

## Derechos innominados en el Sector Salud

*Unnamed rights in the Health Sector*

Iván González Del Valle\*

### RESUMEN

El presente artículo aborda la problemática de los derechos subjetivos que tienen reconocidos de una u otra forma los usuarios de los servicios de salud, particularmente en la prestación de servicios de atención médica. Como en todas las materias, particularmente en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, es innegable que existen también derechos que no son reconocidos de manera explícita, pero que son igualmente relevantes para la vida de los ciudadanos. Se trata de los derechos innominados, aquellos que no tienen un nombre específico pero que son fundamentales para garantizar adecuada atención en materia de salud. La comprensión y defensa de estos derechos es vital para el desarrollo democrático de una comunidad funcional. Este artículo, analiza en qué consisten estos derechos innominados en materia de salud, su relación con los derechos humanos, su evolución histórica y el papel del Estado en su protección, así como algunos ejemplos de impacto y consejos para hacer valer los derechos innominados en México en el ámbito de la salud.

**Palabras clave:** derechos innominados, derechos en salud, derechos humanos, Salud en México.

### ABSTRACT

This article addresses the issue of subjective rights that are recognised in one way or another for users of health services, particularly in the provision of health care services. As in all matters, particularly in the case of economic, social and cultural rights, it is undeniable that there are also rights that are not explicitly recognised, but which are equally relevant to the lives of citizens. These are unnamed rights, those that do not have a specific name but are fundamental to guaranteeing adequate health care. Understanding and upholding these rights is vital for the democratic development of a functioning community. This article analyses what these unnamed rights consist of in the area of health, their relationship with human rights, their historical evolution and the role of the State in their protection, as well as some examples of their impact and advice on how to enforce unnamed rights in Mexico in the area of health.

**Keywords:** unnamed rights, health rights, human rights, Health in Mexico.

\* Director General de Orientación y Gestión. Comisión Nacional de Arbitraje Médico. México.

**Correspondencia:** IGV, igonzalez@conamed.gob.mx

**Conflicto de intereses:** el autor declara no tener intereses personales, comerciales, financieros o económicos directos o indirectos, ni conflicto de intereses de cualquier índole que pudieran representar un sesgo para la información presentada en este artículo.

**Citar como:** González VI. Derechos innominados en el Sector Salud. Rev CONAMED. 2023; 28(Supl. 1): s27-s36. <https://dx.doi.org/10.35366/113809>

**Financiamiento:** no existió financiamiento.

Recibido: 06/11/2023.  
Aceptado: 06/11/2023.

## DERECHOS INNOMINADOS EN EL SECTOR SALUD: INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos humanos es un tema de suma importancia, sin embargo, existen también derechos que no son reconocidos de manera explícita,<sup>1</sup> pero que son igualmente relevantes para la vida de los ciudadanos. Se trata de los derechos innominados, aquellos que no tienen un nombre específico pero que son fundamentales para garantizar adecuada atención en materia de Salud.<sup>1</sup> La comprensión y defensa de estos derechos es vital para el desarrollo democrático de una comunidad funcional. En este artículo, analizaremos qué son los derechos innominados en materia de salud, su relación con los derechos humanos, su evolución histórica y el papel del Estado en su protección, así como algunos ejemplos de impacto y consejos para hacer valer los derechos innominados en México en el ámbito de la salud.

A pesar de los avances realizados en materia de salud en México, aún existen retos importantes para garantizar el acceso efectivo a los derechos a la salud. Uno de los principales desafíos es la desigualdad en el acceso a servicios médicos y condiciones de vida adecuadas entre zonas urbanas y rurales, ya que personas que viven en zonas rurales a menudo tienen acceso limitado a servicios médicos de calidad y recursos básicos como agua potable y saneamiento.

Es necesario abordar la distinción en el acceso a servicios médicos y proteger los derechos de las personas más vulnerables, incluyendo a las personas con discapacidad o enfermedades crónicas.

Es responsabilidad del Estado garantizar la protección y respeto de los derechos innominados, así como promover su reconocimiento y difusión entre los ciudadanos, los prestadores de servicios médicos y el Estado, para ello, se requiere de políticas públicas efectivas, educación y concientización sobre estos derechos, así como el fortalecimiento del marco legal que los reconoce y protege.<sup>2</sup>

### DERECHOS INNOMINADOS: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Ahora bien, previo al abordaje del presente tema y a efecto de brindar una mayor comprensión a este fenómeno de los derechos que configuran

el derecho a la salud, es indispensable describir el concepto de derecho innominado, en particular lo relacionado con el derecho a la salud y su vinculación con la dignidad personal.

