

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO SANITARIO EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS

I. LA NATURALEZA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS Y EL DERECHO SANITARIO

1. *El margen de la contextualización sanitaria*

Muchas disciplinas jurídicas convergen con el derecho sanitario bajo un carácter interdisciplinario y multidisciplinario, presentes dentro de los sistemas jurídicos y el derecho comparado,¹⁰³ esto propicia toda una serie de aspectos complementarios y referenciales en el ámbito de la salud, más aún cuando se atiende a estándares influenciados por la protección de la salud desde el carácter de la internacionalización.

Ahora bien, no es lo mismo la operatividad de los sistemas de salud inmersos bajo la regulación de un sistema jurídico neorromanista que dentro del sistema jurídico anglosajón. Al establecer el término “sistema jurídico” se hace referencia a un conjunto de normas jurídicas, métodos, estructuras políticas, económicas y so-

¹⁰³ Respecto a un conjunto de normas, la palabra “sistema” querría decir que esas normas tienen entre sí algún vínculo, lazo o relación, que puede ser captado por el entendimiento. Y, efectivamente, es en ese sentido que la expresión “sistema jurídico” es usada por los juristas. Con esa expresión se quiere decir que las innumerables normas válidas en un país constituyen un conjunto de elementos que mantienen entre sí una relación tal que pueden ser consideradas una unidad. Ese conjunto, entonces, es denominado “sistema jurídico”, y su nombre varía de acuerdo con el país de que se trate: sistemas jurídico mexicano, francés, británico, etcétera. Véase Márquez Romero, Raúl (coord.), *op. cit.*, t. P-Z, p. 3480.

ciales, procedimientos e instituciones organizadas de forma coherente que constituyen las formas y modalidades de funcionamiento de la aplicación del derecho positivo, vigente en lugar y tiempo determinados, y que son origen de lo que puede constituirse como la estructura jurídica de funcionalidad para el tema de salud.

Los precedentes judiciales sobre los servicios de salud en el Reino Unido respecto al Servicio Nacional de Salud (National Health Service-NHS)¹⁰⁴ difieren de las disposiciones jurídicas en un país bajo el sistema neorromanista como México, que pese a que cuenta con disposiciones jurídicas expresas en la materia, al judicializarse en controversia judicial, entran en las reglas de interpretación y argumentación de la materia preferentemente en las disposiciones jurídicas sustantivas y adjetivas que se encuentran descriptivamente vigentes, y no sólo con el precedente consensual de los usos y costumbres, como sí lo es en el derecho anglosajón.

Pese a ello, en el derecho con estructura jurídica anglosajona, se tiene una regulación jurídica que determina, administrativamente, la atención frente al Estado, como es el caso de la reforma propuesta por el presidente Obama, de EE. UU. en marzo de 2010, con la Ley de Atención Médica Asequible, que disponía transformar el sistema de salud de dicho país, buscando una mayor accesibilidad y cobertura, con la idea de reducir costos en la salud dado el gran desequilibrio presentado entre el sector público y el sector privado.¹⁰⁵

¹⁰⁴ NHS-Servicio Nacional de Salud Británico, desde 1948 en el Reino Unido. Basado principalmente en la atención médica gratuita sin condicionar la misma por la situación de la capacidad de pago, por tanto, los servicios de atención primaria y hospitalaria buscan ser gratuitos; existen otros como los dentales, que no lo son. Al respecto, véase Gorsky, Martin, "The British National Health Service 1948-2008: A Review of the Historiography", *Social History of Medicine*, vol. 21, núm. 3, Oxford, 1o. de diciembre de 2008, pp. 437-460. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/shm/hkn064> (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2018).

¹⁰⁵ El proyecto de Ley de Atención Médica Asequible está disponible en: <https://www.cbo.gov/sites/default/files/111th-congress-2009-2010/costestimate/41877-reid-letter.pdf> (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2018).

Los diferentes sistemas de salud pública que se encargan de la sanidad en los sistemas jurídicos del mundo presentan variedad y complementariedades ante los parámetros internacionales, es por ello que, en la necesidad de ubicar ciertos términos reconocidos etimológicamente y lingüísticamente, se establecen una serie de principios enlazados entre sí para determinar características afines en derecho, que instituyen las estructuras e instituciones con base en una regulación jurídica que permita reglas para comprobar su operatividad y equilibrio.¹⁰⁶

Por otro lado, también debe entenderse que el sistema jurídico atiende a la diversidad de los países en el mundo y, por lo mismo, hay semejanzas y similitudes en sus expresiones jurídicas sanitarias. Lo que debe interesar al derecho sanitario es distinguir, o poder considerar, para compartir, el ámbito de operación en materia de su competencia. La aplicación u operación en materia de salud debe poder distinguir y observar sus semejanzas para interactuar en sus compromisos bilaterales o multilaterales, puesto que día con día la cobertura tiene mayor injerencia para atender necesidades en materia de salud muy semejantes entre los países de los que pertenecen a una misma familia jurídica.

