legislación mexicana*, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en 1981.

<sup>22</sup> Los textos íntegros de estos documentos pueden encontrarse en: Székely, Alberto (compilador), *Instrumentos fundamentales de derecho internacional público*, México, UNAM, 1981, tomo I.

contra de lo estipulado por ellas (salvo los artículos sobre los que se elaboró alguna reserva), estaría no sólo actuando en forma ilegal, sino contraviniendo la Constitución e incurriendo en responsabilidad internacional.

Por su importancia, incluimos un anexo con los principales artículos relativos a la materia en esos instrumentos, así como los de algunas declaraciones que por su interés consideramos importante tomar en cuenta.

#### a. Derecho a la protección de la salud

Consagrado por el artículo 4º de la Constitución (con el siguiente texto: "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud"), así como por los principales textos de derecho internacional.

Se trata de un derecho que implica una actividad del Estado. El obligado a cumplir la prestación establecida en el texto constitucional es el Estado. Con la finalidad de cumplir adecuadamente con esta obligación se diseñó el Sistema Nacional de Salud en la LGS, y se sentaron las bases para que los gobiernos de los estados diseñaran sus propios sistemas locales de salud, como lo han hecho la mayoría en sendas leyes de salud.

Sin embargo, la aparición de la epidemia del SIDA, por su gravedad y sus especiales características, plantea la necesidad de ampliar las actividades relativas y el establecimiento de las medidas adecuadas para hacer frente a la epidemia.

Este derecho exige la protección de la salud de todos, enfermos y sanos, sin posibilidad alguna de discriminación o distinción, por lo que en el caso de la epidemia del SIDA se plantean dos importantes metas a conseguir de forma inmediata:

*Primera.* La atención adecuada de los ya afectados por el síndrome, en cuanto a asistencia médica y hospitalaria se refiere. Esta medida cobra especial importancia en el caso del SIDA por los altos costos que tienen tanto los medicamentos como la asistencia médica y clínica que requieren los afectados.

*Segunda.* La adopción de las medidas necesarias para proteger la salud del resto de la población, evitando los peligros de contagio tanto provenientes de los ya afectados como de sustancias contaminadas, visitantes o productos provenientes del extranjero o cualquier otro medio. La obligación aquí es de resultado. Se debe proteger la salud, no sólo intentarlo. Por eso las medidas que se establezcan deben ser



adecuadas para resultar realmente eficaces, pudiéndose apelar incluso a la previgencia del bien general sobre los derechos particulares para lograr eficacia en la lucha contra la epidemia.

Particular interés reviste la protección de los llamados "grupos de peligro", aquellos grupos sociales que por su actividad, comportamientos y actitudes están en un mayor riesgo de contagio, especialmente porque en el caso del SIDA estos grupos sociales son reprimidos y censurados moral y socialmente e incluso perseguidos. Sin embargo, el derecho a la protección de la salud los ampara también a ellos, y sin importar ningún juicio moral o característica personal deben recibir la protección adecuada, en la medida de lo posible, por parte del Estado, sin posibilidad de discriminación alguna, como lo establece el artículo 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

#### *b. Derecho a la información*

Consagrado en nuestro artículo 6º constitucional ("... el derecho a la información será garantizado por el Estado"). Se trata también de un derecho que cobra especial relevancia ante un problema de salud como el que representa la epidemia del SIDA. Además de un derecho que viene a complementar y a colaborar en la vigencia real del derecho a la protección de la salud, pues por falta de medios, y por tanta imposibilidad material para hacerlo, el Estado podría no prestar algunos servicios en materia de salud, pero la problemática por la falta de esos servicios puede verse atenuada con una adecuada información.

En este sentido, se inscribe perfectamente el capítulo II del título séptimo de la LGS, al abordar la "Educación para la salud", muy específicamente la fracción II del artículo 112, al establecer como objeto de la educación para la salud:

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.

Por esto, de antemano recomendamos la urgente puesta en práctica del programa y postulados previstos en ese capítulo en cuanto a la epidemia del SIDA se refiere, actualizando las competencias al respecto de la Secretaría de Salud, de Educación Pública y de los gobiernos de los estados.

Pero fundamental resulta para el efectivo respeto de este derecho el que las medidas y campañas tomen en cuenta nuestra propia realidad geográfica y social:

Grandes sectores sociales en México, como los 6 u 8 millones de desempleados, 4 millones de jornaleros agrícolas migratorios internos, 1.5 millones de trabajadores migratorios externos, así como los trabajadores de la construcción, el servicio doméstico, petroleros de campo o trabajadores del transporte, por mencionar a algunos, se encuentran en condiciones particularmente vulnerables y de aislamiento informativo. Ignorar este hecho y orientar los recursos de las campañas de contención únicamente hacia la clase media urbana, al estilo del mundo desarrollado, sería un error peligroso e imperdonable.<sup>23</sup>

La actividad del Estado en cuanto al respeto de este derecho, se orienta también especialmente en dos sentidos:

El primero corresponde a la no represión de los informadores por ningún medio, así como a facilitar el flujo de la información, permitiendo el acceso a las fuentes propias, y, por supuesto, vigilando que la información que se maneje sea veraz; lo que en un tema como el de la epidemia del SIDA cobra especial importancia, pues la distribución de información inexacta, falsa o contradictoria puede tener graves consecuencias sobre el progreso o control de ese mal, y por tanto en la salud de toda la sociedad.

El segundo corresponde a la parte propiamente activa del Estado, en relación a la información que por su misma naturaleza es controlada y generada por el mismo Estado, y que debe ser puesta efectivamente al alcance de toda la comunidad por los medios más adecuados posibles.

### c. Igualdad

Establecido implícitamente este derecho (o forma de ser de los derechos) en el artículo 1º de nuestra Constitución, al indicar que "Todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución". Y más adelante condena una de las formas más comunes de discriminación al establecer en el artículo 4º: "El varón y la mujer son iguales ante la ley".