El surgimiento de este concepto se da en Estados Unidos a partir del *Bill Of Rights* de 1791, al declararse en la Constitución mediante la IX enmienda que la lista de los derechos enumerados en ésta no es exhaustiva y que el pueblo retiene los derechos que no son enumerados. De ahí, se desprende que el catálogo de derechos tutelados únicamente era y es de carácter enunciativo más no limitativo por el texto constitucional y con base en ello no podían restringirse o transgredirse otros derechos reconocidos.<sup>3</sup>

De manera reciente, la filosofía del derecho en un intento por dar mayor claridad a este tema ha abogado por el constructivismo jurídico en esta especie de creación de derechos por parte de las normas secundarias y de la interpretación judicial a enunciados constitucionales.<sup>4</sup>

Al respecto, destaca la visión de Bulygin<sup>5,6</sup> quien señala que la justificación de la sentencia judicial tiene carácter normativo, lo cual significa que el juez debe derivar su decisión de una premisa normativa y a partir de la cual se producen en muchas de las ocasiones interpretaciones que son producto de esta actividad y que vienen a configurarse como derechos innominados, lo que deviene en la superación del positivismo (formalismo) del derecho, derechos nominados y lo inevitable del realismo (construccionismo jurídico), normas implícitas que adjudican nuevos derechos.

Asimismo, esta configuración de derechos innominados, deriva de la distinción que hace Guastini<sup>7</sup> de las normas explícitas e implícitas, las primeras de ellas, se consideran lo que el enunciado-en-contexto expresa, que es distinto a lo que el enunciado puede implicar, no sólo lo que dice, sino las inferencias que se pueden llegar a realizar a partir de éste, y en tanto las normas implícitas, son enunciados normativos donde por un lado, no son el significado de alguna disposición determinada y, por el otro, se forman a partir de un conjunto de normas, explícitas o implícitas, previamente identificadas, mediante un método «aprobado» de elaboración. El mencionado autor señala que las normas explícitas se consideran lo que el enunciado-en-contexto expresa que es distinto a lo que

el enunciado puede implicar, no sólo lo que dice, sino las inferencias que se pueden llegar a realizar a partir de éste, y hace la distinción de las normas implícitas que son enunciados normativos donde por un lado, no son el significado de alguna disposición determinada y, por el otro, se forman a partir de un conjunto de normas, explícitas o implícitas, previamente identificadas, mediante un método «aprobado» de elaboración.

No podemos olvidar que para poder ejercitar nuestros derechos, de entrada, debemos de saber cuáles son, en qué consiste su núcleo esencial, siendo muy vago en nuestra constitución el derecho que vamos a analizar a lo largo del texto, sin embargo, no pasa desapercibido que esta mención al derecho a la salud no puede significar un techo, sino tan sólo un nuevo piso a partir del cual se desarrolle progresivamente el más alto nivel de satisfacción del mismo; una vez construido éste a partir de su inclusión en los ordenamientos, la observancia de dicho contenido esencial nos permite visibilizar los problemas más graves de la política pública respectiva.

Este reconocimiento de derechos innominados sirve para: «mantener abierto, renovado y actualizado, el catálogo de derechos constitucionalmente protegidos»;<sup>3</sup> este concepto se ha extendido a nivel mundial, especialmente en América Latina, lo que implica que las autoridades de cada nación deben garantizar derechos que, pese a no estar expresamente reconocidos en los ordenamientos, demandan protección y tutela por parte del Estado. Al respecto, Hamilton<sup>8</sup> manifiesta que «*estos derechos estaban reconocidos en diversas partes del texto constitucional, por lo que era innecesario hacer mayores precisiones*».

En el caso mexicano, esta dogmática de las fuentes normativas se circunscribe al concepto de bloque de constitucionalidad que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional, siendo a través del procedimiento específico de delimitación, del cual se derivan derechos expresos y también derechos innominados, que son articulados correlativamente con obligaciones asumidas por los Estados.

Así las cosas, el derecho a la salud, según la Constitución de la Organización Mundial de la Salud,<sup>7</sup> se traduce en «*el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano*».<sup>9</sup> A

partir de lo anterior, se presenta la necesidad de tomar en cuenta que el derecho de la salud abarca tanto libertades y derechos, como obligaciones, en su esfera convergen otros derechos que van desde el médico, hospitalario, sanitario, derechos sexuales, reproductivos y en general, de todo el sistema normativo que vincula éste con otros derechos, incluida la dignidad humana pues todos los conjuntos de normas relacionados entre sí procuran la protección de este derecho humano a fin de que cualquier individuo goce del grado máximo de salud.

Y también se deduce como innegable que a todo ciudadano sin discriminación alguna se le deberán brindar por parte de las instancias incorporadas al Sistema Nacional de Salud el acceso a los servicios de salud.

Una vez aclarado lo anterior, surge una serie de preguntas al respecto: ¿Cuáles son estos servicios?, ¿qué prestaciones y/o derechos tienen los ciudadanos en lo que respecta a estos servicios?, ¿cuáles son las obligaciones del Estado para salvaguardar la salud de la población? y ¿cómo se han ido forjando esta gama de derechos dentro de las actividades en materia de salud?

