

268
26



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ARAGON"

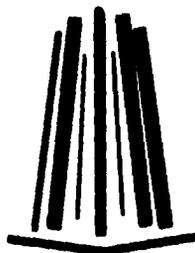
**LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MEDICO,
LAS IATROGENIAS COMO CAUSAS MOTIVANTES
DE LA NECESIDAD DE ADICIONAR UN MARCO
JURIDICO EN LA LEY GENERAL DE SALUD**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A

MARIA ANGELICA MEJIA MEJIA



SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEXICO

1996



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Mi reconocimiento a la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberme otorgado el ingreso, que me permitió consolidar el mayor logro Profesional en mi vida recibirme de Licenciada en Derecho.

Agradezco a la Escuela Nacional de Estudios Profesionales E.N.E.P. "Aragón", porque en sus aulas encontré el saber, gracias a todos los Profesores, por su loable labor, por esa sabiduría que día a día comparten, por las experiencias, por su invaluable ayuda, a ustedes mi admiración y reconocimiento porque comparten su vida y su tiempo con nosotros sus alumnos.

*Con especial cariño y profunda gratitud al LIC.
JUAN MANUEL HERNANDEZ ROLDAN,
por su disposición, apoyo, ayuda, comprensión,
dedicación y sapiensa en la conducción del
presente trabajo, por haber dispuesto de su
valioso tiempo y compartir sus experiencias.*

*A la consideración de
este honorable jurado.*

En memoria y recuerdo:

A mi Padre JACINTO MEJIA

A mi hermano Jacinto Mejía

En memoria por lo que fuiste, me diste y quisiste. Por tu constante lucha. Hoy en tu recuerdo Gracias.

A mi madre:

NATALIA MEJIA

Gracias a tu amor y dedicación hoy sigo por el sendero de lucha y constancia, por tu ejemplo; a ti mi más profunda admiración por tu abnegación, cariño, apoyo y confianza.

A mis hermanos

***Pedro
Maricela
Gilera
Lourdes
José Luis***

Con cariño y admiración porque de ustedes recibí el mejor ejemplo, y a pesar de la adversidad han luchado y espero luchemos juntos hoy y siempre.

A la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, a la Dirección General de la Policía Judicial del D.F., a mis amigos y compañeros Policías Judiciales con profunda gratitud dedico este trabajo, quiero dar las gracias a la Institución a la que un día llegue, porque en ella encontré el significado de valores muy valiosos como la dignidad, lealtad y rectitud entre otros muchos. Mi especial reconocimiento a mis compañeros y amigos Policías Judiciales, quiero decirles que para mi es una satisfacción ser **Policía Judicial**, nunca desistan en la lucha por la corrupción, su trabajo es tan digno como el de cualquier profesión y un día llegara el agradecimiento de la sociedad a su esfuerzo y valentía y que su desvelo y cuidado encuentren el reconocimiento que su trabajo representa. Nunca te inquiete, angustie o avergüence decir a tus hijos, familiares, amigos y sociedad decir **soy Policía**. A ustedes compañeros y amigos Policías dedico este trabajo como prueba de mi constancia y perseverancia en gratitud al apoyo y desinterés de quienes me impulsaron a continuar día a día, hoy para mi es casi un logro terminar una carrera profesional, pero nunca lo olvidaré "**Yo soy Policía**".

EN MEMORIA:

En recuerdo de amigos y compañeros muertos en el cumplimiento de su deber a quienes siempre recordare por su valentía y esfuerzo.

A LOS C.C. COMANDANTES: LUIS FERNANDO HERNANDEZ ALCOCER, Y EDUARDO JUAREZ PULIDO, por haberme brindado en todo momento su apoyo y ayuda incondicional con el propósito de superarme. Gracias.

Ernesto Roberto Bautista Flores

Por brindarme tu amistad, confianza, ayuda dedicación y apoyo desinteresado, por haber creído en mi en todo momento, por tu fidelidad a pesar de la adversidad y de infortunios, por todo lo vivido y añorado, por la paciencia que durante diez años me haz tenido, por las experiencias compartidas, por los enojos amargos, los momentos felices y por el cariño que te guardo; quiero darte las gracias porque eres el mejor amigo y compañero.

LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MEDICO, LAS IATROGENIAS COMO CAUSAS MOTIVANTES DE LA NECESIDAD DE ADICIONAR UN MARCO JURIDICO EN LA LEY GENERAL DE SALUD

I N D I C E

	PAG.
INTRODUCCION	1
CAPITULO 1 LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MEDICO	
1.1 ANTECEDENTES	5
1.1.1 Evolución Histórica	5
1.1.2 Situación Actual	9
1.2 CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD	13
1.3 LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA	18
1.3.1 La responsabilidad Civil	37
1.3.2 La responsabilidad penal	45
CAPITULO 2 LA IATROGENIA	
2.1 CONCEPTO ETIMOLOGICO	49
2.2 CONCEPTO MEDICO	53
2.3 CONCEPTO JURIDICO	59
2.4 CAUSAS	70
2.5 EFECTOS	74
2.6 OPINION PERSONAL	80

CAPITULO 3	ESTUDIO COMPARATIVO CON OTRAS LEGISLACIONES	PAG.
3.1	ARGENTINA	82
3.2	ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA	84
3.3	ITALIA	86
3.4	ALEMANIA	88
3.5	INGLATERRA	88
3.6	FRANCIA	88
CAPITULO 4	ADICION DEL MARCO JURIDICO EN LA LEY GENERAL DE SALUD	89
4.1	EXPOSICION DE MOTIVOS	93
4.2	MARCO CONCEPTUAL	102
4.3	ORGANISMO JURIDICO DE APLICACION	103
4.4	MEDIOS AUXILIARES DE APLICACION	116
4.5	CONTENIDO	117
	4.5.1 Aspectos Generales	117
	4.5.2 Responsabilidad	118
	4.5.3 Sanciones	119
	4.5.4 Transitorios	120
	CONCLUSIONES	122
	BIBLIOGRAFIA	126

INTRODUCCION

Desde tiempo inmemorial, el que hacer médico -y curiosamente también el jurídico- se desempeña en un ámbito de confianza y conciencia recíprocas, que rodean al médico y al paciente. Sólo bajo estas condiciones -y no bajo la vigilancia de la ley- hace el médico con sus conocimientos y destreza lo que humanamente puede hacer por su paciente.

Este espacio de confianza y conciencia, desde luego, no excluye automáticamente incidentes de negligencia, descuido, imprevisión, impericia, morosidad, apatía, imprudencia, precipitación o infortunio, etc., que pueden contribuir pero no ser la única causa de que el resultado de la interacción médico-paciente no sea el deseado. Sabemos de sobra que la relación médico-paciente suele estar acompañada de lealtad, devoción y agradecimiento del paciente hacia el médico, pero también de una buena dosis de ira y agresividad latentes, que pueden aflorar precisamente cuando el resultado no es el deseado.

Este espíritu beligerante, oportuna y astutamente guiado, puede dar lugar a una demanda -justificada o no- por mala praxis. Si esta actitud se vuelve hábito, como ya ocurre en los Estados Unidos de América, se proyectará negativamente sobre el quehacer de la medicina, con un costo social tal alto como curiosamente imprevisto.

En buena medida, la miseria -y esa fue la palabra utilizada- de la científicamente espléndida medicina norteamericana, su deshumanización y su altísimo y desmedido costo, que se debía, entre otros factores, al creciente abuso de las demandas de mala praxis y a la actitud defensiva, en la que lenta, pero inexorablemente, han ido cayendo los médicos norteamericanos. Defensiva, en tanto que ordenan ahora costosas pruebas y estudios que con el antiguo sentido común médico no solicitarían, sólo para cubrir cualquier futura inquisición. Igualmente defensiva, en tanto que a sus pacientes ya los ven en un futuro no tan lejano como potenciales demandantes y así, desde ahora, los tratan con objetiva frialdad, haciéndoles leer y firmar largos y complejos documentos con el fin de parapetarse contra ello, algún día, en la Corte. Defensiva, finalmente, porque a sus honorarios ahora tienen que agregar un previsto para pagar la prima del seguro de mala praxis que los proteja.

Económica y humanamente hablando, el costo social de esta compleja situación ha sido altísimo. La medicina norteamericana, otro paradigma de calidad y casi una religión secular para los norteamericanos -y para muchos en el resto del mundo- ahora amenaza con volverse una actividad más en la compleja red social de consumo de servicios. Actividad que, además, desafortunadamente resulta ser una veta inagotable de jugosos y relativamente fáciles juicios por mala praxis (40% de los médicos norteamericanos serán demandados al menos una vez en su vida profesional).

Por razón natural, el médico desea un rápido arreglo, so riesgo de ver demasiado expuesta su buena reputación. Así se echó a andar una novedosa instancia para vender pólizas de seguros, antiquísima actividad que igual se nutre de lo imprevisto que de la imprudencia. Es bien conocido que la mayoría de estos juicios terminan en arreglos extra-corte entre el abogado litigante y la compañía de seguros. Dos décadas o más de esta creciente situación han dejado muy descontentos tanto a los médicos como a los pacientes en los Estados Unidos de América, que en no pocas ocasiones expresan su nostalgia por los "buenos viejos tiempos". Por otra parte, no se oyen quejas de algunos astutos abogados, y apuesten ustedes que no se oirán jamás por parte de las compañías de seguros, que ahora aseguran a tirtios y troyanos.

Con el Tratado de Libre Comercio y con el avance de la cultura de los Derechos Humanos no es imposible que este fenómeno, por ahora todavía muy estadounidense, pronto invada a la medicina mexicana -si es que no lo está haciendo ya ahora con variantes mexicanas, que dejo su imaginación. Hasta hace poco, los médicos mexicanos carecían de experiencia en lo que concernía a responsabilidad jurídica de nuestras acciones. El esquema moral y las tradiciones hipocráticas inculcadas por los maestros creaban la suficiente responsabilidad como para que la población los siguiera respetando, a pesar sus inevitables desaciertos. La autovigilancia, y la vigilancia que ejercen nuestros cuerpos colegiados (academias, consejos, etcétera), que con carácter moral -que no legal-sancionan al buen quehacer médico, tratan de proveer una tersa y aparentemente suficiente infraestructura de confianza.

Todo parece indicar, sin embargo, que esto no seguirá así y que, imitando al modelo norteamericano, las demandas por mala praxis se multiplicarán en nuestro medio. Los 100-200 casos anuales son sólo ruido en el traspatio, pero evidentemente el futuro ya tocó a nuestras puertas. Estoy convencida de que debemos hacer todo lo que esté en nuestras manos para evitar que el problema de la responsabilidad médica se salga de control -como ya ocurrió en los Estados Unidos- para beneficio exclusivo de algunos abogados (que se llevan la tajada grande en los juicios ganados), de las compañías de seguros (que gane quien gane, siempre ganan), y para enorme perjuicio social de la medicina, que se encarecerá y se hará inhumanamente defensiva. En última instancia, los pacientes serán tratados, cada vez más, por sus médicos, con objetiva frialdad.

CAPITULO 1

LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MEDICO

1.1 ANTECEDENTES

1.1.1 Evolución Histórica

El Maestro Ignacio Galindo Garfias, en su ponencia la Responsabilidad Profesional, nos explica lo siguiente:

“La responsabilidad de la que les hablaré se refiere a la obligación o merecimiento de una pena como resultado de la ejecución de un acto específico, dentro de la cual asimismo se puede hablar particularmente de las responsabilidades civil y penal. Si se trata de la responsabilidad de un médico, hay una confluencia entre el ejercicio de la medicina, los Derechos Humanos en general y los Derechos de la Personalidad de cada sujeto. Esto incluye aspectos filosóficos, jurídicos y médicos. En el aspecto filosófico quiero invocar el pensamiento de un gran filósofo judío de la Edad Media, médico cordobés, discípulo intelectual de Séneca. La oración de Maimónides dice así:

‘Señor llena mi alma de amor por el arte y por todas las criaturas. Aparta de mí la tentación de que la sed de lucro y la búsqueda de la gloria me influencien en el ejercicio de mi profesión. Sostén la fuerza de mi corazón

para que esté siempre dispuesto a servir al pobre y al rico, al amigo y al enemigo, al justo y al injusto.