<sup>23</sup> Valero, Juan Manuel, *op. cit. supra* nota 3, p. 3.

Igualmente se encuentra protegido en instrumentos internacionales de gran importancia: Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2º), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 26), y, muy en especial, por su vigencia en México, el artículo 24 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, al establecer que: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección".

Evidentemente se trata de un derecho que incide sobre los demás derechos, en concreto en los que nos hemos referido y los demás que trataremos. Así pues, todos tenemos derecho a la protección de la salud y todos tenemos derecho a estar informados, sin discriminación ninguna. Esto nos plantea un problema interesante, en cuanto que nos encontramos con derechos ante el Estado en los que su obligación constituye un resultado concreto: protección de la salud de todos los individuos que integran la sociedad, y mantener informados a estos individuos.

Ahora bien, es evidente que no todas las personas se encuentran en las mismas condiciones de peligro para la salud, ni tampoco en semejantes condiciones de información o capacidad para recibirla; por lo que no podemos pensar en que una misma acción por parte del Estado satisfaga plenamente los derechos de cada uno, sino que se hace necesario realizar distintos tipos de acciones conforme a las necesidades de cada grupo o persona, para cumplir cabalmente con la obligación que tanto la Constitución como los tratados internacionales establecen.

Una misma acción, aunque puede escudarse en ser una medida igualitaria, sabemos que resulta violatoria de derechos humanos y desencadena en verdaderas discriminaciones (por sexo, posición social, condición económica, etcétera), pues mientras garantiza los derechos de unos, de ninguna manera satisface los derechos de otros.

Esto viene a colación, en cuanto a los derechos analizados, de la siguiente manera: con relación al derecho a la protección de la salud y al derecho a la información, hay algunos grupos sociales que requieren una mayor atención por parte de las autoridades (sanitarias especialmente). Nos referimos especialmente a los grupos de peligro de que antes hablamos, así como a los habitantes de aquellas zonas geográficas de más alta incidencia o peligro de contagio (por ejemplo fronteras y puertos). Es evidente que el peligro de contagio es mayor en Ciudad Juárez, Chihuahua, que en Amozoc, Puebla.

*d. Libertad personal y seguridad jurídica*

Aunque no se trata de derechos estrictamente relacionados con el problema de la epidemia del SIDA, sí son derechos que pueden quedar en peligro al establecerse y aplicarse las medidas de lucha contra la epidemia.

Estos derechos, además de estar tutelados en todas sus expresiones por los textos internacionales ratificados por México,<sup>24</sup> están ampliamente garantizados por nuestra Constitución, especialmente en los artículos 14, 16 y 19.

No queremos aquí hacer futurismo sobre acciones que se constituyan en violaciones de derechos humanos, sino simplemente advertir del peligro de que esto suceda bajo el pretexto de la preeminencia del interés general sobre los derechos particulares. Vale recalcar que los derechos humanos no son derechos privados, sino derechos públicos subjetivos y base de nuestra organización social y política, por lo que cualquier restricción a éstos debe estar ampliamente justificada.

No sería difícil que ante la urgencia de contener el avance de la epidemia se tomaran medidas no autorizadas en la ley, o que las autoridades se excedieran en el ejercicio de sus facultades. Baste como ejemplo señalar la facilidad con que el aislamiento, como medida de prevención sanitaria, puede convertirse en una verdadera detención ilegal.

Quisiera concluir esta parte, indicando dos importantes prevenciones en materia de derecho internacional relativas a derechos humanos, y que establecen serias responsabilidades para los Estados:

La primera en cuanto a la limitación para que el Estado suspenda la vigencia de ciertos derechos en razón del interés general, como lo establece el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que por su importancia aquí transcribimos:

**Art. 4º** Los Estados partes en el presente pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con

<sup>24</sup> Específicamente los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos y Sociales.

la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Art. 30. Nada en la presente declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

El sentido de estas normas es muy claro. Se trata de evitar que bajo la excusa de proteger el bien general, se vulneren arbitrariamente sus derechos a personas concretas, efectivas titulares de las mismas, ya que no se trata de derechos de la sociedad, sino del individuo.

La segunda hace referencia a la obligación de los Estados de poner en práctica, respecto a su régimen interno, las medidas necesarias para hacer realmente efectiva la protección a los derechos humanos, como establece el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades... no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

## VII. EL DERECHO PENAL Y EL SIDA

### 1. *El derecho penal*

En primer lugar, debe verse al SIDA como un problema de salud, ya que en la gran mayoría de los casos, el portador del virus es ignorante de que lo tiene, ya que pueden pasar años y no tener manifestación alguna, y tratándose de personas con vida sexual activa (de cualquier tipo) estamos ante un indiscriminado propagador del virus. Se ha dispuesto que se requiere del auxilio del derecho penal, ya que se está hablando de proteger un bien tan importante como es la salud de las personas. Su aparición deberá ser como el último recurso disponible, posterior a una verdadera campaña de información sobre la enfermedad, y sus riesgos. Recordemos que en cualquier situación con-

flictiva, la respuesta punitiva a esa situación es sólo una de las posibles soluciones. El derecho penal se ha transformado caracterizándose por el respeto cada vez mayor a la libertad individual, la restricción del principio de autoridad y el reconocimiento de la dignidad humana. Y junto con él, evolucionó el concepto de sanción, de pena-castigo a pena-fin, y al mismo tiempo pena-protección. Para las concepciones modernas, y entre ellas la mexicana (a partir del año 1965 en que se reformó el artículo 18 constitucional), la resocialización debe ser considerada la finalidad principal de la pena, ya que le sirve al delincuente y protege a la sociedad.

Otro punto que es necesario tener presente antes de seguir adelante es el tema de la culpabilidad, ya que ella es fundamento de la punibilidad. Hoy el principio de culpabilidad señala que el hecho debe estar en relación con el sujeto en cuanto es expresión de su hacer personal y porque sólo se puede hacer responsable al sujeto si conforme a sus capacidades era posible exigirle otra conducta. Este principio está en contraposición a un derecho penal de autor. El injusto se basa sobre un hecho, sobre tipos legales referidos al hecho y no sobre el autor o un carácter ético del individuo.