La determinación del derecho sanitario para conformar sus contenidos legislativos o administrativos al interior de los países puede también resultar con ciertas variaciones interpretativas o argumentativas; sin embargo, su consideración preponderante por contener una regulación se determina a partir de la razón común. En cuanto a ser una disciplina encargada de aglutinar el conocimiento en el ámbito de derecho y la salud:

Cada país tiene un propio sistema jurídico y su peculiar manera de considerar las leyes, las costumbres y la jurisprudencia. Ello se debe a que cada uno difiere del otro en virtud de sus singulares

¹⁰⁶ Márquez Romero, Raúl (coord.), *op. cit.*, t. P-Z, p. 3480. Para mayor referencia sobre la tercería, puede consultarse la obra de Gómez Jara, Francisco A, *Sociología*, México, Porrúa, 2000, pp. 51-55.

características sociales, raciales y religiosas, además de contar con distintas tradiciones.¹⁰⁷

Las regionalizaciones de un derecho sanitario, conforme a sus necesidades comunitarias, son inherentes. La intención de poder distinguir y aclarar la diversificación de los sistemas jurídicos en el mundo brinda un contexto dirigido hacia la naturaleza jurídica de su regulación como derecho positivo vigente en los diversos países en materia de salud. “El conjunto de normas e instituciones que integran un derecho positivo constituye lo que llama un sistema. Un sistema jurídico es, así el conjunto de reglas e instituciones de derecho positivo por las que rige una determinada colectividad”.¹⁰⁸

Lo que justifica una vinculación en los temas de medicina es la necesidad que se tiene en el desarrollo de la propia ciencia médica o de la salud, a través de la vigilancia y regulación del mejoramiento de las condiciones del ser humano y su interacción con las instituciones.

Ahora bien, los sistemas jurídicos se clasifican por sus características históricas, su naturaleza jurídica, su estructura de poderes y su operación como Estado en familias jurídicas,¹⁰⁹ lo que hace mucho más sencillo clasificarlos para su estudio y comprensión al contextualizarlos en materia de derecho sanitario.

¹⁰⁷ Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Porrúa, 2011, p. 5.

¹⁰⁸ Castán Tobeñas, José *et al.*, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Buenos Aires, Albeledo-Perrot, 2000, p. 15.

¹⁰⁹ Se entiende a la “familia jurídica” como un conjunto de sistemas jurídicos que comparten determinadas características, al respecto, véase Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *op. cit.*, p. 6. En 1900, en el Congreso Internacional de Derecho Comparado de París se distinguieron los siguientes sistemas: el de derecho francés, el del angloamericano, el del germánico, el del eslavo y el del musulmán, véase Castán Tobeñas, José *et al.*, *op. cit.*, p. 16. Se debe hacer la aclaración de que el derecho comparado dista de la familia jurídica, debido a que ésta es la disciplina que estudia los diversos sistemas jurídicos existentes para descubrir sus semejanzas y diferencias, véase Márquez Romero, Raúl (coord.), *op. cit.*, t. D-H, p. 1146.

El estudio del derecho comparado¹¹⁰ trata de encontrar un enfoque específico para atender problemas en cuestiones particulares de dos o más sistemas jurídicos, esta premisa se cumple al comparar los sistemas de salud de un país a otro, ya sea de la misma familia jurídica o de distinta, pero teniendo siempre en cuenta el origen de sus características de permanencia por la conformación de su sistema jurídico como, por ejemplo, al comparar los avances en los diversos temas de derecho sanitario en los sistemas jurídicos de distintos países.

Analizar metodológicamente una comparación permite identificar las cualidades y defectos de la operatividad en los temas de salud pública, privada y de asistencia social:

El comparatista indaga el objeto de estudio a través de las líneas de evolución de la jurisprudencia, la *praxis* administrativa, las orientaciones de la doctrina e, incluso, a través aquellos elementos accesorios que consideren útiles para una comprensión que no se limite a estudiar la superficie de un fenómeno jurídico, aun cuando para ello necesite recurrir a categorías e instrumentación de análisis propios de otras ciencias.¹¹¹

Lo anterior se realiza para atender el cumplimiento de nuevos retos en la regulación, o ampliación, del derecho sanitario y sus legislaciones internas en los países, y sus relaciones y compromisos externos, como el de la OMS,¹¹² la comunidad europea¹¹³ y la Organización Panamericana de la Salud,¹¹⁴ entre algunas otras.

¹¹⁰ El derecho comparado es una disciplina con un enfoque propio para el estudio de los fenómenos jurídicos. Márquez Romero, Raúl (coord.), *op. cit.*, t. D-H, p. 1146.

¹¹¹ Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Introducción al derecho público comparado, metodología de investigación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 54.

¹¹² Disponible en: <https://www.who.int/es> (consulta: 25 de marzo de 2019).

¹¹³ Disponible en: https://europa.eu/european-union/index_es (consulta: 25 de marzo de 2019).

¹¹⁴ Disponible en: <https://www.paho.org/hq/?lang=es> (consulta: 25 de marzo de 2019).

Al detallar y comprender la competencia en salud, el derecho sanitario de los países en el mundo tiene en cuenta que, en su generalidad, los países se encuentran organizados políticamente en Estados¹¹⁵ soberanos, distribuidos en cada uno de los cinco continentes, y cada uno de ellos cuenta con un sistema jurídico, atendiendo a su genealogía cultural e histórica, y conforme a sus características y semejanzas en sus fuentes y estructuras, como es el caso de nuestro país, que es cuando se agrupan en familias, por su sentido de similitud en sus características, las necesidades y la operatividad en los sistemas de salud de cada país de pertenencia.