Haz que no vea más que al hombre en aquel que sufre.

Haz que mi espíritu permanezca claro en toda circunstancia: pues grande y sublime es la ciencia que tiene por objeto conservar la salud y la vida de todas las criaturas.

Haz que mis enfermos tengan confianza en mí y en mi arte, que sigan mis consejos y prescripciones. Aleja de sus lechos a los charlatanes, al ejército de parientes con sus mil consejos y a los vigilantes que siempre lo saben todo; es una casta peligrosa, que hace fracasar por vanidad las mejores intenciones.

Concédeme, Dios mío, indulgencia y paciencia con los enfermos obstinados y groseros. Haz que sea moderado en todo, pero insaciable en mi amor por la ciencia. Aleja de mi la idea de que lo puedo todo. Dame la fuerza, la voluntad y la oportunidad de ampliar cada vez más mis conocimientos, a fin de que pueda procurar mayores beneficios a quienes sufren.'

Véase cómo en la realización fáctica de estos señalamientos de Maimónides se tiene el concepto jurídico de la responsabilidad del médico, y en ellos confluyen también los Derechos Humanos, los deberes relacionados con la profesión del médico y el consejo del jurista.” (1)

Sin duda, el reconocido maestro de la Facultad de Derecho de la UNAM, tiene un importante acierto, al mencionar en su ponencia, el nombre de Maimónides, Filósofo y médico hispanojudío, quien nació en el año de 1135 y murió en el año de 1204, habiendo ocurrido su nacimiento en Córdoba España y muriendo en Egipto, su verdadero nombre era Moisés Ben Maimón, tras la invasión de los almohades, emigró a Fez, establecido en Egipto, fue médico de Cámara de Saladino y rabí de El Cairo, trató de conciliar la filosofía aristotélica con la religión judía; su ética acentúa la libertad humana, autor de: Código o libro de la Ley (1180); guía de perpefflos (1190); Ética o libros de los preceptos; vocabulario lógico; Puerta de la esperanza y otros diversos trabajos sobre astronomía, matemáticas, medicina, leyes y Teología. (2)

(1) Galindo Garfias, Ignacio. La responsabilidad profesional. Coloquio sobre la responsabilidad profesional del Médico y los Derechos Humanos. México, D.F. 11-12 Julio 1994.p.11.

(2) Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Reader's Digest. México. Tomo VII. México 1990.p. 2289

Lo anterior es sostenido, en virtud de que el aludido Maestro, refleja la preocupación del médico para ser útil a todo aquel que tenga en sus manos la salud del paciente, en base a la ampliación de sus conocimientos, fundamentándose todo esto, en el concepto de responsabilidad que debe tener dicho profesionista.

Maimónides es un real ejemplo de los seguidores de Hipócrates (460-377AJC) el más famoso médico de la antigüedad, a quien se ha llamado el Padre de la Medicina, nació en la isla de Cos y murió en Larisa, se distinguió principalmente en el diagnóstico y en la descripción de los síntomas morbosos, entre las obras suyas que se conservan destacan los atorismos, de las epidemias y de la dieta en las enfermedades; se le atribuyen 87 tratados diferentes que constituyen el Corpus Hippocraticum. Se dice que elaboró un Código de honor al cual se obligan sus discípulos y que es la base del juramento hipocrático o reglamento ético de la profesión médica moderna . (3)

Lo explicado, permite suponer que la responsabilidad médica como una forma de ser del profesionista y como una característica del mismo que hacer médico ha estado presente desde antes de Cristo hasta nuestros días, con diferentes perspectivas en cada país, tomando en cuenta su idiosincracia, aspiraciones y situación real desde el punto de vista de la ética médica.

(3) Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Reader's Digest. México. Tomo VI. México 1990.p.1837

1.1.2 Situación Actual.

Por lo que atañe al derecho civil, debe mencionarse lo que los civilistas llaman derechos de la personalidad, aquellos que son inherentes a la persona, e inseparables de ella. Estos derechos de la personalidad comprenden, entre otros, el derecho a la vida, el derecho a la salud, al respeto a la dignidad humana, a que se guarde el secreto de la vida privada, el derecho a la integridad física del individuo. Quisiera hacer énfasis en los tres primeros derechos mencionados.

Nuestro Código Civil no ha sido explícito en los aspectos de la responsabilidad del médico ni de ninguna otra profesión. No hay un precepto expreso que señale la responsabilidad del médico, ni la del abogado. En cambio, sí lo hay en el Código Penal, cuando se trata de un hecho criminal, producto de la ignorancia, de la negligencia, de la falta de atención o de cuidado y que llega a constituir un delito.

Existe en el Código Civil Italiano, que es uno de los más modernos y avanzados, un precepto que se refiere a la responsabilidad civil de los profesionistas:

Artículo 2236 del Código Civil Italiano:

De la responsabilidad de los prestadores de Servicios: Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el obligado a prestarlos no es responsable de los daños que cause sino en el caso de dolo o de culpa grave. (4)

Esto es muy importante tenerlo presente en la práctica para delimitar la responsabilidad del médico. Debe comprenderse qué se entiende por culpa grave en la disciplina jurídica. El médico está relevado de cualquier inadvertencia ligera cuando comete una culpa leve, como cualquier persona de mediana razón. Sin embargo, el médico se supone que debe tener una capacidad técnica específica. Si hay ignorancia de la técnica médica, profesional, debe considerarse como culpa grave, en la medida en que el paciente y sus familiares se entregan totalmente al médico para la curación de su padecimiento. La falta de conocimientos, la impericia, la negligencia, se consideran culpas graves en el médico. Puede decirse que, en su ejercicio, no sólo tiene la obligación, sino también el deber jurídico de aplicar una técnica profesional adecuada de la que debe responder ante el paciente y la sociedad. Respecto de la víctima o los deudos debe proceder a la reparación del daño. En lo que concierne a la sociedad, se plantea, además, si el médico debe o no seguir ejerciendo la

(4) *Ibidem.* p. 12.

profesión por constituir un peligro social. Esta situación puede ocurrir en otras profesiones. No es particular del médico. Sin embargo, en el médico el problema es más serio, ya que están en riesgo la vida y la salud de un individuo, que constituyen los valores sociales más altos.

El médico debe reparar el daño en forma pecuniaria; la responsabilidad ante la sociedad puede originar la suspensión temporal o definitiva de su actividad profesional.

En cada uno de los problemas en que se ve involucrado un médico, el juez debe actuar con frialdad y equidad, y debe considerar los Derechos Humanos del médico, que con frecuencia no se toman en cuenta. Los juicios están cargados de emotividad, con fuertes rasgos de revancha en contra del médico, sin considerar lo que de arte y de humano tiene la actividad mismo; en ocasiones se pone poca atención a si existe o no culpa grave, que debe ser notoria, evidente, la cual se percibe al primer intento y prácticamente se compara con el dolo.

La causa de la acción cercana y remota debe estudiarse para dar una sentencia justa. El juez debe estar dotado de amplios conocimientos y una profunda cultura a prueba de sentimentalismos y decisiones emotivas.

Cuando se dicta una sentencia para condenar o absolver a un médico, debe tomarse en cuenta:

¿Qué pruebas deben admitirse?

¿Qué valor debe dar el juez a esas pruebas?

¿Cómo proteger a la vez los derechos de ambos litigantes: el actor y el demandado?

Cuando surge una demanda contra un médico, las autoridades judiciales tienen el deber moral de evitar la publicidad del asunto, porque va en ello el prestigio del médico. Se exige discreción, atinencia, para no vulnerar el respeto a la dignidad del médico, la estima social a un profesionalista de esa categoría. En busca de la decisión definitiva hay mucho que pensar, que proponer, que hacer, con un sentido de equilibrio, de justicia y de equidad para ambas partes.

1.2 CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD.

El concepto de 'responsabilidad' ha sido objeto de muchas controversias entre juristas. Existen un sin número de "teorías" que explican sus fundamentos y alcances. Prácticamente todos los teóricos del derecho coinciden en señalar que 'responsabilidad' constituye un concepto jurídico fundamental. Sin embargo, la noción de responsabilidad no es exclusiva del discurso jurídico. 'Responsabilidad' se usa en el discurso moral y religioso, así como en el lenguaje ordinario. Para determinar el significado de 'responsabilidad', es necesario hacer alusión a aquellos usos de 'responsabilidad' que están de alguna manera presupuestos a la noción jurídica de responsabilidad.

La voz 'responsabilidad' proviene de 'responderé' que significa, *inter alia*: 'prometer', 'merecer', 'pagar'. Así, 'responsalis' significa: 'el que responde' (fiador). En un sentido más restringido 'responsum' ('responsable') significa: 'el obligado a responder de algo o de alguien'. 'Responderé' se encuentra estrechamente relacionada con 'spondere', la expresión solemne en la forma de la *stipulatio*, por lo cual alguien asumía una obligación (Gayo, *Inst.*, 3, 92), así como 'sponsio', palabra que designa la forma más antigua de obligación (A. Berger).

El uso moderno de 'responsabilidad' en el lenguaje ordinario es más amplio y, aunque relacionado con el significado originario de 'responedere' y 'spondere', puede tener otro sentido y alcance. El profesor H.L.A., Hart ilustra la 'polisemia' y equívocidad de 'responsabilidad' en un relato imaginario:

Como capitán de un barco, X era responsable de la seguridad de sus pasajeros y de su tripulación. Sin embargo, en su último viaje X se embriagó todas las noches y fue responsable de la pérdida del barco con todo lo que se encontraba a bordo. Se rumoraba que X estaba loco; sin embargo, los médicos consideraron que era responsable de sus actos. Durante todo el viaje se comportó muy irresponsablemente y varios incidentes en su carrera mostraban que no era una persona responsable. X siempre sostuvo que las excepcionales tormentas de invierno fueron las responsables de la pérdida del barco, pero en el proceso judicial instruido en su contra fue encontrado penalmente responsable de su conducta negligente y... en un juicio civil fue considerado jurídicamente responsable de la pérdida de vidas y bienes. El capitán aún vive y es moralmente responsable por la muerte de muchas mujeres y niños (punishment and responsibility).

En este pasaje se pueden distinguir cuatro sentidos de 'responsabilidad':

- 1) Como deberes de un cargo: "es responsabilidad del capitán. . .", "es responsabilidad de los padres. . .". Las responsabilidades como deberes que corresponden a un cargo, sugieren la idea de un deber en abstracto y presuponen cierta discrecionalidad.
 - 2) Como causa de un acontecimiento: "la tormenta fue responsable de la pérdida. . .", "la larga sequía fue responsable de la hambruna..".
 - 3) Como merecimiento, reacción, respuesta. 'Responsabilidad' en este sentido, significa 'verse expuesto a. . .', 'merecer', 'responder de. . .', 'pagar por. . .'
- ("... fue encontrado responsable de la pérdida de vidas y bienes", "el que cause un daño en responsable de. . ."). Como puede apreciarse, este sentido de 'responsabilidad' es el que más se acerca a su significado originario

(‘responder’). 4) Como capacidad mental: “fue encontrado responsable de sus actos” (H. L. A. Hart).