## **SURGIMIENTO DE DERECHOS EN TORNO AL DERECHO A LA SALUD**

Al respecto, se destacan tres procesos en el reconocimiento de derechos como son: 1) vía disposición normativa, esto es, que ya sea la Ley General de Salud, alguno de sus reglamentos, leyes estatales en la materia o normas oficiales mexicanas dispongan de manera expresa que una persona tiene derecho a «X», esto es, de manera explícita se hace referencia a una potestad del sujeto frente a las obligaciones de los prestadores de los servicios de salud; 2) vía pronunciamiento judicial, donde a partir de elementos de integración de normas determinadas se derivan nuevos derechos, es decir, del contenido implícito de las disposiciones en el ámbito nacional e internacional en conjunto con los principios de derecho, así como los ajustes razonables y cláusulas especiales de protección reforzada, han de crear nuevas prerrogativas; y 3) la correlatividad entre deberes-obligaciones y derechos, en donde se establece que la obligación de proporcionarle los medios de protección, satisfacción y promoción

en cuestión a sus intereses acerca de su bienestar físico, mental y social, es decir, a su salud.

En todo el mundo, la importancia del derecho a la salud se ha vuelto cada vez más evidente, la pandemia del COVID-19 ha resaltado la necesidad de que todas las personas tengan acceso a atención médica de calidad y servicios sanitarios adecuados. Sin embargo, la realidad es que muchos mexicanos enfrentan barreras para acceder a estos servicios debido a factores económicos, geográficos y culturales; aunado a lo anterior es innegable que, en el país hay una gran brecha en cuanto a la calidad de la atención médica y la disponibilidad de servicios entre zonas urbanas y rurales.

Es imperativo destacar que el derecho a la salud en México no sólo implica el acceso a atención médica, sino también a condiciones de vida adecuadas que promuevan una buena salud. Esto incluye el derecho a una alimentación nutritiva y agua potable, así como a un medio ambiente sano y al saneamiento básico. Desafortunadamente, muchas comunidades en México aún carecen de estos recursos básicos.

En este sentido, el 10 de junio de 2011 fueron adicionados una serie de artículos y párrafos específicos que buscaban fortalecer el estatus jurídico de los tratados internacionales de derechos humanos en México, dotándolos de rango constitucional y estableciendo, entre otras cosas, que las normas internacionales relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y los propios tratados.<sup>10</sup> Resaltando la adición del párrafo tercero al artículo 1º que a la letra dice:

*«Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.»*

De esta manera, las obligaciones asumidas por el Estado, tanto en el orden interno como externo y de una interpretación conforme sistemática de los derechos fundamentales consagrados, amplían el catálogo de derechos constitucionalmente pro-

tegidos, en lo correlativo a la salud, enunciando derechos innominados, en este caso tutelados por la Ley General de Salud.

En el presente artículo se exponen algunos ejemplos de esta «construcción» de derechos que forman parte del contenido esencial del derecho a la salud.

### **DERECHOS NOMINADOS PREVISTOS EN LA LEY GENERAL DE SALUD**

En concreto, la expresión derechos innominados, constitucionales implícitos, no enumerados o nuevos derechos, desde el punto de vista del derecho humano a la salud, hace referencia a una de las cuestiones más relevantes para robustecer la atención médica integral de los usuarios de servicios médicos, aspectos destacados por el ordenamiento jurídico en las últimas décadas, en particular por la Ley General de Salud, como una expresión del pluralismo jurídico. Este concepto consiste en el reconocimiento y tutela del derecho fundamental a la salud, a través de ordenamientos jurídicos no codificados en el derecho positivo, en aras de responder a los nuevos desafíos sociales y a la protección del primer bien jurídico tutelado por el Estado, la vida.

Otra forma de derivar derechos es desde la teoría dual, en cuanto a que toda obligación del Estado conlleva un derecho de los ciudadanos, a los que he denominado derechos innominados por no contener un contenido explícito pero sí devienen de forma implícita del contenido normativo de la Ley General de Salud,<sup>9</sup> entre ellos destacan el acceso a información sobre salud, mediante el cual se reconoce que todas las personas tienen derecho a conocer información sobre enfermedades, tratamientos, medicamentos y cualquier otra cuestión relacionada con la salud. Esto les permite tomar decisiones informadas sobre su propia salud y bienestar e implica que cada persona tiene el derecho a decidir sobre su propio cuerpo y su propia salud, y a recibir el apoyo necesario para hacerlo. Esto incluye el derecho a acceder a servicios como la planificación familiar o de abortos seguros y legales en caso de que lo requieran.

Es de destacarse que la Ley General de Salud no cuenta con un apartado dogmático como sí acontece con nuestra Carta Magna, en el que

se compilen los derechos de los pacientes como parte del deber del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar que cuenten con servicios de salud disponibles, aceptables, accesibles, de calidad, progresivos y bajo criterios de igualdad y no discriminación.