Otro elemento necesario referencial en los temas de salud es la soberanía de los Estados y la organización de sus sistemas jurídicos como signo de identificación de la competencia del federalismo para la operatividad federal y de las entidades al interior; como es el caso de México, cuyo modelo representativo federal se establece en el artículo 40 de la Constitución.¹¹⁶

2. *El margen de las familias jurídicas y su ámbito de inserción en salud*

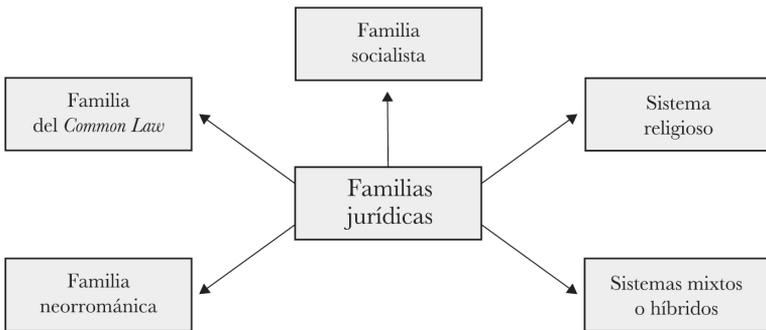
En cuanto a la clasificación de las familias jurídicas, es importante tomar en cuenta que los diversos tratadistas distan en variadas clasificaciones que atienden a los orígenes históricos de

¹¹⁵ Anteriormente, lo que Georg Jellinek estructuraba eran elementos del Estado entendidos como: territorio, población y gobierno. Jellinek Georg, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1970, pp. 409-412.

Los nuevos elementos del Estado deben entenderse a partir de tres elementos fundamentales: democracia, poder y derecho, véase a Reyna Lara, Mauricio, *op. cit.*, pp. 44-94.

¹¹⁶ Como señalaría Felipe Tena Ramírez: “El federalismo de los demás países que han adoptado el sistema, se mide por su aproximación o alejamiento al modelo norteamericano. Lo dicho tiene especial significado para nosotros, que, al imitar deliberadamente aquel sistema, le imprimimos nuestro propio rumbo”. Véase a Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2004, p. 102.

los sistemas jurídicos o a su naturaleza jurídica, su estructura, su operatividad e incluso a su tradición intelectual, y aunque no existe una propuesta ideal de clasificación, la mayoría coincide en afirmar la existencia de tres grandes familias y dos grandes sistemas que se muestran en el siguiente esquema:



Además de las familias jurídicas enunciadas, es importante señalar la competencia de la comunidad europea, que, si bien no es identificada como familia jurídica o dentro de una familia jurídica, es importante su estructura y conformación, sobre todo es necesario resaltar su importancia en su operatividad y lo que ha ido destacando en los temas de salud, ya que “Elabora leyes y normas europeas para los productos y servicios sanitarios (medicamentos, dispositivos médicos, sanidad electrónica, etc.) y para los pacientes (por ejemplo, servicios de seguridad y salud que afectan a varios países de la UE)”.¹¹⁷

En un intento por establecer el análisis de las familias jurídicas y su interpolación con el derecho sanitario, se propone la siguiente tabla con la idea de establecer un contexto histórico jurídico e identificar, de alguna manera, la política pública y legislativa en el ámbito de la salud.

¹¹⁷ Información tomada del sitio web de la Unión Europea, apartado “Salud”. Disponible en: https://europa.eu/european-union/topics/health_es (fecha de consulta: 8 de octubre de 2018).

<i>Familia y sistemas</i>	<i>Descripción</i>	<i>Interpolación con el derecho sanitario</i>
Familia neorrománica	<p>Tanto su denominación como sus antecedentes históricos están intergrados por aquellos sistemas contemporáneos estructurados con fundamentos en el derecho romano,¹¹⁸ a partir de la caída del Imperio romano, y reapareciendo el <i>Ius Commune</i> en el siglo XII de la mano de las escuelas de los glosadores y posglosadores, que evocaba al <i>Ius</i> en su sentido de auctoritas. Ya en el siglo XIX, renacen dos tendencias: la teoría francesa, con las 5 codificaciones de Napoleón III, de 1804, y la escuela histórica alemana de Savigni, ambas sustentadas en las ideas de las universidades antiguas, como la de Bolonia.¹¹⁹</p> <p>Sus principales fuentes del derecho son: la formal, entendida como la ley escrita, bajo los procesos legislativos de creación de las leyes en el poder legislativo con las características de leyes sustantivas y adjetivas; la real, que atiende a las circunstancias de los hechos en tiempo, modo y lugar determinado bajo ciertas circunstancias; y la histórica, que versa sobre todas aquellas leyes que han dejado de tener vigencia, pero que en algún tiempo determinado fueron vigentes.¹²⁰</p> <p>Dentro de los países que se encuentran bajo esta influencia tenemos a Francia, Italia, Alemania, Bélgica, Polonia, España, Portugal y gran parte de los países latinoamericanos que tuvieron como consecuencia la influencia de los romanos, a través del <i>Corpus Iuris Civilis</i>.¹²¹</p>	<p>La recepción del derecho sanitario, atendiendo a sus semejanzas en cuanto a sistemas jurídicos, se podría entender mucho mejor a partir de su contenido general, pues, al pretender implementarlo, esto se hará a través de una ruta legislativa o reglamentaria en temas de salud, con el objetivo de lograr su gestión en el ámbito público.</p> <p>Entender sus fuentes de creación permite identificar sus semejanzas y diferencias para crear las condiciones de análisis comparativo en los sistemas jurídicos contemporáneos y sus sistemas de salud, estableciendo el contexto de preocupación prioritaria en el marco de la injerencia de los poderes en los Estados.</p>
Familia del <i>Common Law</i>	<p>“El Common Law¹²² es el derecho consuetudinario del pueblo inglés reconocido como tal por los jueces viajeros de los tribunales reales de Westminster”.¹²³</p> <p>Derecho que fue complementado con el derecho de equidad. “<i>La Equi-</i></p>	<p>De esta manera se puede afirmar que, al tener el derecho sanitario una base dentro del derecho positivo vigente, conforme a ser produc-</p>