El tercer significado es el que recoge la dogmática jurídica: un individuo es responsable cuando, de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de ser sancionado (H. Kelsen). En este sentido la responsabilidad presupone un deber (del cual debe responder el individuo); sin embargo, no debe confundirse con él. El deber o la obligación es la conducta que, de acuerdo con un orden jurídico, se debe hacer u omitir; quien la debe hacer u omitir es el sujeto obligado. La responsabilidad presupone ésta obligación, pero no se confunde con ella. La responsabilidad señala quien debe responder del cumplimiento o incumplimiento de tal obligación. La responsabilidad es, en este sentido, una obligación de segundo grado (aparece cuando la primera no se cumple, esto es, cuando se comete un hecho ilícito). Uno tiene la obligación de no dañar, es responsable del daño el que tiene que pagar por él.

De ahí que es responsable de un hecho ilícito (delito) aquel individuo que debe sufrir las consecuencias de sanción que al hecho ilícito se imputan. Aquel que sufre la pena de prisión que se impone al homicidio, es responsable del delito de homicidio. De la misma forma, aquel que sufre la pena que se impone al robo es el responsable del delito de robo. Por regla general, el autor del hecho ilícito y el responsable son el mismo individuo; sin embargo, no siempre el responsable de un hecho ilícito es su autor. En efecto, puede suceder que un individuo sea el autor del acto ilícito y que otro u otros sean los responsables del mismo, es decir, que otros sean los que deban sufrir las consecuencias de

sanción que a ese delito le corresponden, de conformidad con una norma jurídica. El precepto bíblico: "yo soy Yahvé tu Dios, un Dios celoso, que castigo la maldad de los padres (los hechos ilícitos de los padres) en los hijos hasta la tercera y cuarta generación" (Ex., XX, 5), es un buen ejemplo en el que se aprecia que los autores del acto ilícito (en el caso, los padres) y los responsables del mismo (los hijos hasta la tercera y cuarta generación), los cuales deben sufrir las consecuencias, pueden ser diferentes individuos. Esto, que es un rasgo común del derecho primitivo, se presenta siempre que los hechos ilícitos son realizados por un órgano o por un miembro de un ente o persona colectiva (sociedades mercantiles, corporaciones, municipio, Estados). Típica es, en este caso, la responsabilidad que surge en ocasión de un ilícito internacional. Cuando, p.e., miembros del Estado A (un contingente militar) ocupa un territorio del Estado B, la sanción que B aplica (represalias o guerra), como consecuencia de este acto, se dirige contra todos los individuos que pertenecen al Estado A y no sólo a aquellos que cometieron el hecho ilícito.

Existen dos grandes formas de aplicar la responsabilidad: la llamada responsabilidad por culpa y la conocida como responsabilidad objetiva o absoluta. En el caso de la primera, la aplicación de sanciones al individuo considerado responsable supone "culpa" por parte del autor del hecho ilícito. Esto es, las consecuencias de sanción se aplican al responsable sólo cuando el autor del hecho ilícito tuvo la intención de cometerlo (o bien habiéndolo previsto no lo impidió). A la responsabilidad objetiva, por el contrario, no le importa la culpa del autor; basta que el hecho ilícito se realice (con o sin culpa de autor) para que se apliquen las consecuencias de sanción al individuo considerado

responsable (esto es, por lo general, el sistema de responsabilidad en los accidentes de trabajo). (5)

(5) Tamayo y Salmorán Rolando. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México 1992, 5a. edición P-Z, pág. 2824-2826.

1.3 LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

“Originariamente, sólo había una especie de sanción: la penal, esto es, el castigo -en el sentido estricto de la palabra - en relación con la vida, la salud, la libertad o la propiedad. El derecho más antiguo era exclusivamente derecho penal. Más tarde se hizo un distingo por lo que toca a la sanción: además del castigo apareció una sanción civil específica, la ejecución forzada o privación coactiva de la propiedad con el propósito de establecer una reparación, es decir, una compensación por lo daños causados ilegalmente. Entonces se desarrolló el derecho civil al lado del penal”. (Kelsen).

En el Derecho antiguo había confusión entre las responsabilidades penal y civil. El proceso de separación fue paulatino y la Doctrina Jurídica señala varias etapas:

A) AUTODEFENSA Y VENGANZA DE LA VICTIMA

En los albores de la civilización, la única sanción de un hecho lesivo o dañoso era la venganza de la víctima (venganza privada). Era ésta quien tenía la facultad de cobrar la afrenta (la ley del talión: ojo por ojo, diente por diente, es una típica muestra de la sanción especificada). “La presión de los delitos, por medio de la venganza privada, confunde la reparación del perjuicio con la pena. La primera queda absorbida por la segunda que, por otra parte, sigue siendo una simple pena privada, impuesta por la parte perjudicada, sin intervención de la autoridad pública” (Gaudemet).

B) COMPOSICION VOLUNTARIA.

Más adelante apareció la composición voluntaria, que es un arreglo o convenio entre el autor del hecho dañoso y la víctima, quien renuncia a vengarse a cambio de una suma pecuniaria. La afrenta queda así reparada con dinero. La confusión entre pena y reparación todavía subsiste.

C) COMPOSICION FORZOSA.

Posteriormente, el Estado impuso como necesario este arreglo y aparece la composición forzosa; la víctima del delito no tiene ya la facultad de elegir entre vengarse o aceptar la reparación económica del daño; el Estado le impone necesariamente la aceptación de una reparación económica que, no obstante, sigue en manos del particular y todavía se confunde entre la acción que tiende a la represión (penal) y la que persigue la reparación (civil).

D) SEPARACION.

La separación de ambas especies de responsabilidad se opera cuando el Estado toma a su cargo la represión de las conductas particularmente contrarias a la armonía social, con abstracción de los intereses particulares involucrados en cada caso".(6)

(6) Tamayo y Salmorán Rolando. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México 1992, 5a. edición P-Z, pág. 2824-2826.

Una nueva orientación al objetivismo, surgida a fines del siglo pasado, fue postulada dentro del campo del Derecho privado por autores como Saleilles y Louis Josserand ante los problemas prácticos que provocó el maquinismo. Se le ha denominado responsabilidad objetiva por riesgo creado. Consiste en afirmar que todo aquél que haga uso de un aparato peligroso que aumente los riesgos de provocar daños a los demás, debe responder de la reparación de lo que se produzcan con dicho objeto por su sólo aprovechamiento, aunque no incurra en culpa o falta de conducta y aunque no viole ninguna disposición normativa.

La exigencia de la culpa del causante del daño, como requisito de la obligación de indemnizar, produjo consecuencias injustas cuando las nuevas herramientas y maquinaria, introducidas en las fábricas, causaron múltiples accidentes entre los obreros, en razón de la complejidad de aquéllas y de la inexperiencia de quienes habrían de manejarlas. Tales accidentes, que producían graves daños a los trabajadores por mutilaciones, lesiones, pérdidas de facultades o aún de la vida misma, no comprometían la responsabilidad del patrón, a quien no podía demostrarse culpa alguna en su realización y los perjuicios resentidos por las víctimas no eran indemnizados de manera alguna.

La concepción de la responsabilidad civil subjetiva por culpa producía resultados injustos, pues mientras el patrón se veía favorecido al incrementar sus ganancias por el aprovechamiento de la maquinaria peligrosa que causaba nuevos daños, el trabajador, que sufría las pérdidas derivadas del uso de esos aparatos, era el único afectado desfavorablemente. Ello movió a los juristas a buscar otro apoyo a la responsabilidad civil, que no fuera la culpa, el cual

hallaron en el concepto de riesgo. Así surgió la responsabilidad objetiva por riesgo creado.

Al lado de la responsabilidad civil basada en la noción de culpa, y llamada por tal motivo responsabilidad subjetiva (pues impone un análisis del matiz de la conducta del sujeto), surgió la responsabilidad objetiva, la cual se apoya en un elemento ajeno a la calificación de la conducta, en un dato aparente, objetivo, como es el hecho de causar un daño por la utilización de un objeto peligroso que crea un estado de riesgo para los demás. Se trata de una responsabilidad objetiva, que se apoyó en ese hecho del riesgo que crea, del riesgo creado: si el patrón o dueño de la fábrica había introducido una nueva situación de riesgo de que se produjeran daños, al utilizar maquinaria nueva peligrosa, por la complejidad de su funcionamiento o por los elementos materiales que utilizaba, debía responder de los daños que causarse con ella, aún sin haber incurrido en culpa alguna y sólo por el hecho de haber provocado esa situación peligrosa.

Esta teoría fue acogida por la Ley mexicana a inspiración de los Códigos Civiles suizo y ruso, en el artículo 1913 del C.C., donde se obliga al pago de daños y perjuicios a todo el que cause un daño por el uso de objetos, sustancias o aparatos peligrosos por su velocidad, por su naturaleza explosiva o inflamable, o por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, todo ello aun cuando obre lícitamente, es decir, sin violar norma jurídica alguna y sin incurrir en cualquier falta de conducta que le fuera atribuible.

En resumen, existen dos clases de responsabilidad civil por el elemento o dato en que se finca la necesidad de resarcir los daños: a) la responsabilidad subjetiva cuando éstos han sido causados por una conducta culpable, antijurídica y dañosa, que tiene por fuente el hecho ilícito y por soporte esa noción subjetiva de la culpa y, b) la responsabilidad objetiva, si los daños provienen de una conducta lícita, jurídica, inculpable, consistente en aprovechar un objeto peligroso que crea riesgo de daños, responsabilidad fincada en dicho riesgo y que por consiguiente se llama responsabilidad objetiva, por tener su apoyo en un elemento externo como es el riesgo creado. De ello se sigue que, en nuestro Derecho positivo, la responsabilidad civil (la obligación de indemnizar) tiene dos posibles causas o fuentes: el hecho ilícito y el riesgo creado.

Esbozada la responsabilidad objetiva por riesgo creado, en el apéndice anterior, debemos reanudar el análisis del tercer elemento del hecho ilícito.

No basta una conducta antijurídica y culpable para generar obligaciones; se necesita, además, un daño. Mientras una acción contraria a Derecho y errónea no produzca una pérdida para otra persona, las obligaciones no surgirán. Es el daño el que establece un vínculo de Derecho entre el autor del hecho ilícito y la víctima del mismo: sin él no hay víctima de ilícito civil; el daño "crea" al acreedor.

El daño es una pérdida. El artículo 2108 del C.C. lo define como "una pérdida o menoscabo" económica: es la que sufre una persona en su patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación. En el precepto siguiente (artículo 2109), el Código caracteriza el "perjuicio" "como la privación de cualquier

ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación”.

Los conceptos anteriores son criticables por su estrechez. El daño no es sólo una pérdida pecuniaria, sino también todo menoscabo sufrido por la persona en su salud, en su integridad física y la lesión espiritual resentida en sus sentimientos, creencias o afecciones. La definición debería comprender además los daños en la integridad personal y los daños morales. Por añadidura, el daño no sólo tiene, o puede tener por causa el incumplimiento de una obligación, sino la inobservancia de cualquier deber jurídico e incluso, como ya se ha visto, la utilización de un objeto peligroso.

En nuestra opinión, daño es la pérdida o menoscabo sufrido por una persona en su patrimonio, en su integridad física, o en sus sentimientos o afecciones, por un hecho ilícito culpable o por un riesgo creado. El concepto proporcionado por Enneccerus es apropiado y completo. Dice este autor: “Daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición, etcétera)”.

El daño, pérdida o menoscabo de bienes que están ya en poder de la víctima, se distingue del perjuicio, que es la privación de bienes que habrían de entrar al poder de la víctima y que ésta deja de percibir por efecto del acto dañoso.