La norma reglamentaria del 4º constitucional –Ley General de Salud–<sup>11</sup> define a los servicios de salud como todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad y para ello los clasifica en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social.

Aunque dentro de las actividades de atención médica que proporcionan tanto los prestadores públicos como privados encontramos derechos y obligaciones, que primordialmente han sido consignados en diversos apartados, principalmente en el «CAPÍTULO IV» intitulado «Usuarios de los Servicios de Salud y Participación de la Comunidad» así como los artículos 74 Ter de la Ley General de Salud y 77 bis 37 en donde se consignan derechos a la población usuaria de los servicios de salud mental y a los beneficiarios de los servicios de salud que no cuenten con esquemas de seguridad social.

Como parte de esta adjudicación de derechos nominados por Ley, encontramos que la norma reglamentaria va desglosando el derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares: el derecho de elegir, de manera libre y voluntaria, al médico que los atienda de entre los médicos de la unidad del primer nivel de atención; el derecho a recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz, así como la orientación que sea necesaria respecto de su salud y sobre los riesgos y alternativas de los procedimientos, diagnósticos terapéuticos y quirúrgicos que se le indiquen o apliquen; el derecho a decidir libremente sobre la aplicación de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos ofrecidos; a acceder a una segunda opinión; el derecho a expresar por escrito la realización de un diagnóstico o tratamiento de salud, a partir de la obligación de los prestadores de servicios de salud de comunicar a la persona, de manera accesible, oportuna y en lenguaje comprensible, la informa-

ción veraz y completa, incluyendo los objetivos, los posibles beneficios y riesgos esperados, y las alternativas de tratamiento, para asegurar que los servicios se proporcionen sobre la base del consentimiento libre e informado. Y una vez garantizada la comprensión de la información a través de los medios y apoyos necesarios, la población usuaria de los servicios de salud tiene el derecho de aceptarlos o rechazarlos. Y de igual manera, este título prevé la posibilidad de que los usuarios presenten quejas por la atención médica recibida o negada y a que éstas sean atendidas y resueltas en forma oportuna y efectiva.

Por otra parte, tanto el Artículo 74 Ter de la Ley General de Salud como el Artículo 77 bis 37 consignan una serie de derechos explícitos tanto para la población usuaria de los servicios de salud mental como para las personas beneficiarias del Sistema de Salud para el Bienestar, destacando el derecho a no ser sometido a medidas de aislamiento, contención coercitiva o cualquier práctica que constituya tratos crueles, inhumanos o degradantes y, en su caso, ser sujeto a medios para atenuar el escalamiento de crisis, así como a un diagnóstico integral e interdisciplinario y a un tratamiento basado en un plan prescrito individualmente con historial clínico, revisado periódicamente y modificado de acuerdo con la evolución del paciente, que garantice el respeto a su dignidad de persona humana y sus derechos humanos.

No podemos olvidar que, a lo largo del texto legislativo, también existen varios derechos adjudicados a mujeres embarazadas, donde se establece la atención integral de la salud materna, que abarca el periodo gestante, parto, postparto y puerperio, en razón de la condición de vulnerabilidad en que se encuentra la mujer y el neonato; de manera particular se establece como derecho la prestación en atención expedita a las mujeres embarazadas que presenten una urgencia obstétrica, solicitada de manera directa o a través de la referencia de otra unidad médica y el derecho de toda persona residente en el territorio nacional tiene a recibir de manera universal y gratuita. De igual manera destaca el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, con pleno respeto a su dignidad. Y de manera muy particular por el contexto que nos rodea, el

derecho a recibir de manera universal y gratuita en cualquiera de las dependencias y entidades de la Administración Pública del Sistema Nacional de Salud, las vacunas contenidas en el Programa de Vacunación Universal.

Con base en lo anterior, en diciembre de 2001, se emitió la Carta General de derechos de los pacientes<sup>12</sup> en donde se incluyeron un decálogo de derechos como son: 1) recibir atención médica adecuada; 2) recibir trato digno y respetuoso; 3) recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz; 4) decidir libremente sobre su atención; 5) otorgar o no su consentimiento válidamente informado; 6) ser tratado con confidencialidad; 7) contar con facilidades para obtener una segunda opinión; 8) recibir atención médica en caso de urgencia; 9) contar con un expediente clínico y 10) ser atendido cuando se inconforme por la atención médica recibida.

La protección contra prácticas médicas peligrosas o inapropiadas es otro derecho innominado relacionado con la salud. Todas las personas tienen derecho a recibir atención médica segura y efectiva, así como a estar protegidas contra prácticas médicas peligrosas o inapropiadas. Esto incluye la protección contra la discriminación en el acceso a servicios de salud, así como contra cualquier forma de violencia o abuso en el contexto médico.