	ty estimuló el desarrollo del derecho anglosajón, modificando los ritos de la legislación, este adquiere un carácter adjetivo, estructurado a
	tores del antiguo Derecho y llamando las diferencias del mismo. ¹²⁴

¹¹⁸ Zárate Pérez, José Humberto *et al.*, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, MacGraw-Hill, 1997, p. 6. Ubicando la connotación histórica que refiere al derecho romano como el conjunto de disposiciones jurídicas que rigieron a la comunidad política romana desde la fundación de la *ciuitas* (745 a. C.) hasta la muerte del emperador Justiniano (565 d. C.). Véase Guerrero Galván, Luis René, *Apuntes de derecho romano*, México, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales S.C., 2011, pp. 3 y ss.

En el derecho se atiende a tres épocas de validez del *Corpus Iuris Civilis* que son: la monarquía, la República y el Imperio. Conociendo con la labor de Justiniano. Véase Bialostosky, Sara, *Panorama del derecho romano*, México, Porrúa, 2005, p. 1.

¹¹⁹ Para mayor referencia sobre el tema puede consultarse Bentham, Jeremy, *Principios de legislación y de codificación extractados de las obras del filósofo inglés Jeremías Bentham*, trad. de Francisco Ferrer y Valls, t. I y II, Madrid, Imprenta de D. Tomas Jordan, 1834. Reproducción digital del original conservado en la Biblioteca de la Universidad de Granada España, disponible en: <http://fama2.us.es/file/principiosDeLegislacionTI.pdf>.

¹²⁰ Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1994, pp. 7-9.

¹²¹ Es una recopilación de Constituciones imperiales, jurisprudencias romanas y codificaciones de la época desde la monarquía, República y el Imperio de los romanos de 177 a 565 d. C. (*Codex repetitae praelectionis, la Digesta sive pandectae, las Institutas y las Novellas constituciones*). Véase Bialostosky, Sara, *op. cit.*, nota 129, pp. 27-40.

¹²² Rabasa, Emilio O., *Las Constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México. Estudio comparativo sus orígenes, evolución, principios fundamentales y jerarquía con los tratados. Los textos positivos*, México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 4. Para mayor referencia sobre el sistema *Common Law*, también puede consultarse la obra de Morineau, Marta, *Introducción al Common Law*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. Libro que ofrece un panorama general de la familia jurídica del *Common Law* desde su antecedente e influencias, particularmente en el derecho inglés y Estados Unidos.

¹²³ Rojas Amandi, Victor, *Las fuentes del derecho en el sistema jurídico angloamericano*, México, Porrúa, 2005, p. 15.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 17 y 21.

<i>Familia y sistemas</i>	<i>Descripción</i>	<i>Interpolación con el derecho sanitario</i>
	<p>Sus fuentes de derecho son principalmente el precedente, la legislación, la costumbre, la razón y la doctrina.¹²⁵ Los sistemas jurídicos que han sido agrupados en esta familia se deben al surgimiento de la tradición jurídica en Inglaterra durante el siglo XI, que se distingue, principalmente, por la creación de sus normas sustantivas a través de los precedentes, es decir, a través de decisiones contenidas en las sentencias judiciales, quedando el privilegio de la creación legislativa o reglamentaria sólo en las normas adjetivas.</p>	<p>partir de procedimientos, dejando de lado, aunque no completamente, el carácter sustantivo, que emana del poder jurisdiccional.</p>
Familia socialista	<p>El surgimiento de esta familia se dio a partir del triunfo de la Revolución rusa de 1917. Se encuentra vinculada con la familia neorrománica; sin embargo, existen diferencias entre las cuales se distinguen su naturaleza y fuentes, por no reconocer a la historia, y si ver un carácter transformador y revolucionario, como en el caso de Cuba. “[E]l carácter del derecho como sistema se conforma como resultado de la complementación de los factores que lo informan y la propia función del mismo en la sociedad; componentes diversos cuya unidad no es resultado automático de la existencia de los mismos, sino que habrá que lograrla a partir de la acción consciente y regulada de los creadores y operadores del derecho”.¹²⁶</p> <p>El derecho no es visto como un conjunto de normas, sino como un conjunto de intereses y valores colectivos. Sus principales fuentes son la ley, la costumbre, los principios generales del derecho y la jurisprudencia. Se debe señalar que, aunque esta familia cuenta con elementos característicos de la tradición romanista sus características principales y las cuales la hacen una familia independiente tienen que ver con el carácter transformador y revolucionario otorgado a sus siste-</p>	<p>Al garantizar los servicios de salud como interés social, se observa una relación jurídica <i>per se</i>; a manera de ejemplo, la declaración de la Organización Panamericana de la Salud observa avances que pugnan por la relación entre buena administración e investigación con la salud, tomando en cuenta su limitación en materia de insumos.¹²⁷</p>