Nadie discute la existencia del daño económico y del daño resentido en la integridad física de las personas; nadie duda de la posibilidad de resarcimiento. Diferente situación priva respecto del llamado daño moral, cuya posibilidad de reparación rechazan algunos juristas.

El daño moral es la lesión que una persona sufre en sus sentimientos, afecciones, creencias, honor, o reputación, o bien en la propia consideración de sí mismas como consecuencia de un hecho de tercero, antijurídico y culpable o por un riesgo creado. Los hermanos Mazeaud distinguen dos partes en el patrimonio moral de las personas:

- La parte social que, en opinión de tales autores, comprende el honor, la reputación, la consideración de la persona y las heridas que causan lesiones estéticas.

- Y la parte afectiva del patrimonio moral, constituida por los sentimientos morales y religiosos, los sentimientos del amor, la fe, los sufrimientos por el fallecimiento de una persona amada, etcétera.

- En su obra *Derecho Civil*, traducida al castellano, los Mazeaud distinguen tres corrientes legislativas y doctrinarias en lo concerniente al tratamiento de los daños morales. Ellas son:

- a) La que niega la posibilidad de resarcir el daño moral, pues, si la reparación significa la restauración de la situación que prevalecía antes del daño sufrido, el daño moral nunca podrá ser reparado en vista de la imposibilidad de borrar sus efectos.

b) La corriente que asegura que el daño moral es resarcible siempre y cuando coexista con un daño de tipo económico, supuesto, según el cual, la reparación será proporcional al daño económico resentido.

c) La que afirma que el daño moral puede y debe ser resarcido con independencia de todo daño económico. Los propios hermanos Mazeaud participan de esta opinión, pues reparar es colocar a la víctima en condiciones de procurarse un equivalente.

Hasta hace poco, el Código Civil Federal era exponente de la segunda corriente, pues los artículos 1916 y 2116 autorizaban al juez a decretar el resarcimiento de las lesiones espirituales, hasta el importe de la tercera parte del valor del daño económico sufrido por la víctima.

Artículo 1916. Independientemente de los daños y perjuicios, el Juez puede acordar, en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al estado en el caso previsto en el artículo 1928.

Artículo 2116. Al fijar el valor y el deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afección a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño; el aumento que por estas causas se haga no podrá exceder de una tercera parte del valor común de la cosa.

Las reformas introducidas, publicadas el 31 de diciembre de 1982, determinaron la necesidad de reparar en su integridad los daños espirituales e introdujeron un principio de congruencia en el sistema de la responsabilidad civil atribuyendo idéntico trato a los daños económicos y los morales, lo cual constituye un avance considerable en esta materia, si bien persiste la insuficiente reparación de los daños causados en la integridad física (infra n. 219).

El artículo 1916 reformado dice:

Artículo 1916. "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás".

"Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que haya causado un daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme el artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1928, ambas disposiciones del presente Código".

"La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de las víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida".

El monto de la indemnización lo determinará el Juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso”.

“Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación, o consideración, el Juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el Juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original”.

Y el artículo 1916 bis, creado para satisfacer una desorientada opinión pública:

“No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o. Y 7o. de la Constitución Federal de la República.

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.”

El nuevo régimen tiene las características siguientes que lo distinguen del anterior:

1. Define el daño moral.
2. Dispone su reparación forzosa y no a potestad del Juez de la causa.
3. Prescribe su cuantificación con independencia del daño económico.
4. Determina la estimación del daño por el Juez con base en las circunstancias del caso.
5. Declara intransmisible por acto inter vivos el crédito por la indemnización.
6. Declara resarcible todo daño moral, con abstracción de su fuente o causa.
7. Impone también al Estado el deber de reparar el daño moral.

Analicemos por su orden las innovaciones:

1. La definición legal del daño moral, caracterizado como “una afectación en los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada... etc., es equívoca e incierta, por el uso del vocablo “afectación”,

que significa "acción y efecto de afectar", y la palabra afectar (del latín affectare, a factāre, de facere, hacer), significa "hacer impresión una cosa en una persona, causando en ella notable sensación" (Diccionario Enciclopédico Hispano Americano) y en todas sus acepciones evoca la idea de alteración, modificación, como "ocasionar algún efecto" sin calificar por sí misma el carácter o cualidad de ese efecto o impresión, que bien puede ser positivo o negativo, benéfico o nocivo, útil o inútil de manera que determinado hecho o cosa, puede afectar en sentido favorable o desfavorable.

Para apreciar los equívocos a que pudiere dar lugar la imprecisión del concepto, baste advertir que: si el amor afecta, produce una "afectación... en los afectos" (sic) o sentimientos, luego, el amor resultaría ser un daño moral ¿o no es el amor algo que hace impresión y causa sensación? ¿no es una afectación en los sentimientos?

Si el matrimonio es una afectación a la vida privada sería también daño moral.

Y cualquier afectación en la configuración o aspectos físicos, lo mismo una alteración que perjudica (la lesión que provoca cojera o deja cicatrices) que la causante de un efecto favorable (la operación cosmética que corrige un defecto físico) sería daño moral.

La definición legal, también identifica como daño moral “la afectación que una persona sufre en la consideración que de sí misma tienen los demás” (quiso sin duda decir el legislador “la afectación ... en la consideración que de ella -la víctima- tienen los demás”), afirmación de todas maneras inexacta, pues el cambio o alteración del concepto que merezco a los demás no es el daño moral; la mudanza de opinión que sobre nosotros tengan nuestros prójimos, no es daño moral; sino la repercusión de ese cambio, operada en nosotros mismos, si a consecuencia de él perdemos la auto-estimación, la seguridad, y por ello nos asalta y domina una corriente de complejos, timidez y cobardía; o también el sentimiento de frustración, sufrimiento o dolor que experimentemos como fruto del menoscabo del aprecio ajeno.

En fin, si el concepto de daño moral es incierto, su mayor inexactitud, que no resiste el menor análisis, estriba en su caracterización, como “afectación. . . que una persona sufre en su configuración y aspecto físico”, pues obvio es que éstos, la configuración y aspecto físicos, son eso, físicos y no espirituales. En este caso, el daño moral sería el deterioro en el ánimo de la víctima, su sufrimiento, como consecuencia del menoscabo en su figura y aspectos físicos y no el cambio operado en éstos, alteración que es la causa del sufrimiento pero no la lesión espiritual o daño moral.

Por lo demás la reforma colma las aspiraciones a un sistema lógico de la responsabilidad civil, con la regulación adecuada de la materia y la superación de las deficiencias de las normas derogadas, ya señaladas en estos mismos párrafos (210, 220, 221), en ediciones anteriores.

2. La reparación del daño moral dejó de ser una decisión graciosa y potestativa del juez para convertirse en un derecho subjetivo de la víctima.

Comprobada que fuere la existencia de la lesión espiritual, su cuantía y su relación directa con el hecho ajeno que la causa, el Juez deberá acordar su resarcimiento.

3. Dicha reparación deberá ser integral, coexista o no con un daño económico.

4. Y su cuantía será fijada por el Juez con base en el análisis objetivo de las circunstancias del caso, como son los derechos lesionados, el nivel de intensidad de la lesión sufrida, el grado de responsabilidad del causante, la capacidad económica de las partes (responsable y víctima), etc.

En este aspecto, será necesario discurrir algún medio de control del arbitrio judicial, para evitar su ejercicio inadecuado por algunos de nuestros jueces.

5. Igualmente es encomiable la declaración expresa de que el daño moral será reparado: a.) ya provenga de hecho ilícito extracontractual (responsabilidad delictual o cuasidelictual) o contractual (responsabilidad contractual); b.) ya provenga de riesgo creado (responsabilidad objetiva); en cuyo caso, el causante no debería ser tratado con el mismo rigor que el autor de un hecho ilícito ni imponerle una indemnización tan alta como a éste.

6. También es plausible la declarada inalienabilidad por acto inter vivos del crédito a la indemnización, pues el derecho a la reparación por lesiones espirituales, es por su naturaleza exclusivo del titular, es personalísimo, lo cual no impide su transmisión por herencia a condición de que la víctima hubiere ejercido la acción.

7. Por último, la nueva ley impone también al Estado la obligación de reparar los daños morales que causen sus funcionarios en el desempeño de su gestión pública, en los términos previstos en el artículo 1928 del Código Civil.

Sólo el daño que es consecuencia inmediata y directa del hecho perjudicial, y además es cierto, puede resarcirse. No todas las consecuencias perjudiciales que fueren el producto remoto de un hecho ajeno van a ser reparadas por el causante. Los hechos nocivos pueden encadenarse hasta el infinito.

Uno puede ser la consecuencia del precedente, y así en forma sucesiva, y, de no establecerse un límite a la cadena de causas, resultaría que el iniciador de una lesión, causante a su vez de pérdidas más remotas, se vería en la necesidad de restaurar también éstas. Sólo las consecuencias inmediatas y directas del hecho dañoso son los daños reparables.

También se dice que el daño debe ser cierto, es decir, que se ha causado o que necesariamente deberá producirse: no debe confundirse la certidumbre con la

presencia del daño, pues hay daños futuros que son ciertos cuando forzosamente tendrán que provocarse. El artículo 2110 del C.C. resume ambos requisitos de la siguiente manera: "Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse".

El derecho protege a la víctima cuando el daño ha sido consecuencia de una conducta ajena antijurídica y culpable (ilícita) o del aprovechamiento de un objeto peligroso (riesgo).

La Doctrina apunta la necesidad de que exista un vínculo de causalidad entre el hecho y el daño; y la ley, en el artículo 2110 antes transcrito dice que el daño debe ser consecuencia inmediata y directa del hecho.

Si solamente una conducta o hecho hubiere producido el resultado perjudicial, no existirá duda de que ha sido la causa del mismo; mas, si para originarlo concurrieron varias acciones, participaron diversos sujetos ¿quién de ellos es el responsable? ¿o lo serán todos? ¿en qué medida?

La cuestión es importante porque las situaciones no ocurren en la vida con la simplicidad que pueden ostentar conceptualmente; la concatenación de sucesos, el tejido o combinación de conductas o acaeceres que preceden a un efecto lesivo, es complejo de ordinario; todo suceso en el devenir de la existencia, ha sido precedido por una serie de conductas humanas y acontecimientos de orden diverso que fueron preparando su desenlace, de

manera que la causa de su realización no ha sido una sola, sino la conjunción de varias; y entonces se plantea la cuestión de decidir si serán jurídicamente responsables de un hecho dañoso todos aquellos que participaron en su realización; o si no ¿quién lo es entre todos ellos y en qué medida? ¿Cuál de todas las concausas del perjuicio es su causa eficiente? ¿Y cuál o cuáles merecen ser consideradas "su causa jurídica"? Esto es, aquellas que deban ser estimadas por el Derecho, para atribuirles efectos jurídicos? ¿Qué grado de participación es indispensable para devenir obligado a una reparación o posible de un castigo? ¿Cuándo se es responsable y debe pagarse los daños o sufrir una pena?

La Doctrina Penal ha sido fértil en la concepción de soluciones. Existen múltiples teorías de matices diversos que Gonzalo Trujillo Campos ha compendiado en su obra exhaustiva y bien documentada "La relación material de causalidad en el delito". De ellas, dos merecen ser destacadas por su influencia en la Doctrina: la tesis de la "Equivalencia de las Condiciones" de Von Buri, y la teoría de la "Causalidad Adecuada" de Von Kries.

Para Von Buri "causa es toda condición del resultado" "en principio - expone el autor- sólo es indispensable que los daños no se hubieran producido sin el hecho en cuestión, o sea que este hecho constituya una *condictio sine qua non del nacimiento del daño*". En el pensamiento de este autor, será causa jurídica de un daño, todo hecho sin cuya presencia no se hubiera actualizado el resultado.