Griffiths,<sup>13</sup> asevera que: «Un sistema jurídico es 'pluralista' cuando el soberano establece regímenes jurídicos diferentes para grupos diferentes de la población». Por ejemplo, la protección de los derechos de las personas con discapacidad y enfermedades crónicas es un aspecto fundamental en materia de salud para los derechos innominados en México. Todas las personas tienen derecho a recibir atención médica de calidad y a ser tratadas con respeto y dignidad, independientemente de su condición física o mental.

En 2011, se promulgó la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, que establece medidas para garantizar la igualdad de oportunidades y la no discriminación en todos los ámbitos de la vida. Además, el Sistema Nacional para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes tiene como objetivo proteger los derechos de los niños y adolescentes con enfermedades crónicas.

En México, el sistema de seguridad social es uno de los más amplios de América Latina. El Insti-

tuto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) son dos de las principales instituciones encargadas de brindar atención médica y seguridad social a los trabajadores del país y sus familias. El derecho a la atención médica y la seguridad social es imprescindible para garantizar una sociedad justa y equitativa en México. No obstante, la Ley General de Salud establece que el derecho a la protección de la salud tiene entre sus finalidades «*El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población. (...) Tratóndose de personas que carezcan de seguridad social, la prestación gratuita de servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados.*» En este sentido, corresponde a las autoridades en materia de salud, desarrollar, coordinar, supervisar y establecer las bases conforme a las cuales se llevará a cabo la prestación gratuita de servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados para las personas sin seguridad social, para lo cual se conformó la creación del organismo público descentralizado de la Administración Pública Federal, no sectorizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio y autonomía técnica, operativa y de gestión, denominado Servicios de Salud del Instituto Mexicano del Seguro Social para el Bienestar, en lo sucesivo IMSS-BIENESTAR, con domicilio en Ciudad de México.

Por otro lado, existen derechos correlacionados como el derecho a un medio ambiente sano y al saneamiento básico, ello es fundamental para consolidar una buena salud en México. Todas las personas tienen derecho a vivir en un entorno limpio y saludable, así como a contar con sistemas de saneamiento adecuados que prevengan enfermedades transmitidas por el agua y otros agentes contaminantes, obligaciones del Estado traducidas como derechos de la población. Desafortunadamente, en México, la contaminación ambiental es un problema importante en muchas zonas del país. La exposición a la contaminación del aire y del agua puede tener graves consecuencias para la salud, como enfermedades respiratorias, cardiovasculares y ciertos tipos de cáncer, siendo necesario tomar medidas efectivas para reducir la contaminación ambiental y proteger la salud de la población.

Destacan como derechos innominados la asistencia para la atención oportuna a los enfermos en situación terminal, la Ley General de Salud dispone que las Instituciones del Sistema Nacional de Salud tendrán la obligación de: i) ofrecer el servicio para la atención debida a los enfermos en situación terminal; ii) proporcionar los cuidados paliativos correspondientes al tipo y grado de enfermedad, desde el momento del diagnóstico de la enfermedad terminal hasta el último momento y iii) fomentar la creación de áreas especializadas que presten atención a los enfermos en situación terminal, obligando a las autoridades competentes a proporcionar los servicios como la orientación, asesoría y seguimiento al enfermo en esta situación, así como a sus familiares y círculo de apoyo en el caso de que los cuidados paliativos se realicen en el domicilio particular, con la finalidad de mantener o mejorar la calidad de vida a través de los cuidados y atenciones médicas necesarios para ello, primordialmente guiando una muerte natural en condiciones dignas, teniendo entre otros derechos la solicitud al médico la administración de medicamentos que mitiguen el dolor o los síntomas, incluso a recibir los servicios espirituales, cuando lo solicite el paciente, su familia, representante legal o persona de su confianza y en general a recibir atención médica integral.

Otro derecho que se encuentra tutelado por la normatividad de la materia, es el relacionado con la protección de la salud de terceros y de la sociedad frente al uso nocivo del alcohol, otorgándole derechos a otras personas al establecer los límites de alcohol en sangre y en aire expirado para conducir vehículos automotores, la limitación de horarios para consumo del alcohol, la promoción de la participación de la sociedad civil en la ejecución del programa para la prevención y disminución del uso nocivo del alcohol. En ese sentido, también las personas consumidoras en exceso de este producto, se encuentran protegidas ante el tratamiento de enfermedades derivadas de su adicción, pues en materia de Salubridad General, se debe fomentar la creación de centros especializados en tratamiento, atención y rehabilitación. Lo mismo ocurre en los casos de otras farmacodependencias, al recibir educación sobre los efectos del uso de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y otras susceptibles de producir dependencia, así como

sus consecuencias en las relaciones sociales, por lo que es un derecho de todo individuo.