	mas jurídicos, además de una ideología identificada con la doctrina política marxista-leninista.	
Sistema religioso	<p>La razón por la cual estos sistemas no han sido considerados propiamente como una familia jurídica se debe a que los sistemas jurídicos que lo componen no comparten características propias de una tradición jurídica, ni mucho menos varias características comunes que los identifiquen, el único rasgo distintivo en común es la naturaleza religiosa o filosófica de su derecho.</p> <p>“Estos sistemas no constituyen una familia, sino que son un conjunto de normas que regulan en determinados países las relaciones humanas, sea en su totalidad, o bien en algunos de sus aspectos. No existe interés alguno por los derechos individuales; en ellos el acento se coloca sobre las obligaciones que pesan sobre el hombre justo. El más importante de esos sistemas es el derecho musulmán”.¹²⁶</p>	<p>Como ejemplo de interacción podemos colocar a Arabia Saudita, ya que, en cuanto a la operación de su sistema de salud, el Ministerio de Salud se propone mejorar la igualdad sin importar su condición, mejorar sus estándares y la calidad en el Reino de Arabia Saudita, de manera holística; pese a ello, las limitantes religiosas que a su vez se convierten en jurídicas, restringen ciertas actitudes que se colocan en contradicción con la preservación de la salud, como la ingesta de sustancias que produzcan un “daño”</p>

¹²⁵ Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas jurídicos...*, *cit.*, pp. 89-96.

¹²⁶ Matilla Correa, Andy, *Introducción al estudio del derecho*, La Habana, Editorial Ciencias Médicas, 2007, p. 127.

¹²⁷ Organización Panamericana de la Salud (OPS/OMS) y la Oficina para América Latina y el Caribe de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), Perfil del Sistema de Salud: Monitoreo y Análisis de los Procesos de Cambio/Reforma, disponible en: http://www.paho.org/PAHO-USAID/anddocuments/Perfil_Sistema_Salud-Lineamientos_Metodologicos.pdf (fecha de consulta: 8 de octubre de 2018).

¹²⁸ Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *op. cit.*, p. 9.

<i>Familia y sistemas</i>	<i>Descripción</i>	<i>Interpolación con el derecho sanitario</i>
Sistema mixto o híbrido	Dentro de esta familia jurídica encontramos a todos aquellos sistemas jurídicos que no logran ubicarse en alguna familia jurídica que describimos anteriormente, sino que basan su sistema jurídico en la coexistencia armónica de dos o más familias jurídicas dentro de su mismo sistema.	al tipo espiritual, como podría ser un ansiolítico o un analgésico, situación que impacta necesariamente en el tema de salud. ¹²⁹ Un ejemplo de interacción con los temas de salud se da cuando se analizan las políticas públicas que empujan estos sistemas, ya que generan medidas preventivas a partir de sus legislaciones en temas como el de nutrición, obesidad y enfermedades concomitantes. ¹³⁰

¹²⁹ Información tomada del sitio *web* de la OMS.

¹³⁰ Japón, por ejemplo, adoptó medidas preventivas en su legislación en el tema de nutrición para reducir la obesidad y los malos hábitos de alimentación entre la ciudadanía, logrando el estándar, según la OMS, como uno de los más bajos del mundo. Véase Gil Rosendo, Inma, “Las dos leyes que ayudaron a Japón a tener uno de los índices de obesidad más bajos del mundo” *BBC*, 7 de marzo de 2017. Disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-39143212> (fecha de consulta: 10 de julio de 2018); además de lo publicado en el sitio *web* de la OMS, disponible en: <http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/obesity-and-overweight> (fecha de consulta: 10 de julio de 2018). Para mayor referencia sobre la estructura y antecedentes del sistema jurídico japonés se recomienda leer la obra de Chapoy Bonifaz, Dolores Beatriz, *Evolución del concepto de derecho en Japón*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 282-359.

El derecho sanitario, de acuerdo con su sistema jurídico, es una cuestión de observación obligatoria, necesaria para poder adentrarse en la operatividad y estructura de la legislación, lo que permitirá analizar la problemática de la sociedad en estudio y establecer los puntos de medición y detección de medidas preventivas y de políticas públicas, conforme a su accesibilidad y atención, así como la regulación jurídica que garantice los derechos a la salud.

La OMS, a partir de la directriz de establecer una buena comunicación entre naciones, ha buscado que los países puedan contribuir con medidas oportunas, que sirvan para contrarrestar problemas de salud, estableciendo el contexto para establecer al derecho sanitario como una necesidad apremiante que pueda formar parte de los aspectos legislativos en pro de las necesidades sociales de los pueblos y comunidades en materia de salud.¹³¹ Un ejemplo claro de dichas necesidades entre naciones ha quedado marcado con la declaratoria del jueves 30 de enero de 2020, en donde el Comité de Emergencias, convocado por el director general de la OMS, en virtud del Reglamento Sanitario Internacional (RSI), se reunió para tratar el tema del brote del nuevo coronavirus SARS-CoV-2 en la República Popular China, así como los casos exportados a otros países. El brote constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII).¹³²

Desde la OMS, hemos llevado a cabo una evaluación permanente de este brote y estamos profundamente preocupados tanto por los alarmantes niveles de propagación y gravedad, como por los alarmantes niveles de inacción. Por estas razones, hemos llega-

¹³¹ Como fue el caso de los retos de 2018 con la gripe pandémica, el cólera, la difteria, paludismo, las catástrofes naturales, la meningitis, la fiebre amarilla, la malnutrición y la intoxicación alimentaria (información disponible en: <http://www.who.int/features/2018/10-threats-global-health/es/> [fecha de consulta: 10 de julio de 2018]) o de la pandemia del virus SARS-CoV-2 causante de la enfermedad COVID-19, situación que aún estamos por resolver.