“El comportamiento humano debe considerarse, por tanto, causa de un resultado, siempre que sin él no hubiera acaecido, aún en el caso en que el resultado fuere una consecuencia anormal de la acción, o en que ésta careciera por sí sola de potencialidad causal para producirle. Todas las condiciones -y entre ellas el comportamiento humano- que cooperan en la producción de un resultado, son equivalente en su causación” (Jiménez Huerta).

En materia Civil, la admisión de esta teoría habría de conducir a soluciones injustas; para apreciarlo recordemos el ejemplo clásico de Enneccerus, del sastre que fue contratado por un turista para la confección de un abrigo que debería serle entregado en cierta fecha; el artesano no cumple en tiempo y retrasa la entrega, motivando que el comprador cancele el boleto de ferrocarril de retorno y tome el tren del día siguiente, que descarrila y le produce daños; la conducta del sastre concurrió a producir el desenlace perjudicial ¿será jurídicamente responsable por ello?

Por su parte Von Kries y su “causalidad adecuada” postulan que “sólo son causas de un daño, los hechos que normalmente deben producirlo, de tal manera que si por circunstancias excepcionales un determinado hecho produce un daño que normalmente no hubiera sido capaz de originar, aún cuando conforme a la Ley de causalidad, ese hecho si fue causante del daño, jurídicamente no debe reputarse como tal”.

No toda causa eficiente de un daño merece ser concebida como su causa jurídica. La concepción de la causa de las ciencias naturales, no puede ser adoptada sin más en el mundo del Derecho porque llevaría a soluciones absurdas e inequitativas.

Y en este aspecto, la tesis de Von Kries conduce a fines más acordes con los valores que el Derecho trata de alcanzar, al menos en el terreno civil.

Así, deberán ser reputados jurídicamente responsable de un daño, sólo los coautores, coparticipes o protagonistas, que en acción simultánea o sucesiva desencadenaron el resultado nocivo mediante hechos que normalmente lo producen. Su responsabilidad civil, el alcance de su participación en la indemnización, la proporción en que deberán distribuirse el importe del resarcimiento debido a la víctima (aunque frente a ella sean solidariamente obligados), deberá decidirla el Juez en vista del grado de culpabilidad en que hubiere incurrido cada uno de ellos, a la luz de los elementos proporcionados por la ciencia jurídica: desde la clasificación romana de la culpa por el matiz e intensidad que ostenta, hasta la consideración de los valores en juego, las circunstancias del suceso y demás situaciones que operan como faro orientador de un magistrado consciente y capaz.

Por contraste, si en el hecho concurre la culpa de la víctima con la falta del o los causantes, éstos quedarán exonerados de responsabilidad si aquella culpa es grave o imperdonable; aunque, si el error del victimario fuere igualmente

inexcusable, lo mismo que si existiera culpa leve de ambos, se impondría la aplicación de una responsabilidad parcial al agente. (7)

1.3.1 La Responsabilidad Civil

“El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo”, (artículo 1910 del C.D.). “El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo, o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios...” (artículo 2104 del C.C.). “Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismo, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que causen...” (artículo 1913 del C.C.).

La manera de “responder”, en materia civil, es mediante la reparación de los daños. Por ello esa obligación de reparar los daños y perjuicios causados se llama responsabilidad civil. Como ya se ha dicho, en nuestro sistema jurídico tiene dos posibles fuentes: el hecho ilícito (la conducta antijurídica culpable y dañosa) y el riesgo creado (la conducta lícita e inculpable de usar un objeto peligroso).

(7) Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. Pág. 243.

Responsabilidad civil, es la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro, por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo.

La responsabilidad civil, es pues, el nombre que se da a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por un hecho ilícito o por un riesgo creado. Su contenido es la indemnización. Indemniza es dejar sin daño.

Hay dos maneras de hacerlo: la reparación en naturaleza y la reparación por un equivalente. La primera tiende a borrar los efectos del acto dañoso, restableciendo las cosas a la situación que tenían antes de él. Coloca de nuevo a la víctima en el pleno disfrute de los derechos o intereses que le fueron lesionados.

Al no ser posible la reparación del daño en naturaleza, se indemniza proporcionando a la víctima un equivalente de los derechos o intereses afectados: EL DINERO (se le pagan los daños y perjuicios, previa estimación legal de su valor). “La reparación con un equivalente consiste en hacer que ingrese en el patrimonio de la víctima un valor igual a aquél de que ha sido privada; no se trata ya de borrar el perjuicio, sino de compensarlo”. (Mazeaud).

El artículo 1915 del C.C. las señala con precisión: “La reparación del daño debe consistir, a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o el pago de daños y perjuicios”.

Esa facultad de elegir el objeto de la obligación (el contenido de la reparación), que la ley concede al ofendido, convierte a la obligación en alternativa.

La indemnización debe corresponder al daño que se habrá de reparar. Si el daño consiste en el demérito o pérdida definitiva de los bienes o derechos de la víctima, la indemnización deberá ser un sucedáneo o sustituto de aquello que se ha deteriorado o ha desaparecido. Compensa su depreciación o ausencia, por lo cual se le da el nombre de indemnización compensatoria.

Cuando, por otra parte, el daño proviene de un retardo o mora en el cumplimiento de una obligación, se repara por esa mora y la indemnización correspondiente recibe el nombre de moratoria. Su cuantía será igual a las pérdidas o los perjuicios que hubiese sufrido el acreedor por el cumplimiento retardado.

Ocasiones habrá en las cuales el cumplimiento demorado sea inoportuno, inútil y equivalga al incumplimiento definitivo. Tal sucede en las prestaciones de tipo personal que deben pagarse en una ocasión o evento determinados. Ellas se reparan con una indemnización compensatoria.

Obviamente, la indemnización moratoria se presenta con mayor frecuencia con motivo de la responsabilidad contractual, como violación de un contrato en el que las partes señalaron el momento del cumplimiento de las obligaciones.

Su consagración legal, en el artículo 2104 del capítulo de “Incumplimiento de las obligaciones” donde fueron agrupadas las reglas de la responsabilidad contractual, dice: “El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo (incumplimiento definitivo) o no lo prestare conforme a lo convenido (cumplimiento impropio, por mora u otro motivo) será responsable de los daños y perjuicios...”.

La mora o retraso en el cumplimiento de una obligación es, como vemos, un hecho ilícito que compromete la responsabilidad del deudor. Su iniciación se produce:

- a) En las obligaciones sujetas a plazo suspensivo, a partir del vencimiento de éste.
- b) En las obligaciones, que no tienen plazo suspensivo, hay que distinguir;

- Si se trata de obligación de dar, la mora comienza 30 días después de efectuada la interpelación al deudor, es decir, el requerimiento formal, de pago, hecho judicial o extrajudicialmente ante dos testigos o ante Notario.

- Si se trata de obligaciones de hacer, la mora comienza a partir del momento en que el acreedor exija el cumplimiento, siempre que haya transcurrido el término prudente para la realización del hecho respectivo.

Los principios vertidos se desprenden de los artículos 2104, 2105 y 2080 del C.C.

El monto y alcance de la indemnización dependen de la especie de daño que deba ser resarcida.

Daños económicos.

Las pérdidas o menoscabo sufridos "en el patrimonio" son indemnizadas en su integridad, reparándolas totalmente. El código dispone sin excepción su completa reparación, ya restableciendo la situación anterior al daño, ya mediante el pago, en dinero, de su valor (artículo 1915 del C.C.). Los artículos 2107, 2112, 2114 y 2115 reiteran este principio al procurar la integral satisfacción de la víctima de un daño económico.

Paradójicamente, los daños que sufren las personas en su integridad corporal no son objeto de una justa y proporcionada reparación. Los consistentes en la pérdida de miembros, de órganos, de alguno de los sentidos o de la vida misma, son indemnizados mediante sumas de dinero (las que hasta el 22 de diciembre de 1975 eran sumamente exiguas), previa valoración cuya base legal es una "tabla de incapacidades", incorporada en una Ley ajena al C.C. (la Federal del Trabajo), cuya finalidad fue la estimación de la reparación por accidentes de trabajo.

El artículo 1915 del C.C. decía al respecto: "I. Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte o incapacidad total parcial o temporal, el monto de la indemnización se fijará aplicando las cuotas que establece la Ley Federal de Trabajo, según las circunstancias de la víctima y tomando por base la utilidad o salario que perciba". Dichas cuotas imponían como indemnización, por la muerte de la víctima, el importe de 730 días de salario y un porcentaje inferior de dicha suma, por la pérdida de miembros, órganos, funciones o capacidades, que en todo caso totalizaba cantidades de dinero notoriamente insuficientes para producir una auténtica indemnización.

Por añadidura, la base de la cuantificación del resarcimiento no era el salario de la víctima porque la Ley fijaba un tope máximo, que originalmente fue de veinticinco pesos. En tal virtud, la muerte por hecho ilícito, de un brillante y prometedor científico que ganara cincuenta mil pesos mensuales de sueldo, era indemnizada sólo con 730 días del salario mínimo.

A partir del 23 de diciembre de 1975, cuando comenzó a regir la reforma al artículo 1915 del C.C., aumentó sensiblemente el monto de la indemnización, tomando "como base el cuádruplo del salario mínimo más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte, la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima".

El monto de la indemnización de las lesiones espirituales por lo general sólo podría llegar a alcanzar una tercera parte del valor de los daños económicos causados, y ello cuando el Juez consentía en acordar su reparación. En efecto, el artículo 1916 del C.C. facultaba a los jueces para decretar “una indemnización equitativa a título de reparación moral”, “en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, si aquélla muere”, reparación “que no podrá exceder de la tercera parte de lo que impone la responsabilidad civil”.

En anteriores ediciones criticamos el citado precepto, no sólo por el quebranto a la técnica jurídica manifestado en su impropia redacción cuando habla de una reparación moral (en vez de decir reparación del daño moral) “que no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil” por referirse al importe del daño económico, sino por la tibieza e indecisión observadas por el legislador en el tratamiento a los daños espirituales, al dejar al arbitrio judicial la posibilidad de su resarcimiento, limitarlo a los supuestos en que coexistiera con un daño económico y restringir su monto al máximo de una tercera parte del valor de éste, mismos principios que orientaban el sentido del artículo 2116 del Código Civil y que no alcanzaban al artículo 143, regulador de la indemnización del daño moral causado por la ruptura de los esponsales, que dejaba el resarcimiento al arbitrio judicial, con independencia de todo daño económico. Las reformas recientes a los artículos 1916 y 2116 dieron unidad al sistema y corrigieron sus deficiencias (supra No. 210).

El artículo 143 del C.C., que prevé la reparación de la lesión espiritual resultante de la ruptura de esponsales, consagra una regla mejor, dejando la cuantía de la reparación al prudente arbitrio judicial y estableciendo su independencia de todo daño patrimonial o económico.

Con anterioridad a la reforma legal aludida, se cuestionaba si el resarcimiento del daño moral alcanzaba al generado por la violación del contrato (responsabilidad contractual) o sólo procedía si era causado por hecho ilícito extracontractual (responsabilidad delictual o cuasidelictual). Ya Mazeaud apunta que idéntica cuestión se planteó en Francia "Apoyándose sobre una opinión que circulaba en el antiguo derecho francés, algunos autores han negado toda reparación del perjuicio moral al acreedor que demanda por el incumplimiento del contrato. Esa opinión parece abandonada actualmente por la doctrina. Algunos fallos se habían plegado a la misma, pero la Jurisprudencia no duda ya en reparar el daño moral en el ámbito contractual".