## 2. *Análisis de la legislación vigente en cuanto a los tipos de homicidio, lesiones y contagio*

### a. La tutela penal de la vida

La vida humana es el bien jurídico que ocupa el primer lugar entre los valores tutelados penalmente, tanto en su lesión efectiva (tipos de peligro) como del ataque potencial (tipos de daño). De los primeros, en el Código Penal para el Distrito Federal encontramos el disparo de arma de fuego, el ataque peligroso, el abandono de niños incapaces y de personas enfermas, abandono del cónyuge e hijos y omisión de socorro. Entre los segundos están el homicidio, el parricidio, el infanticidio, la participación en el suicidio de otro y el aborto.

*Homicidio.* Es el delito típicamente ofensivo de la vida humana. El tipo penal en nuestro código se integra escuetamente con el hecho de privar de la vida a otro. No hace mención a medios, modos o formas de producir dicha privación a diferencia del Código de 1871 que indicaba: "Es homicida, el que priva de la vida a otro, sea cual fuere el medio de que se valga" (artículo 540).

En cuanto al nexo causal, es preciso que éste exista entre la conducta lesiva del bien jurídico de la vida y el fenómeno de la muerte que se presenta. El Código penal en sus artículos 303, 304 y 305 establece diversas reglas para determinar cuándo existe en la integración jurídica del delito de homicidio un nexo causal entre la conducta de agente y el resultado letal. El Código plantea el problema limitándose a establecer un conjunto de reglas prácticas encaminadas a determinar la letalidad de una lesión, esto es, de una herida producida por una conducta externa. En la reconstrucción del sistema en vigor procedi en primer término subrayar que no toda privación de la vida puede ser materialmente imputada a quien la produce con su conducta, pues el artículo 303, en su fracción II, condiciona dicha atribución objetiva a "que la muerte del ofendido se verifique dentro de los sesenta días contados desde que fue lesionado". En este precepto se somete la causalidad fenoménica en el ámbito penalístico a una limitación abstracta y general, fundamentada en la observación y experiencia de los casos análogos. Cuando el fallecimiento se produzca después de los sesenta días, el heridor debe ser sancionado con la pena que establece el artículo 293 para el que infiera lesiones que pongan en peligro la vida, ya que la muerte acaecida a consecuencia de la lesión está evidenciando que la vida se puso en peligro. Se excluyen aquellos casos en que la muerte, y por consiguiente el peligro para la vida, no hubiere surgido a consecuencia de las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión, sino que sea resultado de una causa anterior a la lesión, y sobre la cual ésta no haya influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencia del paciente o de los que lo rodearon (artículo 305), ya que en estos supuestos no puede afirmarse con lógica jurídica que la lesión inferida puso en peligro la vida (artículo 293).

No debemos olvidar que en el derecho penal moderno el nexo causal existente entre una conducta y un resultado es insuficiente para fundamentar la responsabilidad: también la causalidad queda sometida, en cada caso concreto, al juicio de reproche que implica la culpabilidad jurídico-penal.

La figura típica del delito de homicidio que describe el artículo 302 es de las que admite forma dolosa, culposa o preterintencional de integración.

Para concluir este breve repaso del delito de homicidio es necesario asentar que mientras en el delito de homicidio intencional existe la representación y la voluntad de privar a otro de la vida, y en el preterintencional la representación y la voluntad de golpear o lesionar y de este hecho surge la muerte no querida, en el homicidio culposo falta además la voluntad y la representación de golpear o lesionar a la persona que resulta víctima.

Continuando con el análisis de los tipos penales que pudieran servir para penalizar las conductas de los propagadores del VIH, corresponde ahora tratar los delitos de lesiones y de contagio venéreo.

#### *b. La tutela penal de la integridad*

Entre los bienes jurídicos individuales el de la integridad personal ocupa un lugar preponderante, que sólo ante el de la vida cede en importancia. Este bien jurídico abarca la salud corpórea y la de la mente. La protección penalística otorgada a este bien rebasa los intereses particularistas de cada ser humano. Dicha integridad está protegida por el derecho penal no sólo en interés del individuo sino también en el de la colectividad.

La diferencia con los tipos penales que tutelan la vida radica en que los que afectan a la integridad corporal conforman siempre, con una excepción, un mismo tipo penal: el de lesiones.

El bien jurídico de la integridad humana es protegido penalmente tanto del ataque que le causa un daño como del que le pone en peligro. Daña la integridad personal la conducta que transitoria o permanentemente produce una disminución anatómica o funcional en el cuerpo humano o en menoscabo de la salud.

Como en el caso de los tipos penales que protegen la vida, los tipos penales que contiene el Código para el Distrito Federal pueden dividirse en de daño y de peligrosidad. El tipo de lesiones protege la integridad personal del daño que la menoscaba, y el tipo de contagio venéreo tutela la salud frente al peligro efectivo que encierra el contacto sexual con una persona enferma de sífilis o de otro mal de la misma índole.

Lo importante en este orden de ideas es destacar que toda alteración de la salud es, en principio, un delito. La ley establece varias hipótesis partiendo del supuesto de que existe una salud personal, que es alterada por una causa externa. Del análisis del conjunto de tipos (artículos 288 a 301) se puede afirmar igualmente que se conocen la



salud física y la mental, y las consecuencias como distintas según la gravedad de la alteración, en función del peligro corrido por la víctima, o del tiempo necesario para la total recuperación de la salud alterada.

Nuestra ley se preocupa por proteger a la salud de todos los daños y peligros que el legislador ha sido capaz de imaginar. Reconociendo que el derecho penal por su carácter subsidiario, protege a los bienes más importantes de las agresiones o ataques más severos, hay que afirmar que tratándose de la salud, la protección abarca todo tipo de ataques. Así, tenemos en primer lugar la fórmula amplia que define las lesiones ("toda alteración de la salud"), que recibe todas las posibles formas de presentación del ataque; en segundo término tenemos toda una serie de delitos (contra la salud) que tutelan y protegen al bien jurídico de la puesta en peligro, como son los tipos penales referentes a la producción, tenencia, tráfico y otros actos en materia de estupefacientes y psicotrópicos (artículos 194 a 199).