¹³² “COVID-19: cronología de las acciones de la OMS”, OMS, 27 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19> (fecha de consulta: 30 de agosto de 2021).

do a la conclusión de que la COVID-19 puede considerarse una pandemia”.¹³³

En marzo de 2020, México declara la emergencia sanitaria por causa de la epidemia provocada por la enfermedad COVID-19¹³⁴ y, con ello, una serie de medidas que paralizan la economía del país, quedando tan solo las actividades esenciales: las áreas de la salud, alimentaria, seguridad, servicios, programas sociales e industriales que sean esenciales para cubrir las primeras necesidades de la sociedad, entre algunas otras.¹³⁵ Lo que ocasiona un retroceso en los gobiernos y en sus proyectos encomendados para el ejercicio fiscal de 2020.

En este orden de ideas, la comunidad europea está realizando ajustes en las políticas y en los contenidos legislativos en materia de prevención, atención e investigación en el ámbito de la salud.¹³⁶ Esto incluye la seguridad alimentaria, la farmacéutica, los químicos, la seguridad al ambiente y los recursos hídricos, entre algunos otros temas.¹³⁷

¹³³ Alocución de apertura del director general de la OMS en la rueda de prensa sobre COVID-19, celebrada el 11 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (fecha de consulta: 30 de agosto de 2021).

¹³⁴ *Diario Oficial de la Federación*, 30 de marzo de 2020, Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SAR-CoV-2 (COVID-19). Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/544325/CSG_300320_VES.pdf (fecha de consulta: 30 de agosto de 2021).

¹³⁵ *Diario Oficial de la Federación*, 31 de marzo de 2021, Acuerdo por el que se establece como acción extraordinaria, para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV-2. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590914&fecha=31/03/2020&print=true (fecha de consulta: 30 de agosto de 2021).

¹³⁶ Dicha información esta ampliada en el sitio *web* de la Unión Europea, aparatado “Salud”. Disponible en: https://europa.eu/european-union/topics/health_es (fecha de consulta: 10 de julio de 2018).

¹³⁷ De aquí la necesidad de adoptar entre los países miembros de la OMS, el Reglamento Sanitario Internacional con los diversos eventos adoptados histó-

II. FUENTES DEL DERECHO EN MÉXICO, ORDEN JERÁRQUICO Y SABER INTERPRETATIVO Y ARGUMENTATIVO CONFORME AL DERECHO SANITARIO

Para el estudio del derecho sanitario es importante tomar en cuenta las bases de conformación interpretativa y argumentativa contenidas dentro de las fuentes del derecho positivo mexicano,¹³⁸ identificando, de esta manera, de dónde nace la formalidad de la ley sanitaria, así como los hechos reales e históricos contenidos dentro del sistema de salud.

Dentro de las fuentes formales del derecho sanitario se contemplan todos aquellos procesos o actos a través de los cuales se identifica la creación de la ley jurídica en materia de salud, dotada de validez bajo una formalidad como derecho positivo, de esta manera se establece, desde el artículo 4o. de la CPEUM y el artículo 1o. de la Ley General de Salud, la protección del derecho a la salud. Este supuesto jurídico señala que no solo faculta la protección, sino que impone al Estado las obligaciones de garantizar que se pueda ejercer sin discriminación y provocar mediadas para su pleno ejercicio y disfrute.¹³⁹

ricamente para su creación y revisión en la Asamblea de Salud de 1951, 1969, 1973, 1981, 1995, 2003, 2005, y, últimamente, el de la tercera edición que entró en vigor el 11 de julio de 2016, con la versión de la parte sanitaria de declaración general de aeronave que entró en vigor el 15 de julio de 2007, con la actualización de los Estados parte. Reglamento Sanitario Internacional, disponible en: <https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/es/> (fecha de consulta: 25 de marzo de 2019).

¹³⁸ “El Derecho positivo es una dimensión de la inconformidad de los hombres, organizados políticamente, ante el estado natural de las cosas al que se quiere someter a un orden cultural, el de la justicia”. Villoro Toranzo, Miguel, *Téoría general...*, cit., p. 54.

¹³⁹ “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”. Artículo 4o., CPEUM.

En este sentido, el derecho sanitario contempla como fuente directa a la legislación por cuya virtud —al ser la norma jurídica, dotada de un carácter general y obligatorio, y resultante de un proceso específico de creación por parte del órgano o autoridad facultada— se considerará a la Comisión de Salud como el órgano garante y con competencia establecida, de la mano de las competencias locales establecidas en las secretarías de salud de las entidades federativas, para fijar las políticas adecuadas al derecho a la salud. De la misma manera, la costumbre y los tratados internacionales de los que México es parte¹⁴⁰ forman un cuerpo de ley en materia de salud pública, al adquirir fuerza normativa y vinculante.