Tal solución se imponía con evidencia, pues no existía fundamento para negar la reparación del menoscabo espiritual como responsabilidad contractual, si ésta constituye también la secuela de un hecho ilícito, como la extracontractual, y por ello deben recibir idéntico tratamiento.

En cambio, estaba descontada la indemnización si el daño tenía por fuente el riesgo creado.

El nuevo artículo 1916, como antes dijimos (supra 210) disipa las ambigüedades y corrige los defectos al prevenir que el daño moral debe ser reparado, así provenga de hecho ilícito (responsabilidad extracontractual o contractual) como si se origina por un riesgo creado (responsabilidad objetiva). (8)

1.3.2 La Responsabilidad Penal

Alvaro Bunster respecto a la responsabilidad penal nos explica lo siguiente:

Deber jurídico de sufrir la pena, que recae sobre quien ha cometido un delito, esto es, una acción u omisión típica, antijurídica y culpable.

“Durante largo tiempo la expresión responsabilidad fue también utilizada en el sentido hoy acordado en derecho penal a la expresión ‘imputabilidad’, y se tuvo por ‘responsable’ a quien era capaz de responder de sus actos por haber alcanzado madurez mental y gozar de salud mental. Es manifiesto, sin embargo, que esa capacidad es sólo uno de los extremos en que reposa la responsabilidad penal por el acto típico y antijurídico cometido. El elenco de las causas excluyentes de responsabilidad criminal consagrado por la ley comprende, precisamente, las situaciones en que falta alguno de los extremos de diversa índole que son necesarios para que pueda nacer el deber jurídico de sufrir la sanción, aparejada por la ley a la violación de sus propios preceptos.

(8) Bejarano Sánchez, Op. Cit. Pág. 262 a 269.

“El derecho penal moderno ha erradicado la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero hecho. Hoy es menester, para que surja la responsabilidad penal, que el hecho típico y antijurídico haya sido cometido con dolo o culpa, a los menos, y que su autor pueda ser tenido por culpable de él.

La máxima nulla poena sine culpa significa tanto la exclusión de la responsabilidad por el acaso como la de la responsabilidad sin culpabilidad, en el sentido más moderno de esta expresión. El derecho penal mexicano no conoce formas de responsabilidad estrictamente objetiva ni de responsabilidad calificada por el resultado. La interpretación sistemática de sus disposiciones debe conducir, por otra parte, a desconocer en su base la concepción ferriana de la llamada responsabilidad social, vale decir, la que emanaría del solo hecho de vivir en sociedad y mientras se viva en ella.

La responsabilidad penal nace exclusivamente para quien ha cometido el delito, entendiéndose por tal a quien ha cabido en alguna de las formas de intervención punible previstas por la ley. En otras palabras, la responsabilidad penal, a diferencia de otras formas de responsabilidad jurídica, no trasciende a otras personas. Por ello, la muerte del delincuente extingue la acción penal y la pena impuesta. No contradice esta afirmación la reserva hecha por la ley respecto de la reparación del daño, pues a ella no quedan obligados los herederos en cuanto criminalmente responsable, sino en cuanto civilmente responsable.” (9)

(9) Bunster Alvaro. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México 1992, 5a. edición, P-Z, pág. 1842.

Para Ignacio Villalobos ni la imputabilidad es capacidad de obrar con discernimiento y voluntad, y capacidad de ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culpablemente, su corolario inmediato es la responsabilidad como obligación de sufrir las consecuencias jurídicas de los propios actos.

“El delincuente normal a quien se ha conminado públicamente con una pena y a pesar de ello incurre en la infracción prohibida es responsable.

“Con una pequeña desviación y tomando el asunto en un aspecto mas bien procesal, se dice quien ha ejecutado un acto típico penal debe responder ante los tribunales.

“Se usa el termino de responsabilidad para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente antijurídico si obro culpablemente; así los fallos judiciales suelen concluir con esa declaración, teniendo al acusado como penalmente responsable del delito que motivo el proceso y señalando la pena que debe sufrir.

La responsabilidad penal es una relación entre el sujeto y el estado, relación esta última que puede tomarse en tres momentos: el relativo a la imputabilidad que es solo capacidad o potencialidad, y entonces significa también obligación abstracta o general de dar cuenta de los propios actos y de sufrir sus consecuencias; el que se refiere a la materia procesal que deriva de la ejecución de un acto típico y somete al juicio respectivo; y el correspondiente a

BIBLIOTECA CENTRAL

la culpabilidad que como forma de actuación significa ya un lazo jurídico real y concreto entre él que ha delinquido y el estado.”(10)

El maestro Fernando Castellanos Tena nos dice:

“La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores al tiempo de la acción, del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley del estado; pero solo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho están obligados previa sentencia firme a responder de él. La responsabilidad resulta, entonces, una relación entre el sujeto y el estado según la cual este declara que aquel obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley a su conducta”. (11)

“Desde el punto de vista procesal, existe probable responsabilidad cuando haya elementos suficientes para suponer que una persona pudo haber tomado parte de alguna manera en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico antijurídico y culpable”. (12)

-
- (10) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1990, 5a. edición, P-Z, pág. 288 y 289.
- (11) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México 1992, 5a. edición, P-Z, pág. 219.
- (12) Colin Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. México 1995, 15a. edición P.386.

CAPITULO 2.

LA IATROGENIA

2.1 CONCEPTO ETIMOLOGICO

Uno de los primeros niveles de concreción del tema es sin duda, el referente a la etimología de la expresión yatrogenia o iatrogenia, lo que nos remite a la lingüística y a su dimensión esencial en el conocimiento humano. Uno de los más famosos integrantes del "Círculo de Viena". Ludwing Wittgenstein, (1) decía que lo que no podía expresarse bien, no debía de ser dicho. En otras palabras, en cualquier tema la claridad de dicción es básica para la comprensión y el entendimiento del mismo, y el fundamento de ambos reside en desentrañar el origen de los vocablos.

En el fondo, el análisis lingüístico, la penetración lógica en el origen de una expresión nos permite adentrarnos en los difíciles vericuetos, que terminan por conducir al auténtico sentido de las cosas. Esto que es rigurosamente cierto en cualquier análisis de conceptos, lo es más cuando nos acercamos a una problemática compleja y ambigua como la que nos ocupa. Sin embargo a las palabras hay que proporcionarles su correspondiente contenido semántico para precisar -con la mayor claridad posible- su significación.

(1) Ludwin Wittgenstein. *Tractatus Logicus-Philosophicus*, trad. de Tierno Galván. Alianza Editorial, Madrid, 1973, *passim*. p. 17 y 18.

BIBLIOTECA CENTRAL

Esto es muy cierto en todos los ámbitos de las actividades humanas pero lo es más aún cuando penetramos, o tratamos de hacerlo, en el campo científico, lo que obliga a determinar con claridad las relaciones entre lengua y pensamiento.(2) ¿ Porqué tanto rodeo, antes de ir derecho a la cuestión que nos preocupa? Por una razón muy sencilla, porque no quiero perderlos en el bosque del metalenguaje y olvidar lo verdaderamente esencial que es el lenguaje-objeto. Más claramente, porque la lingüística a utilizar no debe alejarnos del objeto de conocimiento de la misma.

La yatrogenia, que denota su origen griego, vendría siendo algo así como la derivación de varios vocablos helénicos: por un lado, médico; por el otro curación; y finalmente génesis, generación, origen.(3) La derivación estrictamente etimológica conduciría a una significación que vendría a empañar, más que a aclarar, el manejo del vocablo en el concreto campo de la ciencia médica. Aquí, por consiguiente, penetramos en el segundo nivel, es decir, el nivel científico.

(2) Georges Mounin, *Lingüística y filosofía*, trad de Gabriel Ter-Sakarian, De. Gredos, Madrid, 1978, p.146

(3) Agustín Mateos Muñoz, *Etimologías grecolatinas del español*. Ed. Esfinge, México, 1990. PP. 192 y 298

En lo anterior, se advierte la discordancia entre la nomenclatura científica y el origen etimológico de la palabra. De ahí que la lingüística unifica, en cierta medida, la investigación científica, puesto que tiene relación con problemas fundamentales de las ciencias, de tal manera que toda investigación científica se ve afectada, una vez más y otras menos, por las funciones y particularidades del medio con que los preliminares, las conclusiones y las descripciones de carácter científico deben, necesariamente, ser expresados. (4)

No quiero jugar con las palabras, lo que pretendo es sintetizar lo más posible la ubicación temática para, posteriormente, manejar los aspectos de las responsabilidades con la mayor claridad posible. En nuestro mundo, en este final del siglo XX, la comunicación desempeña un papel decisivo en el entendimiento de los problemas, y -gracias al progreso técnico- ha conseguido penetrar en todos los ámbitos sociales y facilitar- con ello- la difusión de ciertos conocimientos y términos antes reservados a las élites de profesionales.

Conviene advertir que la iatrogenia se latiniza y la y se convierte en i romana, y su consecuencia es la expresión latina ya romanceada, es decir, vertida al idioma español y concretada en la palabra iatrogenia. En esta tesisura, hace su aparición el iatrogénico, que literalmente se refiere "a toda alteración del estado del paciente producida por el médico"(5). En suma, el paciente, que ya está enfermo, si no, no sería paciente, resulta agravado por la actividad del médico.

-
- (4) Beril Malmberg, *Lingüística estructural y comunicación humana*, Trad. Rodón Binué, 1a. ed. Reimp. Ed. Gredos, Madrid, 1974, pp. 14-15.
- (5) *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 21a. ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1992, p. 842.

El término yatrogenia, o iatrogenia, fuera del argot médico, es relativamente poco conocido. No obstante, puede decirse que existen varias concepciones del mismo, con perfiles científicos muy claramente definidos.

De esta forma se dice:

- a) Que consiste en la enfermedad originada por el médico.
- b) Que reside en el daño inferido al paciente por el tratamiento médico.
- c) Que se trata de consecuencias malignas, dimanantes de acciones médicas que, por otra parte, y en aspectos distintos, tratan de beneficiar al enfermo.
- d) La ya clásica definición de Harrison que denomina yatrogénico o iatrogénico "al efecto indeseable que puede evitarse si el médico es más cuidadoso y prudente y tiene mayores conocimientos".

2.2 CONCEPTO MEDICO.

Convendría retener las nociones señaladas, y muy especialmente la última de Harrison, porque van a adquirir un protagonismo de primer rango al enfrentar los problemas jurídicos derivados de la responsabilidad profesional. Si se tuviera que señalar un denominador común en las concentraciones anteriores, éste sería el relativo a la circunstancia de que no se trataría de un daño deliberado. Pero aquí entra en juego la eticidad en relación con el ejercicio de la actividad profesional de los médicos.

Sintetizando, podría considerarse que existen tres aspectos de la actividad médica como originadores de estas perturbaciones o problemas adicionales:

- 1) Los medicamentos o fármacos recomendados por el médico, que pueden ser contraindicados y dar lugar a daños en otras áreas u órganos del paciente.
- 2) La actividad quirúrgica y la utilización inadecuada en medios o instrumental médico.
- 3) Que es muy frecuente "y de aquí nuestra anterior alusión a la eticidad", la relación médico-paciente, que muchas veces se convierte por parte del profesional en un diktat, en la que se minimiza al enfermo y se desprecia, o cuando menos, se menosprecia la información que éste puede proporcionar. (6)

(6) Diccionario enciclopédico de educación especial, 3a. Reimp. Editorial Diagonal Santillana, México, 1990, vol. III, p. 1123.