Como apoyo en esto es conveniente recordar la modificación que con fecha 3 de febrero de 1983 sufrió el artículo 4º constitucional, consagrando el derecho a la protección de la salud, teniendo como finalidades a mediano y corto plazo el proporcionar servicios de salud a toda la población, con atención prioritaria de los problemas sanitarios y de las situaciones que puedan causar o causen algún daño a la salud, y colaborar al bienestar social mediante servicios adicionales de asistencia pública.

#### — El tipo de daño contra la integridad: lesiones

*Concepto.* La integridad personal puede dañarse en el delito de lesiones anatómica y funcionalmente. El daño anatómico está enumerado casuísticamente en el artículo 288: "heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras... y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano". En opinión de algunos autores, es falta de técnica legislativa el referirse casuísticamente a lo que debe entenderse por lesiones, porque es suficiente con la expresión "alteración en la salud", por significar ésta "el rompimiento del estado de equilibrio de las funciones fisiológicas del cuerpo", y al daño funcional hace referencia la frase "toda alteración en la salud". Conviene anotar que tanto el daño anatómico como el funcional suelen ser coincidentes, sobre todo en aquellas lesiones que revisten alguna intensidad.

En cuanto a quién puede ser sujeto pasivo de este delito, todo ser humano desde el momento de su nacimiento hasta el instante de su muerte puede serlo, y simultáneamente es objeto material de la conducta típica.

*Forma y medios de ejecución.* El Código penal no especifica el medio, el modo y la forma de ocasionar la lesión, lo cual implica que en su pensamiento quedan comprendidas abstracta y latentemente todas las conductas productoras de un daño anatómico o funcional para la integridad humana. Puede cometerse el delito de lesiones tanto mediante actos positivos como mediante inercias.

*El nexo causal.* El delito requiere para su integración un resultado natural. La mutación del mundo externo que implica el resultado material en el delito de lesiones consiste, desde el punto de vista genérico que contempla el artículo 288, en un daño que deja huella material en el cuerpo humano o en una alteración en la salud; y en el aspecto específico considerado en los artículos 289, 290, 291, 292 y 293 del Código Penal en las transformaciones anatómicas o en los trastornos funcionales que mencionan los mismos. Empero, como las penas que se establecen en los artículos se aplicarán "al que infiera una lesión..." para la integración del delito tiene que existir un nexo causal entre la conducta del agente y el resultado acontecido.

El Código no contiene precepto alguno de alcance general en orden al problema, ni tampoco disposición alguna especial relativa a la causalidad en el delito de lesiones. Para establecer esta adecuación se ha de proceder, en primer término, a comprobar que la conducta del sujeto es *conditio sine qua non* de la alteración anatómica o funcional que aqueja al sujeto pasivo. Una vez establecido que la conducta del agente ha sido la condición sin la cual no se hubiera producido el resultado, hay que dilucidar si el nexo que liga a ambos es, en el caso concreto, racionalmente adecuado para producir dicho resultado típico.

No es necesario para la existencia del nexo causal que la lesión haya sido directa y exclusivamente debida a la conducta del agente, pues dicho nexo subsiste aun en el caso que en la producción del evento hubieran concurrido otras causas previstas, utilizadas o aprovechadas por el culpable como complemento de su acción.

*Clases de lesiones.* El delito de lesiones es una sola entidad jurídica que abarca múltiples consecuencias fácticas lesivas para la integridad personal. Los varios resultados que le caracterizan han motivado que las legislaciones y los penalistas hayan aglutinado los distintos pero homogéneos resultados en diversos grupos diferenciados entre sí por la

intensidad de la pena, según la menor o mayor importancia de las lesiones que integran cada uno. Y así surgió y se mantiene la tradicional división de las lesiones en: levisimas, leves, graves y gravísimas. El Código no las clasifica expresamente de esta forma pero la reconstrucción dogmática de los artículos 289 a 293 nos confirma que la reconoce.

a) Lesiones levisimas. El Código en la parte primera del artículo 289 hace referencia a esta clase de lesiones, cuando sanciona "al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días...". Nos encontramos ante dos circunstancias —una negativa y otra positiva— que integran esta clase de lesiones: 1) que no pongan en peligro la vida del ofendido, y 2) que ésta tarde en sanar menos de quince días.

b) Lesiones leves. La única diferencia que existe con las lesiones leves radica en que mientras en aquéllas el ofendido ha de sanar antes de los quince días, en éstas la sanidad se produce después de dicho plazo.

c) Lesiones graves. Pueden revestir dos formas, la primera está constituida por la lesión que deje en el ofendido cicatriz en la cara, perpetuamente notable (artículo 290) y la segunda por la "que perturbe para siempre la vista o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales" (artículo 291).

d) Lesiones gravísimas. Dentro de ellas se comprenden aquellos ataques al bien jurídico de la integridad humana que producen consecuencias de la más extrema importancia. Dichas lesiones no están unificadas en orden a la pena, pues el ordenamiento positivo les establece privaciones de libertad de distinta duración. Esta variedad revela que la ley juzga diversa la intensidad lesiva de cada uno de los tres grupos que integran esta clase de lesiones. El primer grupo está constituido por aquellas a que hace referencia el primer párrafo del artículo 292; esto es, por la

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 cualquier función orgánica, o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible.