Como fuentes indirectas se contemplará: 1) a la jurisprudencia, en razón de su posicionamiento de los criterios de interpretación e integración de las disposiciones legales que realizan los tribunales judiciales o administrativos facultados por la ley, mediante la reiteración o solución de contradicción de tesis; 2) los principios generales, como conjunto de criterios orientadores insertos de forma expresa o tácitamente en todo sistema jurídico del derecho, y 3) la doctrina, a partir de los estudios, análisis y crítica que se realiza con carácter científico, no sólo de los sistemas de derecho positivo, sino del derecho en general, para establecer una opinión basada en conceptos, definiciones y sistematizaciones.¹⁴¹ Todo ello con el fin de sustentar las políticas, acciones y parámetros de la salud pública en México.

Por lo que respecta a las fuentes reales o materiales, se pueden señalar a todos aquellos factores y elementos que determinan el contenido de las normas en el derecho sanitario, es decir, todos aquellos hechos sociales y requerimientos de una sociedad contemplados en el sistema de salud, tales como: valores o principios;

¹⁴⁰ En materia de derecho humanos, la interpretación más amplia será la que tenga aplicación entre la Constitución y los tratados internacionales, conforme lo dispone los artículos 1o. y 133 de la Constitución.

¹⁴¹ Vigo, Luis Rodolfo, *op. cit.*, nota 155, pp. 18, 29, 95 y 96.

necesidades económicas, políticas, sociales o culturales; criterios o exigencias de justicia, equidad, seguridad o bien común. Con base en esto, el legislador debe determinar el contenido de la ley con la idea de un mejoramiento en la competencia de salud en el país.

No se puede dejar de lado al conjunto de fuentes históricas que, como cuerpo conformado por todos aquellos documentos o textos de derecho positivo no vigente, funge como inspiración o antecedente de la formalización del derecho sanitario y un efecto de fortalecimiento de un sistema de salud.

La historia ilustra e instruye sobre derechos sin rostro humano o contrario al hombre, pero también que es posible construir algún derecho que lo favorezca. La preocupación y opción por un humanismo y una ecología integral resulta una exigencia y un desafío insoslayable frente a la capacidad destructiva del hombre y de la naturaleza que se ha generado y puesto en manos de otro hombre.¹⁴²

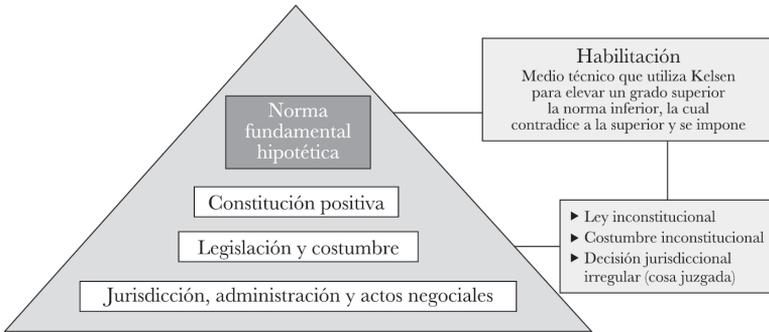
III. EL PRINCIPIO PRO PERSONA COMO FUENTE PRIMIGENIA DEL DERECHO EN MÉXICO Y COMO PARTE DEL DERECHO SANITARIO

En el sistema jurídico mexicano existe una gran diversidad de ordenamientos, mismos que pueden pertenecer a un mismo rango o a diferentes, pues entre cada ordenamiento jurídico se encuentra una serie de relaciones de coordinación o un nexo de supra o subordinación. Las relaciones que mantienen respecto a este último rubro es lo que ha permitido la relación jerárquica de cada uno de ellos.¹⁴³

¹⁴² *Ibidem*, pp. 23 y 24.

¹⁴³ No existe una sucesión interminable de preceptos fundantes y actos determinados, es decir, no hay una cadena infinita de estos, puesto que el límite superior es la norma fundamental, la Constitución. Y como límite de actos determinados se encuentra el final de ejecución, el cual no es susceptible de pro-

A partir de la teoría de Hans Kelsen,¹⁴⁴ se estableció una visión piramidal acerca de la teoría jerárquica de los ordenamientos jurídicos.



Sin embargo, con la reforma al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se interpretó un nuevo principio, el cual dicta que “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.¹⁴⁵

Este principio pro persona señala la protección a los derechos humanos —entre los cuales se encuentra el derecho a la salud—, y se añade, según Ximena Medellín, que es:

...reconocimiento a los debates que a la fecha ha suscitado el tema de la conformación del parámetro de control cuando parece existir una antinomia entre las normas constitucionales y las de

vocar ulteriores consecuencias. Véase García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio de derecho*, México, Porrúa, 2002, pp. 83-88 y 347.

¹⁴⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 2011.