Como añadidura y ejemplo de esta protección a la salud, se presentan los procedimientos estéticos, cosméticos, de belleza, etcétera, al otorgar protección de personas menores de 18 años de edad (sin consentimiento de sus padres o tutores), así como aquellas que no se encuentren en pleno goce de sus facultades mentales, prohibiendo la realización de tatuajes, micropigmentaciones y perforaciones, asimismo, la protección de productos cosméticos ante la exigibilidad a los fabricantes, importadores y comercializadores de contar con los estudios de seguridad, eficacia y todos los demás que se establezcan en diversos ordenamientos y normas aplicables. El Estado, al establecer que los profesionales de la materia, para la realización de cualquier procedimiento médico quirúrgico de especialidad, requieren: i) cédula de especialista legalmente expedida por las autoridades educativas competentes. ii) Certificado vigente de especialista que acredite capacidad y experiencia en la práctica de los procedimientos y técnicas correspondientes en la materia, de acuerdo con la *lex artis ad hoc* de cada especialidad, expedido por el consejo de la especialidad según corresponda y, de igual manera, respecto a la cirugía plástica, estética y reconstructiva relacionada con la alteración de la forma de diferentes regiones faciales o corporales, deberá efectuarse en establecimientos o unidades médicas con licencia sanitaria vigente, requisitos que si bien están estipulados en cada ordenamiento jurídico, lo cierto es que en conjunto buscan el amparo de las personas usuarias de servicios médicos que por diversas situaciones deciden acudir a dichos procedimientos estéticos, garantizando así su derecho de atención médica integral.

### **DERECHOS INNOMINADOS «CREADOS EN SEDE JURISDICCIONAL»**

Dentro de los derechos que forman parte del *corpus iuris* de la salud «creados en sede jurisdiccional» en particular en el tema de atención médica que nos ocupa, vemos tres vertientes muy importantes: la del acceso a medicamentos, a recibir un tratamiento oportuno y a la figura total del consentimiento informado.

La cuestión recurrente que ha sido analizada es si la disponibilidad de medicamentos y otros insumos para la salud está limitada absolutamente por los compendios o catálogos vigentes en su momento; si no es así, cuál es el alcance y los términos en que dichas instituciones se encuentran obligadas a dar cumplimiento a la obligación de otorgar medicamentos esenciales para la salud.

Lo anterior nos permiten dar cuenta que en el Poder Judicial se está haciendo todo lo posible por que las autoridades responsables cumplan con sus obligaciones, que se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población, en aras de un cierto grado de bienestar.

Es cierto que no podemos anticiparnos a que en todos los casos en que se reclame a una Institución de Seguridad Social la omisión de proporcionar un medicamento no incluido en el Cuadro Básico, se otorgará la protección constitucional para que se suministre el medicamento porque haya sido recetado o prescrito por un especialista de la salud ajeno a dichas instituciones. Sin embargo, sí es incontrovertible que toda persona tiene derecho a recibir la atención médica integral, que incluye un tratamiento adecuado y que además abarca el suministro de medicamentos de calidad, y con pleno respeto a los derechos que le asisten como usuario de los servicios de salud, como es el derecho al consentimiento informado.

En cada caso, se deberá analizar con certeza si el medicamento solicitado en la demanda de amparo consiste en el tratamiento adecuado para el quejoso, sin olvidar que el juzgador no es perito en medicina para evaluar o modificar la prescripción del médico tratante, de manera que su determinación únicamente puede encauzar provisionalmente las medidas adecuadas y urgentes para la protección de la salud de los quejosos, sin que pueda sustituirse en el ámbito técnico de decisión que corresponde a los médicos tratantes y a la institución responsable, puesto que aun cuando medie la urgencia en el caso, no puede constituir ésta una razón para que el juzgador ordene, de manera inmediata y sin verificación técnica alguna, el suministro del medicamento solicitado, con lo cual también puede poner en riesgo la salud del paciente. Más bien, esta

situación exige cautela y que se dicten las medidas apropiadas en interés de la salud del quejoso y para que se garantice el mejor medicamento para su padecimiento, con la debida supervisión médica.

De no satisfacerse la verificación de la existencia del registro sanitario exigido por la ley, así como la evaluación previa y confiable de los médicos de la institución responsable, resulta claro que el juez no puede sustituir la valoración médica y ordenar directamente en la suspensión provisional el suministro o aplicación del medicamento en cuestión. Por tanto, el juzgador debe proveer que la autoridad responsable demuestre que ha adoptado todas las medidas adecuadas para garantizar la atención médica integral de los quejosos, en la que se garanticen los derechos que asisten al quejoso en su calidad de usuario de los servicios de salud.

Esta garantía debe entenderse de que, si el medicamento está previsto en el catálogo de insumos vigente, o por la normativa aplicable a la Institución de Seguridad Social, y resulta ser el adecuado para el tratamiento del quejoso, la autoridad deberá demostrar que el medicamento ya fue suministrado, o bien que ha adoptado todas las medidas necesarias para proporcionarlo.