Lo que parece aquí ser importante para nuestro presente estudio es lo relativo a *enfermedad segura o probablemente incurable*. La enfermedad que tenga curación, aunque fuere lenta y tardía, queda excluida del concepto en examen. La declaración de que una enfermedad es incurable ha de formularla el juzgador con base en dictámenes médicos valorados según la experiencia, la cual inequívocamente revela que existen enfermedades de las que casi nunca se llega a sanar, como acontece con la epilepsia traumática y con la pleuritis crónica originada por lesión en la pleura. Como el precepto indicado requiere el dictamen médico de la probabilidad o seguridad de que la enfermedad sea incurable, los mismos deberán ser valorados por el juez con extrema cautela, ya que el pronóstico de que una enfermedad es incurable es muy susceptible de error dada la multiplicidad de factores en que ha de fundarse.

Algunas lesiones venéreas dejan como secuela una enfermedad segura o probablemente incurable. Las más importantes son la parálisis progresiva y la lues cerebral causadas por la sífilis. Ésta, ya de por sí, puede considerarse independientemente de sus consecuencias, como una enfermedad segura o probablemente incurable. Cabe anotar aquí que aunque la más grave de las lesiones venéreas conduce a la parálisis progresiva, como ésta no aparece inmediatamente sino que pasan varios años antes de que llegue a manifestarse, la realidad es que no llega a adquirir relevancia típica, pues el juicio penal ya ha determinado para cuando se exterioriza.

El segundo grupo de lesiones gravísimas está constituido por aquellas otras consecuencias descritas en el segundo párrafo del artículo 292: "incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales".

El tercer grupo está integrado por aquellas que ponen en peligro la vida. En esta última hipótesis nos hallamos ante un delito de lesiones de doble resultado, ya que el artículo 293 establece que "al que infiera lesiones que pongan en peligro la vida, se le impondrán de 3 a 6 años de prisión, sin perjuicio de las sanciones que le correspondan según los artículos anteriores". Ponen en peligro la vida aquellas lesiones de las que surge la probabilidad real y efectiva de muerte inmediata. Esta probabilidad deberá evidenciarse por concretas e inequívocas manifestaciones externas del proceso patológico originado por la lesión, sin que sean admisibles los juicios de probabilidad basados en datos estadísticos abstractos, esto es, en heridas que la experiencia revela que son frecuentemente mortales. El tiempo en que tarda en sanar la

lesión que pone en peligro la vida es indiferente, pues aun en el caso en que la sanidad completa se lograra antes de los quince días, es aplicable el artículo 293.

*Circunstancias agravantes.* Aquí debemos plantearnos el contagio venéreo como presunción de premeditación en el delito de lesiones, y la razón que motiva esta presunción la encontramos en la teoría de la disminuida defensa. Conforme a ella, la premeditación agrava el delito porque al sujeto pasivo le es más difícil defenderse del individuo que premedita la agresión. En palabras de Jiménez Huerta, se expresa de la siguiente forma:

pues cuando el agente se vale del influjo amoroso que ejerce sobre su víctima para en la conjunción carnal lesionarla transmitiéndole la enfermedad venérea que le aqueja, se anula la defensa que la víctima pudiera oponer, habida cuenta de la suprema insidia puesta en juego por el agente al encubrir en el placer la semilla del dolor. Empero, sólo en la lesión venérea causada por dolo directo puede ser apreciada esta presunción, pues la premeditación es conceptualmente incompatible con las demás formas de culpabilidad.<sup>25</sup>

Y reafirmando que el contagio venéreo debe tomarse como circunstancia calificativa del delito de lesiones expone:

Es a nuestro juicio jurídicamente imposible privar de la vida a otro, mediante contagio venéreo, cuenta habida de que el medio elegido no es típicamente adecuado para la consumación de dicho resultado. No discutimos que una persona con la más páfida intención y previa la ideación más reflexiva, realice un ayuntamiento carnal con el propósito de transmitir la enfermedad venérea que le aqueja y ocasionar la muerte: negamos empero que la conducta puesta en funcionamiento por el agente para la causación del homicidio, sea típicamente adecuada para la producción del resultado de muerte recogido en el artículo 302 del Código Penal, pues no es posible desconocer que ni aun en los casos de mayor virulencia del proceso infeccioso es patológicamente posible "que la muerte del ofendido se verifique dentro de los sesenta días contados desde que fue lesionado" (artículo 303, fracción II).<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, 6a. ed., México, Porrúa 1984, tomo II, p. 323.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 114.

*Culpabilidad.* El delito de lesiones admite las tres formas previstas por el Código penal.

*Tentativa.* No es configurable en la lesión que ponga en peligro la vida, ya que una conducta idónea y orientada a ello constituiría una tentativa de homicidio, pero que según nuestro Código, se convertiría en delito de disparo de arma de fuego, delito de ataque peligroso cuando en razón del medio empleado, el arma, la fuerza o la destreza del agresor, o de cualquier otra circunstancia semejante, pueda producir como resultado la muerte. Es configurable la tentativa en las demás especies de lesiones, siempre y cuando aparezca plenamente acreditado que el sujeto activo se propuso consumir el concreto resultado.

— El tipo de peligro contra la integridad: contagio venéreo

Este delito aparece descrito en el artículo 199 bis del Código Penal para el Distrito Federal, en el título séptimo que lleva por nombre "Delitos contra la salud", debiendo entenderse que hace referencia a la salud pública. El delito del que ahora nos ocupamos tutela la salud en forma individual, o sea el mismo bien jurídico que tutela el delito de lesiones. Nada justifica su inclusión en dicho título, debida a una reforma de fecha 26 de enero de 1940.

*Naturaleza jurídica.* Es un tipo de peligro que sanciona la conducta del que ponga en peligro de contagio la salud de otro. Deberá tratarse de un peligro efectivo, esto es, que en cada caso concreto debe ser afirmado y probado que el agente, al tener relaciones sexuales con otro, puso la integridad corporal de éste en riesgo de sufrir un daño. No cualquier persona puede ser sujeto activo sino sólo la que está enferma de un mal venéreo en periodo infectante. Nos hallamos ante un delito propio o especial, toda vez que la posibilidad de ser sujeto activo está limitada a las personas en quienes concurra la circunstancia personal mencionada.