¹⁴⁵ *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011 (fecha de consulta: 29 de octubre de 2018).

f fuente convencional; particularmente, si se entiende que el principio pro persona puede servir como un criterio de solución de antinomias que desplace otros principios del orden jurídico, incluidos la jerarquía y la supremacía constitucional. Con base en tales supuestos, si un enunciado normativo de un tratado internacional parece contener la norma más protectora para la persona, esa disposición debería de ser considerada como el parámetro de control para todas las demás normas del sistema, sin que el juzgador tenga que interesarse por la primera con el texto constitucional.¹⁴⁶

De esta manera, el artículo 4o. de la Constitución mexicana señala la obligación que tiene el Estado de atender los servicios de salud, salvaguardando la salud como una cuestión fundamental, lo que implica un ejercicio prioritario, fortaleciendo la prevención, conservación y restauración de las condiciones de salubridad en los seres humanos de manera progresiva. Así, este artículo dice que “El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.¹⁴⁷

En este sentido, la salud será considerada como un derecho humano, y bajo el principio pro persona, corresponderá su interpretación y tutela, instrumentalización y regulación al Estado, por tanto, “Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas”.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Medellín Urquiaga, Ximena, *Principio pro persona*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal-Suprema Corte de Justicia de la Nación-Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013, p. 27, colección de la “Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos”. Disponible en: <https://www.derechoshumanoscdmx.gob.mx/wp-content/uploads/Metodolog%C3%ADa-para-la-ense%C3%B1anza.pdf> (fecha de consulta: 14 de diciembre de 2021).

¹⁴⁷ Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

¹⁴⁸ *Idem*.

Dichas medias al ser competencia del Estado, le da pauta a establecer una instrumentación del contenido del derecho sanitario que, con sus regulaciones, permita englobar los estándares operativos de la infraestructura y estructura del sistema nacional de salud, así como la vinculación de la sociedad con los temas interdisciplinarios del derecho mismo. Ahora bien, para poder atender progresivamente esta problemática, el sistema de salud, al interior y exterior del Estado, debe contar con leyes, normas y reglamentos que induzcan hacia las buenas prácticas y hábitos de la salud física y mental, con el respeto al valor de la dignidad humana.

Los legisladores y administradores de la salud en México, así como en la gran mayoría de los países en el mundo, han adoptado el compromiso, ante la Organización Mundial de la Salud, de establecer a la salud como una “condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados”.¹⁴⁹ El compromiso ha sido reiterado en varios documentos, declaraciones y convenciones internacionales, así se refleja en la Agenda para el Desarrollo Sostenible 2030, en donde se establecen 17 objetivos, con 167 metas, que se encuentran, directa e indirectamente, apegados al tema de salud.

Objetivo 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo.

Objetivo 2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible.

Objetivo 3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos [y todas] a todas las edades

Objetivo 4. Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos [y todas].

Objetivo 5. Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas.

¹⁴⁹ *Idem.*

Objetivo 6. Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos [y todas].

Objetivo 7. Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos [y todas].

Objetivo 8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos [y todas].

Objetivo 9. Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación.

Objetivo 10. Reducir la desigualdad en los países y entre ellos.

Objetivo 11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.

Objetivo 12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.

Objetivo 13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.

Objetivo 14. Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.

Objetivo 15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad.

Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos [y todas] y construir en todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas.

Objetivo 17. Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.¹⁵⁰

La comprensión por la protección a los derechos a la salud ha generado, al paso del tiempo, una definición más amplia, y su protección ha ido experimentando varios cambios en su contenido y especificidad, colocando al derecho sanitario como el encar-

¹⁵⁰ Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, Agenda 2030, para el Desarrollo Sostenible. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/93/PDF/N1529193.pdf?OpenElement> (fecha de consulta: 14 de junio de 2021).

gado de realizar un análisis en su operación y complementación en su cobertura e interpretación.

La OMS se ha comprometido a incorporar los derechos humanos en los programas y políticas de atención de salud, tanto en los ámbitos nacional como regional, para lo cual tendrá en cuenta los determinantes subyacentes de la salud como parte de un enfoque integral de la salud y los derechos humanos. Además, la OMS ha reforzado activamente su papel de liderazgo técnico, intelectual y político en lo concerniente al derecho a la salud, lo que supone:

- Fortalecer la capacidad de la OMS y de sus Estados miembros para adoptar un enfoque de la salud basado en los derechos humanos;
- Promover el derecho a la salud en el derecho internacional y en los procesos de desarrollo internacionales;
- Promover los derechos humanos relacionados con la salud, incluido el derecho a la salud.¹⁵¹

Además de ello, en México, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) reiteró la importancia de la interpretación del principio pro persona y aludió su carácter vinculante en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al señalar que

Más tarde en la SCJN mexicana (P./21/2014) señaló que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona, ya sea que se trate de sentencias en contra de México o no, porque se trata de la interpretación de la Convención Americana.¹⁵²

¹⁵¹ Información tomada del sitio *web* de la OMS, apartado “Salud y derechos humanos”. Disponible en: <http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health> (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2018).

¹⁵² CNDH, *México y el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, p. 13. Disponible en: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/36-Mex-Siste-DH.pdf>.

Situación que implica la resolución de los casos en materia de salud a los juzgadores a partir del mayor beneficio que le favorezca a la persona.¹⁵³

¹⁵³ Décima Época. Registro: 2006225, Instancia: Pleno. Tipo de tesis: jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, abril de 2014, Materia(s): Común, Tesis: P./J.21/2014, p. 204. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/wfDetalleTesis.aspx?SN=1&Clase=DetalleTesisBL&ID=2006225&Expresion=P./21/2014> (fecha de consulta: 13 noviembre de 2018).