En tal virtud, los médicos de la institución responsable, de inmediato, deberán revisar la solicitud del quejoso y certifiquen si el medicamento es el de mayor eficacia terapéutica, seguridad y eficiencia para el padecimiento del quejoso, comparado con otras alternativas que sí están incluidas en el Cuadro Básico o Compendio Nacional de Insumos para la Salud o en sus propios catálogos institucionales, y si la conclusión de ese análisis es que el medicamento solicitado es el mejor tratamiento para el paciente-quejoso, la institución debe otorgarlo de inmediato, y para ello debe realizar los trámites correspondientes; de no ser así, comunicará su dictamen al paciente para que éste decida, de manera informada, sobre su tratamiento.

A pesar de la diversidad farmacológica, en algunos precedentes<sup>i</sup> se ha sostenido que la no

<sup>i</sup> Destacan en este ámbito los amparos en revisión 226/2020 y 227/2020 de los que deriva una línea jurisprudencial muy interesante relacionada con el tratamiento oportuno, constante y permanente, incluyendo el suministro de medicamentos necesarios. Por lo que toca al consentimiento informado, el amparo en revisión 1049/2017 es la piedra de toque de esta obligación y derecho correlativos respecto a la aceptación e información sobre cualquier intervención quirúrgica necesaria como parte del tratamiento.



inclusión de un medicamento en los cuadros o compendios oficiales de medicamentos no es un obstáculo insuperable para que las instituciones públicas lo proporcionen, pero esa uniformidad no lleva a concluir que siempre la reparación del derecho a la salud debe consistir en que se suministre el medicamento que se solicitó en la demanda de amparo.

Destaca en esta línea jurisprudencial que la falta de inclusión de un medicamento en el Cuadro Básico no basta para justificar la negativa de la Institución de Seguridad Social para otorgar el medicamento solicitado como parte del tratamiento que está obligada a prestar, pero la sola prescripción del medicamento por un especialista, ajeno a las instituciones públicas, tampoco es suficiente para vincular al Estado a suministrar un medicamento que no se encuentra incluido en ese catálogo.

La conclusión del Tribunal en el amparo en revisión 57/2019, cita «las personas tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de bienestar general; sin embargo, ese disfrute no es algo que se consiga como una derivación automática del desarrollo de la ciencia médica, sino que es necesario establecer una serie de dispositivos e instituciones para hacerlo realidad. De ahí la importancia de que las autoridades, entre otras cuestiones, emitan la regulación correspondiente».<sup>14</sup>

Como parte de los derechos que tiene todo usuario de los servicios de salud, con independencia del régimen de seguridad social que le asista, se encuentra el derecho al consentimiento informado de la persona o su representante, en relación al tratamiento a recibir.

Se aprecia en diversos precedentes<sup>ii</sup> cómo el Poder Judicial ha sido constante sobre este binomio de derechos del usuario de los servicios de salud, consistentes en recibir información y otorgar un consentimiento informado para la realización de la atención médica, en el derecho mexicano se cuenta con varios precedentes en los que, en diversos contextos, los ha examinado para efectos de acciones de responsabilidad civil por daños

materiales y morales atribuidos a actos médicos; aunque en todos ellos, sus pronunciamientos se han referido al derecho a la información y a emitir un consentimiento informado. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha comenzado a fijar su criterio en torno al consentimiento informado de los pacientes como un derecho fundamental relativo a tomar decisiones relativas a su salud, a partir de recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz, así como la orientación que sea necesaria respecto de su salud, sobre los riesgos y alternativas de los procedimientos, diagnósticos terapéuticos y quirúrgicos que se le indiquen o apliquen; pero sobre todo, a decidir libremente sobre la aplicación de dichos procedimientos.

Por añadidura, la importancia de los Derechos ARCO, donde los datos personales se consideran como cualquier información relativa a una persona física, que la identifica o hace identificable, siendo la información que nos describe, que nos da identidad, nos caracteriza y diferencia de otros individuos. Por lo anterior, el acceso, rectificación, cancelación y oposición a dicha información es de suma importancia, como se analiza en el amparo directo civil 6/2008, donde versa petición de rectificación los datos de acta de nacimiento en lo relativo a la mención registral de nombre de usuario, lo cual también es aplicable a los documentales que obren dentro del expediente clínico y la información relacionada a la atención médica otorgada y recibida.

En el caso del incumplimiento del deber de informar y de recabar un consentimiento informado como hechos ilícitos en la prestación de la atención médica (que configura negligencia médica), éste sólo puede configurar la responsabilidad civil y dar lugar a reparación, cuando se alegue y se acredite fehacientemente un daño cierto (material o moral), directamente derivado de ese hecho en el contexto del acto médico.

La omisión de contar con este instrumento puede derivar en responsabilidad médica de diversa índole tal y como se observa en la línea jurisprudencial respectiva, puesto que esta figura se consolida como un medio de control a las intervenciones, que debe consentir el paciente, sabedor de los riesgos y las implicaciones.