El tipo contiene un elemento subjetivo de antijuridicidad, claramente perfilado. Se requiere, además, que el agente actúe "sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo" y que su mal se encuentra "en un periodo infectante". Este elemento consiste en el conocimiento que tiene el autor: a) de la realidad patológica que afecta a su salud, y b) de que su enfermedad es contagiosa por hallarse en periodo de contaminación. No es posible aplicar el tipo aludido si no queda plenamente acreditado que en el momento de efectuar el coito, el sujeto activo tenía el doble conocimiento al que nos referimos.

Para integrarse típicamente basta con la conducta, sin que se requiera el contagio. Es intrascendente que el agente se hubiere o no representado la posibilidad de producir el resultado y la actitud psicológica que hubiere asumido ante dicha representación, pues el que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante efectúa actos sexuales con otro, actúa con el tipo de culpabilidad que requiere la figura en examen, habida cuenta de que el sujeto activo conoce las circunstancias de hecho de la conducta que perpetra y es consciente de que engendra un peligro y, por ende, de que quebranta un deber. No puede configurarse en forma culposa por su misma integración.

El delito de peligro de contagio será sancionado con prisión hasta de tres años y multa hasta de tres mil pesos, sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa el contagio.

La imposición de una doble sanción cuando el contagio se produzca, representa una notoria aberración jurídica —nos dice Jiménez Huerta— conculcadora del principio de la consunción que norma el concurso de tipos; pues existe una excluyente relación valorativa entre dos tipos autónomos que protegen el mismo bien jurídico en instantes diversos de su lesión.<sup>27</sup>

Imponer dos penas, una por el peligro, y otra por el daño, implica una violación de garantías flagrante.

### c. Los delitos de lesiones, homicidio y contagio venéreo en relación con el SIDA

A. Comencemos por el tipo de peligro de contagio que protege la simple exposición al peligro del bien jurídico salud, entendido en su forma más amplia, sin referirse a la integridad de una persona individualizada. En el caso del VIH, lo que se pretende proteger es la salud individual, ya que por las formas conocidas en que puede transmitirse, el afectado es una persona individual en su salud. No es un daño indiscriminado como el que puede atacar a toda una población por el agua o un alimento contaminado. En el caso de transmisión del virus es un contagio en forma individual y el sujeto receptor es identificable.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 338.

Dicho tipo se refiere a dos clases únicas de enfermedad: sífilis o mal venéreo, entendido éste como género. Aunque es cierto que una de las formas de transmisión del SIDA es la actividad sexual, no se trata de una enfermedad venérea, y pretender asimilarlas es caer en la aplicación analógica prohibida por el artículo 14 de la Constitución.

La descripción legal se refiere a que la persona enferma de un mal venéreo debe saber que lo padece, y además que éste se encuentre en su periodo infectante. No se conoce el periodo de riesgo de contagio del SIDA. Tratándose de esta enfermedad, no puede pedirse a toda persona infectada con el virus que lo sepa, por lo que faltaría el requisito del conocimiento, y ahora que el dolo no se presume, hay que probarlo.

El mismo obstáculo lo encontramos en la legislación penal de los siguientes estados: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Durango, Guanajuato, Hidalgo, México, Michoacán, Morelos, Sonora, Tamaulipas y Yucatán.

Mejores fórmulas encontramos en los códigos de Chiapas, Chihuahua, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Tabasco, Tlaxcala, y Veracruz y Zacatecas, que únicamente se refieren a enfermedad transmisible (algunos con acierto se refieren a que sea grave) sin referirse a enfermedad determinada.

B. En cuanto al homicidio, la fórmula legal es semejante en todas las legislaciones estatales, así que basta con la referencia a los artículos del Código Penal para el Distrito Federal.

El primer obstáculo es que no todo contacto sexual, ni toda transfusión de sangre son actos suficientes para transmitir el virus. Por alguna causa no todos los organismos lo reciben, y más aún, no todos lo desarrollan. Entrevistado el doctor Luc Montagnier<sup>28</sup> declaró que

Un seropositivo corre el riesgo de enfermarse un día. El riesgo aumenta con el tiempo. Entre más tiempo pase, más posibilidades tendrá de acabar enfermo de SIDA. Dentro de aproximadamente cinco años puede haber un 40 a 50% de enfermos y en unos 20 a 25 años, el 100% de enfermos. Pero pueden existir casos de seropositivos resistentes al SIDA y que no se enferman. Por lo tanto se puede decir que el SIDA no mata al 100%.

<sup>28</sup> Burg, Andrea, "Sida: punto de interrogación. Entrevista con el doctor Luz Montagnier", *Información Científica y Tecnológica*, México, 1987, vol. 9, núm. 132, septiembre, pp. 5-8.



Esto último es lo que en este momento nos dice que la conducta de un portador del virus, que sabe que con ciertas conductas corre el riesgo de contagiar el virus, no necesariamente va a matar a la persona a la que contagie. Se necesita algo más que el virus para que la persona enferme de SIDA, por lo que la conducta es de peligro pero no de daño, y el homicidio es un delito de daño.

Además de lo antes expuesto, el artículo 303 requiere tres circunstancias para considerar que la lesión fue mortal, y la fracción II de dicho artículo dispone que la muerte del ofendido se verifique dentro de sesenta días contados desde que fue lesionado. En el caso del contagio del VIH no se cumplirá nunca con este requisito, porque sólo el periodo de incubación (si es que lo hay, va de unas semanas a unos meses y hasta un año), excederá ese tiempo. Se sabe también que algunos individuos infectados no han desarrollado la enfermedad o manifestaciones clínicas compatibles, a pesar de más de tres años de evolución, lo que parece confirmar que se necesita algo más que el virus, y eso puede ser un elemento que sea propio de la persona. El SIDA no es por sí mismo una enfermedad mortal sino que evita el funcionamiento de los mecanismos de defensa y de inmunidad, y vuelve vulnerable el cuerpo humano a enfermedades y procesos infecciosos que, de no mediar el virus sería capaz de salvar.