BIBLIOTECA CENTRAL

¿En qué consiste la ética? La mayoría de las veces la ética, como tal vocablo, se utiliza con poca o ninguna precisión, no sólo técnica sino incluso jurídica. Los principios éticos del derecho tienen que establecerse a priori; es decir, con completa independencia de los conocimientos experimentales acerca de la realidad.(7) En otras palabras, esos principios fundamentales constituyen auténticos valores *per se*, de tal manera que tiene validez, y personalmente creo que vigencia, incluso cuando pueda darse el caso de que se opongan a ellos los juicios y valoraciones prevaletentes, en un sistema jurídico o en una sociedad determinados en los que éstos se apliquen.

Y no es que los principios generales puedan confundirse con las conductas éticas, ya que "conceptualmente hablando", al menos, cabe una distinción entre ellos, sino que los principios generales, al tener su traducción en el Derecho positivo, establecen unas normas claras de comportamiento, que en el caso que nos ocupa se refiere a los médicos, las cuales, por imperativo legal, se convierten en exigencias jurídicas ineludibles. Estamos, pues, entrando en el difícil y complejo terreno de la responsabilidad profesional.

(7) José María Rodríguez Paniagua, *Derecho y ética*, ed. Tecnos, Madrid, 1977, pp. 14 y 15.

BIBLIOTECA GENERAL

Para la ciencia moderna teórica -teoría del conocimiento y metodología de las ciencias-; es un hecho comprobado que el pensar científico se encuentra determinado por concepciones a las que se aferra consciente o inconscientemente. De ahí que es deber del científico aclarar su posición, en primer lugar, mediante un análisis crítico sobre sus propias concepciones fundamentales y someterlas después a una verificación que no deje lugar a dudas.(8)

Refiriéndome a comportamientos éticos, y más precisamente a las conductas éticas de los profesionales de la medicina en relación con la yatrogenia, convendría deslindar dos campos cobijadores de distintas nociones del hombre y, por consiguiente, de todos los problemas médicos relacionados con él.

Por un lado, tenemos la teoría tradicional del derecho natural. Esta teoría ha tomado de la antropología empírica, que examina críticamente y jerarquiza de manera sistemática los datos de la experiencia de la realidad humana, dos nociones fundamentales: en primer lugar, ha constatado que siendo el hombre poseedor de un cuerpo y, por tanto, un ser cercado al reino animal, constituye un género único en sentido zoológico, por la sencilla razón de que todas las razas humanas son susceptibles de mestizajes ilimitados.

(8) Johannes Messener, *Ética social política y económica a la luz del derecho natural*. Trad. de Barrios Sevilla, Rodríguez Paniagua y Enrique Díez, Ediciones Rialp. 1967, PP. 16 y ss.

La segunda noción "con relación a las líneas anteriores", que la teoría tradicional toma de la antropología empírica es que el hombre es un ser racional, es decir, dotado de razón. Es el homo faber el único ser viviente fabricante de utensilios, gracias, precisamente, a su capacidad de comprender, mediante la generalización, la relación entre causa y efecto. Es también el único ser que tiene la capacidad de determinar su conducta conscientemente. Su capacidad de conocimiento y autodeterminación lo distinguen "esencialmente" del mundo animal en su calidad de animal rationale, en otras palabras, de homo sapiens. (9)

Aparentemente, pudiera pensarse que lo que digo se encuentra muy alejado de la temática, pero mi propósito es desentrañar "antes de penetrar en lo estrictamente jurídico" las razones de las responsabilidades. En estas condiciones, la teoría tradicional del derecho natural utiliza los resultados obtenidos para poder afirmar que la naturaleza del hombre se encuentra condicionada por su cuerpo y por su espíritu, inteligencia o alma, todo lo cual desemboca en el hecho, muy hermoso, de que la medicina busca fines tan nobles, tan estrechamente enlazados a los derechos inalienables de la vida, que bien puede permitirse momentos de reflexión crítica que no disminuyen su grandeza científica y profesional.

(9) *Ibidem.*

BIBLIOTECA CENTRAL

En el otro lado, a la idea del hombre, patrocinada por el jusnaturalismo, se opone la concepción naturalista con sus distintas manifestaciones. Todas ellas tienen un denominador común consistente en: 1) La convicción de que el hombre es un ser "natural", o sea, que ve restringida la significación de su existencia a la duración de la vida. 2) La creencia en la existencia única de la realidad que puede ser objeto de experimentación. 3) La negación a toda manifestación de la fe sobrenatural.

Dentro de este humanismo naturalista cabe destacar algunas de sus variantes:

1. El humanismo racionalista y su antropología, fundamental en el pensamiento naturalista, el cual se apoya en tres principios; el primero consistente en la fe en el poder ilimitado de la razón humana para entender y configurar al mundo, que ha terminado por ser una creencia de que la ciencia dispone de un poder absoluto. En segundo lugar, su creencia en la bondad absoluta del hombre, debido a su naturaleza racional. Y, finalmente, la fe en la "ley del progreso", indefinido, en todos los ámbitos de los valores humanos y culturales.

2. El humanismo científico que, al elaborar su visión del hombre y de la sociedad, pretende fundamentarse exclusivamente en las ciencias naturales y en aquellas ciencias humanas que utilizan la metodología de las ciencias naturales biología, psicología, sociología y etnología, etcétera. Que solamente acepta los

resultados del conocimiento empírico. En otras palabras, se trata de un cientificismo, que supone una concepción del mundo basada en las ciencias naturales, el cual tiene diversas ramificaciones, según la distinta mezcla de elementos pertenecientes a diversas teorías científicas sobre la naturaleza del hombre de ahí el evolucionismo biológico, el psicoanálisis, el utilitarismo pragmático, el positivismo lógico y el determinismo económico social.

3. El humanismo del materialismo dialéctico que entiende, en forma sintética, que la materia, el cuerpo, es lo principal, y que la percepción, el pensamiento, la conciencia, no son sino los productos más elevados de la materia organizada en determinada forma.

Para terminar este primer apartado, y teniendo en cuenta lo expresado ut supra, conviene subrayar que los principios éticos, derivados sin duda del derecho natural, en el que el adjetivo natural se asume en su más plena acepción, no constituyen un orden abstracto, lejano, evanescente, de preceptos o de directrices, sino que se concretan en unos principios generales del Derecho completamente singulares y específicos, operativos en ámbitos problemáticos concretos, así como también convertidos en normas de derecho positivo, y no quedan perdidos en el azar, en la imprecisión, y mucho menos en la falta de formulación jurídica.(10)

(10) Eduardo García de Enterría, Prólogo al libro *Tópica y jurisprudencia de Teheodor Viehweg*, Ed. Taurus, Madrid, 1986. P. 16

2.3 CONCEPTO JURIDICO.

Entrando ya en el terreno concreto de la responsabilidad, hablare del complejo normativo integrado por las normas juridico-penales contenidas en los ordenamientos punitivos, las normas que dimanen de la Ley General de Salud, las normas contenidas en la Ley Reglamentaria del artículo 5o., Constitucional, más conocida como Ley de Profesiones, los códigos de ética médica, la enorme cantidad de disposiciones reglamentarias y los preceptos del derecho disciplinario referentes al concreto ámbito de la profesión médica.

Como no es posible, por razones obvias, adentrar en esta maraña normativa, es necesario referir las principales regulaciones de la manera más breve posible. Invertiendo deliberadamente el orden anterior, podemos hablar de que la ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 7 de febrero de 1984, que ha sufrido y sigue sufriendo numerosas modificaciones, contiene disposiciones relativas a medidas de seguridad, sanciones y delitos en su Título Decimotavo, de las cuales los artículos 402 al 415 se refieren a medidas de seguridad sanitaria; los artículos 416 al 454 se refieren a las sanciones administrativas, procedimiento y prescripción de las mismas; y los artículos 455 al 472 se refieren específicamente a los delitos. También conviene señalar lo dispuesto en el Título Décimo Cuarto, artículo 313 al 350, el cual contiene disposiciones referentes a la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

En cuanto a la Ley Reglamentaria del artículo 5o. Constitucional, reguladora de todo lo referente al ejercicio profesional, en su Capítulo VIII, artículos 61 al 73, ambos, inclusive, contemplan, concretamente en el artículo 61, el señalamiento de que los delitos cometidos por profesionistas en el ejercicio de su profesión, serán castigados por la autoridades competentes con arreglo al Código Penal. Asimismo, en el artículo 71 queda establecido que los profesionistas serán civilmente responsables de las contravenciones que cometan en el desempeño de trabajos profesionales, así como los auxiliares o empleados que estén bajo su inmediata dependencia y dirección siempre que no hubieran dado las instrucciones adecuadas o éstas hubieren sido la causa del daño. La referida Ley es del 26 de mayo de 1945, aunque ha recibido numerosísimas reformas, algunas de las cuales son del año de 1994.

Obviamente, los delitos que pudieran derivarse de actividades relacionadas con la yatrogenia tendrán la consideración de culposos. Ello nos remite, necesariamente, a la consideración del concepto de culpa, y hemos de señalar que el Código Penal en su artículo 9o. Párrafo 2o. (tras la reforma del 10 de enero de 1994, fecha en que se publica en el Diario Oficial de la Federación), establece que:

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

BIBLIOTECA CENTRAL

El concepto de culpa es uno de los más difíciles del ámbito penal, se trata de una teoría general que todavía está sujeta a fuertes discusiones, a tal punto que algunos autores denominan al delito culposo como delito involuntario, expresión completamente desafortunada, ya que la voluntariedad es una nota consustancial a las conductas humanas delictivas.

En términos generales puede decirse, como con gran agudeza señala el profesor Alemán Maurach, (11) que la noción de culpa supone el respeto a dos mandatos claros del Derecho Penal; uno, la prohibición de causar daño; y, el otro, la prohibición de ponernos en situación de causarlo, que es tanto como un auténtico deber de evitación. Más claramente: se nos prohíbe causar daño y se nos ordena evitar incidir en ocasiones de propiciar la causación del mismo.

¿Qué podríamos entender por culpa? La distinguida penalista mexicana, doctora Olga Islas, señala que “existe culpa cuando no se provee el cuidado posible y adecuado para no producir, o en su caso evitar, la lesión del bien jurídico, previsible y provisto, se haya o no provisto”.(12)

(11) Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, trad. De Córdoba Reda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962. t. II. Pp. 284 y ss.

(12) Olga Islas, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*. 3a. ed. Ed. Trillas, México, pp. 45 y 46.

De la anterior definición, la culpa queda integrada por cuatro elementos, a saber: la previsibilidad, que supone que el sujeto tiene la posibilidad de prever la lesión del bien jurídico, la previsibilidad, que comporta que el sujeto tiene la posibilidad de poner en juego el cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar la lesión del bien; la previsión, consistente en el hecho psíquico real de prever la lesión del bien; y la provisión, que en la efectiva puesta en juego del cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar, la lesión del bien.

Esta concepción encaja en la descripción del obrar culposo, establecida por el legislador en el párrafo segundo del artículo 9o., del Código Penal del Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. De los cuatro conceptos -señala la doctora Islas, y coincidimos plenamente con ella-, que el núcleo de la culpa reside en la no provisión del cuidado posible y adecuado.

En el caso de los yatrogénicos, entendiendo como tales a las personas enfermas por actividades del médico o provocadas por el tratamiento, conviene establecer nítidamente la causa de la enfermedad, ya que no todas las actividades serán importantes para el resultado, sólo nos interesarán aquellas que tengan relevancia jurídico-penal. Y la delimitación de la responsabilidad jurídico-penal relevante tendríamos que señalarla en virtud de la teoría de la adecuación que requiere que el resultado lesivo causado por el médico fuese, hasta cierto punto probable, al realizarse la acción en sentido amplio, para que ésta pueda contemplarse como causa del resultado.