Ahora bien, es de suma importancia resaltar lo expuesto por los tribunales en cuanto a que de manera automática el consentimiento no justifica

ii Son interesantes para la formación de criterios jurisprudenciales los amparos en revisión 378/2014, 117/2012, 315/2010, 173/2008, 2231/1997 así como la contradicción de tesis 93/2011, 2231/1997, el amparo directo civil 6/2008.

cualquier intervención, sino que éste debe ser con la debida diligencia, so pena de incurrir de igual manera en responsabilidad, el consentimiento ampara los riesgos inherentes a una posible complicación, pero no la negligencia en que pueda incurrir el profesional de la salud.

En tal virtud, como parte de las actividades de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, la Gestión Inmediata referente a la atención médica es una de las acciones que se efectúan, cuando se presume una negativa o irregularidad en cuanto a la atención médica oportuna se refiere y no se efectúa pese a haberla solicitado al personal de la salud o a una autoridad de la unidad médica en cuestión.

Puntualmente, cuando la queja presentada se refiere a demora, negativa o irregularidad de servicios médicos, así como de cualquier otra que pueda ser resuelta por esta vía y el estado de salud del usuario requiera de una atención médica oportuna para evitar deterioro a la salud, se haya solicitado al prestador del servicio médico o a las autoridades de la unidad médica involucrada y hayan sido negados.

Para que dicho proceso sea exitoso, es requerido contar con disposición bipartita para la resolución del conflicto; bajo esa tesitura, se han acordado bases de coordinación con el Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y Petróleos Mexicanos, constantemente se refuerzan los lazos con las Comisiones Estatales de Arbitraje y a nivel nacional se fortalecen los vínculos con autoridades como la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Lo antepuesto con el ideal de preservar y anteponer el derecho a la salud y preservar en medida de lo posible el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades de los usuarios que *a posteriori* puede llevar a repercusiones en ámbitos como Salud Pública y Economía de la Salud.

Es importante conocer los derechos que le asisten a la población como parte del contenido esencial del derecho a la salud en todas sus vertientes, tanto en la protección contra riesgos sanitarios, las acciones de prevención y promoción de la salud, la vigilancia sanitaria, la investigación para la salud, enfermedades transmitidas por vectores y desde luego la atención médica.

## REFERENCIAS

1. Miranda Bonilla H. Los derechos innominados en la jurisprudencia de la sala constitucional. *Revista Judicial*. 2019;(127):223-246.
2. Barrios Solano MA. Los derechos fundamentales innominados: análisis prospectivo. [Tesis de Licenciatura] Colombia: Universidad Libre Seccional Cúcuta; 2023. Recuperado a partir de: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/27705/Trabajo%20final%20de%20Investigaci%C3%B3n%20Mario%20Andres%20Barrios%20Solano.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
3. Gros HE. Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el Constitucionalismo Americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 2000;(4):145-172.
4. Chiassoni P. El problema del significado jurídico. México: Editorial Fontamara; 2019.
5. Bulygin E. Creación y aplicación del Derecho. En: Moreso JJ, Atria F, editores. *Lagunas del Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*. España: Marcial Pons; 2005, p. 29-44.
6. Bulygin E. Los jueces ¿crean derecho?. *Isonomía*, 2003;(18):7-25.
7. Guastini R. Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*. 2015;(43):11-48.
8. Hamilton J. *El Federalista*. 2da. ed. México: Editorial Fondo de Cultura Económica; 2001.
9. Organización Mundial de la Salud. Constitución de la Organización Mundial de la Organización Mundial de la Salud [Internet]. Nueva York: 1948 [consultado 6 Dic 2023]. Disponible en: <https://www3.paho.org/gut/dmdocuments/Constituci%C3%B3n%20de%20la%20Organizaci%C3%B3n%20Mundial%20de%20la%20Salud.pdf>
10. Saltalamacchia N, Covarrubias A. La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos. En: Carbonell M, Salazar P, coordinadores. *La reforma Constitucional de Derechos Humanos*. México: Porrúa-UNAM; 2014. p. 1-38.
11. Ley General de Salud [Internet]. México: 1984 [consultado 6 Dic 2023]. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGS.pdf>
12. Secretaría de Salud. Carta General de derechos de los pacientes [Internet]. México: Secretaria de Salud; 2001 [consultado 6 Dic 2023]. Disponible en: [https://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/normatividad/normatinacional/4.NAL\\_Derechos\\_de\\_los\\_Pacientes.pdf](https://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/normatividad/normatinacional/4.NAL_Derechos_de_los_Pacientes.pdf)
13. Griffiths, J. What Is Legal Pluralism. *Journal of Legal Pluralism*. 1986;(24):149-155.
14. Sentencia recaída al Amparo en Revisión 57/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Eduardo Medina Mora I. 14 de agosto de 2019.