C. La salud humana es un bien que el derecho penal protege de todas las agresiones que pueda sufrir. Esto es claro cuando vemos que la ley sanciona todas las agresiones a la salud, la tentativa de ellas y la sola exposición al peligro. Como lo que está en juego en el caso del contagio del VIH es la salud, veamos ahora el delito de lesiones. Aquí estamos frente a la posibilidad de establecer que se puede identificar el contagio del VIH con un delito de lesiones, porque el tipo que contiene la definición legal permite incluir en forma genérica como tal "toda alteración en la salud". El sujeto contagiado puede permanecer asintomático durante un tiempo variable. La reacción no es igual en todos los atacados por el virus. Algunos sufren una breve enfermedad parecida a una gripe cuando se van generando los anticuerpos contra el virus, entre las cuatro semanas y los cuatro meses de la invasión. Después de este malestar la persona puede no presentar síntomas durante años. Entre 60 y 70% manifiesta síntomas a partir de los tres años del ataque.

Por ejemplo, en los casos de contagio por sangre o instrumental contaminado, si la persona lo descubre en forma inmediata y acude con la autoridad respectiva a denunciar los hechos es muy probable que

en los exámenes no se detecte el virus, menos aún que presente un daño en su salud. No se configurará entonces la lesión ya que para hablar de un delito hay que atender al resultado. En ese caso deberá recurrirse a la responsabilidad que consignan los tipos respectivos de la Ley General de Salud, a los que se aludió en el apartado II de este trabajo. Son conductas sancionadas con pena de prisión, multa y privación del ejercicio profesional, lo que parece adecuado por tratarse de personas sanas que no cumplieron con su responsabilidad de evitar la propagación de enfermedades.

Es diferente la situación en que el contagio se produce por contacto sexual y el contagiante era portador del virus sin saberlo. En ese caso no se puede hablar de dolo ni de culpa, pues la conducta del contagiante estaba encaminada a tener un contacto sexual y no a contagiar. Y volvemos al caso en que tampoco hay lesiones mientras no se aloje el virus en las células del cuerpo y comience a causar daños.

Por esa circunstancia de que no hay un resultado inmediato o al menos cercano al contagio del virus, es preferible contar con un tipo penal que se refiera únicamente al peligro para la salud personal, ya que el daño, en vista del tiempo que tarda en aparecer, dificultará que se pruebe la relación causal.

#### d. Las posibles formas de contagio y el derecho penal

1. La vía sanguínea y la donación de órganos de una persona portadora del virus parecen estar a partir de ahora controladas para evitar casi en un cien por ciento la transmisión del VIH por dichos conductos.

2. La forma de contagio perinatal es una de las conductas que se realizan en forma privada, y sucede cuando la mujer se encuentra embarazada. Lo único que puede hacerse en estos casos es mantenerla en constante vigilancia hasta el momento del parto, y aconsejarle una vez que dio a luz, que evite amamantarlo por ser una de las probables formas de contagio. Una vez más lo que parece aconsejable es la prevención, el evitar embarazos cuando uno de los padres es portador del virus, y la única manera de lograrlo es conscientizar a la gente que se encuentra en el momento de planear tener un hijo, de recurrir a un examen previo para detectar el riesgo a tiempo. Este es uno de los terrenos donde no deben existir medidas restrictivas obligatorias. La ley no puede impedir la maternidad; por lo tanto, corres-

ponderará al médico explicar los riesgos que se corren y tratar de lograr el convencimiento de la mujer, que es quien tomará la decisión final.

3. Nos queda la vía sexual, y aquí volvemos a entrar en el terreno de la vida privada de las personas. Es importante recalcar que cada vez que se habla de esta enfermedad se hace con una carga moral, culpando a quien tiene el virus de habérselo buscado por promiscuo o por homosexual, y compadeciendo a quien por mala fortuna se lo contagiaron por una transfusión sanguínea. Ambos enfermos son igualmente inocentes, o igualmente culpables. Son personas con un problema de salud, y que si ignoran su condición (situación muy frecuente) son propagadores de la enfermedad. El riesgo es ahora para toda la población, y por ello lo necesario es adoptar medidas preventivas.

### *3. Conclusiones y recomendaciones*

a) Se requiere ver al SIDA como un problema de salud que ataca a individuos en forma individual y que con una campaña informativa de prevención puede controlarse. Muchas de las medidas se han tomado ya, sólo falta ésta, e incluso tienen ya el organismo encargado de hacerlo (Conasida), porque entre las funciones del Subcomité de educación para la salud/comunicación social está el elaborar la estrategia de comunicación para el público en general, poblaciones de alto riesgo y personal de salud; la producción de impresos, programas de radio y televisión, boletines de prensa, folletos e impresos y audiovisuales para capacitación del personal de salud.

b) No es con medidas penales como se va a detener el SIDA.

El aplicar penas en estos casos va a resultar contraproducente porque el SIDA, que es una enfermedad más, va a volverse algo prohibido que dificultará que la gente acuda al médico por temor al castigo. Con ello vamos a conseguir que las cifras crezcan por desconocimiento de medidas preventivas, incluyendo a los familiares del enfermo. Esto se evitaría con la información que el médico al detectar la enfermedad —igual que hace con un enfermo de hepatitis— da a la familia sobre las medidas que debe tomar para evitar riesgos.

c) Uno de los aspectos más críticos en las prisiones está relacionado con la salud de los detenidos. La presencia de internos portadores del virus o enfermos en un reclusorio preventivo o en la prisión, parece ser lo más eficaz para en un tiempo muy corto tener a toda la población penitenciaria infectada, y no se mantendrá sólo ahí dentro, ya que muy probablemente pasarán el padecimiento a la gente externa que acude

a dichos centros a realizar la visita íntima. Igual situación acontecerá en el centro de readaptación femenil, ya que las internas reciben a su pareja en visita íntima, o van ellas a hacerlas a un reclusorio. Sin olvidar que las internas mantienen junto a ellas a sus hijos los primeros seis años de vida.

d) No parecen ser las cárceles el lugar indicado para un portador del VIH, ya que además de la carencia de atención médica, es de todos conocido el problema sexual de las prisiones, y ha llegado a estimarse que el homosexualismo excede el ochenta por ciento de la población penal. La propagación de enfermedades venéreas aparece como inmediata consecuencia de lo anterior, y aunque se supone que quien es detectado, es separado del grupo y recluido en la enfermería hasta su curación, en pocas ocasiones esto se lleva a cabo en forma satisfactoria. En las condiciones actuales de la administración de reclusorios del Distrito Federal y seguramente del resto del país, no se cuenta con la posibilidad de dar atención médica adecuada a estos enfermos, y al negárselas se estaría violando el artículo 19 de la Constitución que prohíbe cualquier maltrato en las prisiones.

e) La función del derecho penal modernamente aceptada es de prevención general y especial. Por prevención general debe atenderse que la amenaza de la pena establecida en la ley tiene eficacia intimidante, y en ocasiones paraliza posibles impulsos delictivos. Y en cuanto a prevención especial, la pena tiene como fin separar al infractor de la sociedad y lograr su readaptación a través del trabajo y la capacitación para el mismo. Recordemos que detrás de una decisión de incriminación está un deseo de limitar la aparición de dicha conducta. Solamente que en el caso de un enfermo de SIDA es difícil pensar en él como un sujeto viable para la readaptación por medio de la pena.

f) Es necesario tener un tipo penal que sancione a todo individuo portador del VIH previamente advertido de las conductas que se han considerado que pueden propagar el virus, y que ha ignorado dichas advertencias. Que además de cumplir con la función preventivo-general, cumpla con la preventivo-especial. Aparentemente lo más conveniente es hacer uso de las medidas de seguridad, y en este caso indeterminadas por no saber el tiempo que se requiere tener aislado de la comunidad al enfermo que no ha sabido o no ha podido comportarse de acuerdo a su condición de contagioso. Un tipo que cumpla con ambas funciones: separarlo de la comunidad para que no continúe infectando, y someterlo a tratamiento médico.

g) La fórmula que emplea el Código Penal de Veracruz es aceptable en cuanto a que abarca varias posibilidades. A continuación se reproduce: "138. Al que padeciendo alguna enfermedad grave y transmisible, ponga en peligro de contagio a otro, violando un deber de cuidado, será sancionado con multa hasta de tres mil pesos y reclusión en el establecimiento adecuado hasta obtener su curación".

Es un tipo de peligro porque ya habíamos dicho que no siempre se causaba un daño. En cuanto a la reclusión hasta obtener su curación, permite que el plazo sea tan largo como el desarrollo de la enfermedad. La novedad está en la exigencia de que el sujeto viole un deber de cuidado, por ello sólo serán activos quienes sean portadores o padezcan la enfermedad, y además tengan conocimiento de ser portadores o enfermos. Como hablábamos antes de portadores del virus asintomáticos, no se puede presumir que el agente sabía que era portador del mal, tampoco que debió saberlo por los síntomas que presentaba. Lo mejor es conseguir que por convencimiento propio la gente acuda a hacerse un examen (del que se lleva un registro), y si obtuvo resultado positivo, el médico le informe los comportamientos que le están restringidos, y los riesgos que corre tanto él como sus seres queridos, de ignorar dichas recomendaciones. Para eso se necesitará reformar el artículo 137 de la Ley General de Salud.

No es este artículo un tipo culposo, porque al ignorar el sujeto los cuidados que debe tener en su conducta, está demostrando un comportamiento doloso. Quedan incluidas las conductas de médicos y dentistas que continúen con su ejercicio profesional.

h) En cuanto al comentario frecuentemente escuchado en el sentido de que los médicos y enfermeras (seguramente desconocedores del tema) se niegan a atender pacientes con SIDA, convendrá recordarles a estos profesionales que con dicha conducta son sujetos activos del delito de abandono de personas, que en el Código Penal para el Distrito Federal se tipifica de la siguiente forma: "Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarla, se le aplicará de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuera ascendiente o tutor del ofendido" (artículo 335). Cabe además la posibilidad de que se cause una lesión o la muerte por el abandono sufrido, en cuyo caso estos resultados serán tenidos para efectos de la pena, como causados con premeditación.

Cuando el paciente sea tratado en la forma antes expuesta en uno de los hospitales o centros de salud que sean de la administración pú-

blica o de un organismo centralizado o una paraestatal, quienes laboran ahí tienen el carácter de servidor público, con lo que tal conducta puede caer en el tipo de abuso de autoridad, cometido por medio de vejaciones a las personas (artículo 225-II). En otros casos, si varios servidores públicos toman la decisión de no proporcionar el servicio al que legalmente están obligados pueden caer en la figura de coalición de servidores públicos (artículo 215).

i) Por último, cabe decir que la figura de la persona afectada por el VIH o el SIDA debe contemplarse con lástima, como víctima de una enfermedad que puede causarle la muerte, y que en muchos de los casos le habrá sido contagiada por una persona amada, y en otros él será el causante de la muerte de otro ser querido. A este respecto son aplicables las palabras del profesor Jiménez Huerta referentes a los adictos a las drogas:

Las penas fijadas para el adicto o habitual son manifiestamente injustas. Pues aunque creemos que todo el rigor debe caer sobre el voraz traficante, estimamos, asimismo, que con la mayor aflicción y dolor debe contemplarse la triste figura del habitual o adicto. Ciertamente es que ocasiones existen en que el adicto o habitual es también traficante, pequeños traficantes; pero aún en estos casos debe prevalecer su condición de habitual o adicto. Y aunque reconocemos que no siempre es fácil distinguir una y otra, esta dificultad actualmente no implica un imposible, pues existe una gran variedad de criminólogas luciérnagas que en la presente nocherniega hora permiten caminar, con escasos tropiezos, por esta senda oscura...<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho penal mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 1985, tomo V, p. 167.