La condición factorial ha de ser adecuada al resultado y sólo lo es aquella típicamente apropiada para producir el resultado. Esto requiere de la siguiente aclaración: la adecuación supone el encaje de la conducta (en nuestro caso, la conducta del médico), en la descripción típica del legislador y, además, en un orden fáctico, en la idoneidad de la misma para producir el resultado final. No en balde, el creador de la teoría de la adecuación no fue un jurista, sino un médico concretamente el fisiólogo de Friburgo, Johannes V. Kries.

No obstante, la teoría de la adecuación requiere de una precisión más, lo que importa es el fin tutelar de la norma vulnerada, que en este caso sería la protección a la salud del yatrogénico, idea que favorece la determinación del intervalo de punibilidad en los delitos culposos. Actualmente, la teoría de la adecuación es entendida como un método de delimitación del ámbito de la imputabilidad objetiva según el criterio de la probabilidad.⁽¹³⁾ Para no restringir en forma excesiva dicha parcela, se ha proporcionado a la fórmula de la adecuación una redacción negativa: "no ha de ser del todo improbable que la acción produzca el resultado".

(13) Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Mir Puig y Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, vol. I, pp. 386 y ss.

El juicio de probabilidad se refiere a la relación acción-resultado típico, en su versión negativa es suficiente para excluir las secuencias causales totalmente improbables, pero éstas constituyen casos relativamente raros. Han de tomarse como base las circunstancias conocidas o cognoscibles en el momento y en el lugar del hecho, ex ante. Como en sede de imputación objetiva, la cuestión reside en qué comportamiento resulta objetivamente correcto para la evitación del resultado; no puede ser suficiente el conocimiento, ni la posibilidad de conocimiento del autor.

El conocimiento causal del agente ha de completarse mediante las circunstancias que el "hombre prudente" hubiese tenido en cuenta en sus consideraciones, es lo que se denomina prognosis objetivo-posterior. Se habla de prognosis "posterior", porque es el juez quien se retrotrae al momento de la acción. Además del resultado, tampoco la forma de producción del curso causal puede resultar del todo improbable, pues la imputación objetiva únicamente está justificada cuando se realiza, en el resultado, el específico peligro inherente a la acción.

La distinción entre la causalidad y la cuestión de la responsabilidad jurídico-penal del autor por el resultado, constituye el punto de partida de la teoría de la relevancia. A diferencia de la teoría de la adecuación, la de la relevancia no pretende decidir cuáles sean las condiciones del resultado a las que se limita, en el caso concreto, la responsabilidad jurídico-penal, con base en un juicio de probabilidad, sino en cada caso conforme al sentido del tipo penal en

cuestión. Constituye, por tanto, un principio jurídico valorativo que no ofrece criterios materiales conforme a los cuales juzgar, en los distintos supuestos fácticos, la cuestión de la responsabilidad.

Las teorías de la adecuación y de la relevancia han sido progresivamente sustituidas por criterios de imputación más precisos, que permiten la exclusión de los casos en que, pese a la causación adecuada y a la relevancia típica de la acción, no parece tener justificación la imputación meramente objetiva.

El Código Penal del Distrito Federal regula lo relativo a la responsabilidad profesional en el Título Decimosegundo, concretamente en los artículos 228 al 232, aunque cabe hacer la aclaración de que tanto el artículo 231 como el 232 se refieren a los delitos cometidos por abogados, patronos y litigantes, que no pertenecen a la materia que nos ocupa.

El artículo 228 dice literalmente:

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

- a) Además de las sanciones fijadas para delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia.
- b) Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquellos.

El artículo 229 se aplicará también a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de un lesionado o enfermo, abandonen al mismo, en su tratamiento, sin causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad competente.

Finalmente, el artículo 230 se refiere a la punibilidad de conductas típicas de directores, encargados o administradores de centros de salud en caso de impedir la salida del paciente, retener sin necesidad a un recién nacido y retardar o negar la entrega de un cadáver. La misma responsabilidad se extiende a las agencias funerarias y a los farmacéuticos o dependientes que sustituyan una medicina por otra distinta de la recetada e inapropiada para los fines del tratamiento.

Como se ve, los preceptos penales se refieren a actividades relacionadas con el ejercicio profesional médico, pero tal vez no encajables conductualmente en los supuestos de la iatrogenia, aunque el artículo 228 salva esta situación al

establecer la responsabilidad por los delitos que se cometen. En definitiva, todas las disposiciones punitivas quedan sujetas al principio de legalidad, en virtud de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional.

Hecha esta alusión a la normativa jurídico-penal para mejor entendimiento y comprensión de la teoría de la imputación objetiva, pasamos a sintetizar su contenido. La dogmática jurídico-penal de corte moderno ha recepcionado las posiciones, ofrecidas por las teorías de la adecuación y de la relevancia, para la restricción de la responsabilidad jurídico-penal. El fundamento de la teoría de la imputación objetiva es la observación, deducida de la propia esencia de la norma jurídico-penal, que se encuentra también en la base de la teoría de la adecuación: sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana (en el sentido de la plurifactorialidad, propio de la teoría de la condición), cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha materializado en el resultado típico.

Cuando hablamos de acción, la hacemos en sentido amplio; es decir, refiriéndonos al actuar positivo, a la acción en estricto sentido, a la conducta positiva; y a la omisión, al no hacer, conducta negativa. En el campo de la iatrogenia, la responsabilidad profesional se bifurca en dos vertientes: una, la responsabilidad, penal, diríamos abrumadoramente culposa en la mayoría de los casos, aunque personalmente estimamos que pudiera ser también de dolo eventual, en el caso de que la conducta médica acepte, después de preverlo como posible, el resultado típico.

Otra, parte de la responsabilidad civil contractual que pueda contraer un médico, cuyos servicios hayan sido contratados por el paciente, es la responsabilidad civil extracontractual por daños causados en el ejercicio de su profesión.

Así (y aquí es evidente la relación con la yatrogenia), en la profesión médica, el incumplimiento o mal cumplimiento por parte del facultativo puede lesionar los derechos del paciente. En todos estos casos, puede exigirse responsabilidad civil extracontractual, basada en la falta de diligencia proporcional al riesgo implícito en el acto de que se trate.

De los dos tipos de responsabilidades, la civil y la penal, esta última queda más nítidamente perfilada dadas las exigencias ineludibles del principio de legalidad; por el contrario, la responsabilidad civil tiene un mayor ámbito de indeterminación, ya que se trata de una jurisdicción de otro tipo.

El concepto de mala práctica abarca no sólo a instituciones hospitalarias, sino también a médicos (y de ahí su relación con la yatrogenia), cuando el ejercicio profesional cuestionado no alcanza el nivel que cabe esperar de acuerdo con los modernos medios de comunicación y de enseñanza, y que llena las exigencias profesionales generalmente reconocidas por la profesión médica, o en su caso, por la actividad hospitalaria o clínica.

Para concluir este apartado, es necesario dejar perfilado-claramente- el concepto de responsabilidad extracontractual, señalando que se trata de aquellos hechos antijurídicos y culpables que, por ocasionar daño a una persona, el causante del daño se convierte en deudor de la perjudicada, debiéndola indemnizar mediante el pago de una suma de dinero que equivalga a la reparación del daño causado.

Como el hecho desencadenante de la obligación de indemnizar se produce por acto humano entre dos personas que no están ligadas por un contrato previo, se habla de responsabilidades extracontractual y, también, de responsabilidad aquilina.

El hecho generador de ésta se denomina acto ilícito civil y del mismo deriva el resultado dañoso.

En unos casos, dicho acto, que puede también consistir en una omisión, infringe directamente una disposición legal; pero aunque no infrinja alguna en concreto, el daño causado a otra persona por culpa o negligencia, infringe un principio general jurídico substancial: el causar daño a otro. Para la existencia de la responsabilidad civil extracontractual es preciso que, entre el acto ilícito civil y el daño causado, exista una relación de causa efecto. El agente puede haber actuado con negligencia culposa o con dolo, pero esto ya entra en el terreno de la responsabilidad penal ya comentada.

2.4 CAUSAS.

Establecidas en el apartado anterior las premisas ético jurídicas de la responsabilidad profesional, pasamos a tratarlas. Nos encontramos ante un problema muy complejo y con propuestas de solución muy variadas. Durante el Octavo Congreso Internacional de Medicina Interna, que tuvo lugar en Buenos Aires, en 1964, se estableció la premisa de que abordar con claridad la problemática de la yatrogenia, "no tenía por objetivo señalar responsabilidades, sino prevenir", con lo cual los asistentes proporcionaron una magnífica lección de tratamiento jurídico de la cuestión.

En el mencionado Congreso se afirmó, además que "se tiende a desdeñar como no científico al que habla de casos yatrogénicos". En este sentido, el acto más inocente es el que tiene lugar cuando la ciencia ignora que algo pueda ser nocivo. Por ejemplo, en tiempos anteriores hubo una época en que se estimó que, durante la fiebre tifoidea, debería someterse al enfermo a una dieta rigurosa, lo cual en vez de ayudarlo lo perjudicaba. Poco después, con el avance de la ciencia se advirtió el grave error, pero los médicos, que no estaban actualizados, incidieron en un acto yatrogénico de carácter culposo "por negligencia", al prescribir el equivocado tratamiento. La conclusión es fácil: la no actualización es un factor muy frecuente de la yatrogenia. Sin embargo, con arreglo a una constante causal reiterada en diversos congresos médicos, a lo anterior habría que agregar una amplia variedad de situaciones similares, así, entre otras, las siguientes:

- * Negligencia en la formulación del diagnóstico.
- * Incapacidad para aclarar con el paciente su dolencia o desdeñar la información que éste tenga posibilidad de proporcionar.
- * Recetar calmantes, evadiendo detectar el origen de la enfermedad.
- * Prescribir gran cantidad de medicamentos ("polifarmacia" o "escopetazo" en el argot médico), tratando de acertar con alguno de ellos.
- * Insuficientes conocimientos en el ámbito de la farmacología y, por consiguiente, eludir los posibles efectos secundarios de los medicamentos recetados.
- * No prevenir debidamente al paciente sobre la posible concurrencia de consecuencias no deseadas, que pudieran presentarse.

Se entiende que la anterior enumeración, tomada del texto a que me refiero, pudiera ser más extensa, pero considero que es ilustrativa, aunque no exhaustiva, respecto a situaciones que se presentan en la relación ordinaria médico-paciente, relación que, en cuanto al tema que nos ocupa, puede generar responsabilidades de orden penal o de carácter civil o patrimonial, todo ello con independencia de posibles sanciones administrativas o de lo que se denomina,

también, derecho disciplinario referido a sanciones dimanantes de preceptos de códigos de ética profesional o de colegios de profesionistas.

En contra de lo que pudiera creerse, la yatrogenia es inquietantemente frecuente, aunque no en cifras alarmantes si como fenómeno que convendría prevenir y, en su caso, atajar, ya que nos afecta a todos, incluidos los médicos. De este modo, en México, la Academia Nacional de Medicina integró un grupo de trabajo, compuesto por 17 médicos, que realizaron un simposio, una encuesta a todos los médicos de la República y una mesa redonda durante las Jornadas Médicas de la Academia (llevadas a cabo en San Luis Potosí en enero de 1977).

En dicho evento, el doctor Rubén Vasconcelos actuó como coordinador. La encuesta efectuada tuvo por objeto indagar, entre los profesionistas, si los casos de yatrogenia en México (naturalmente en esa época), eran frecuentes, escasos o raros. Las respuestas fueron las siguientes: frecuentes, 59%; escasos, 29%, y raros, 12%. La conclusión a la que se llegó fue que la yatrogenia "es frecuente y puede calificarse de grave...". Por otra parte, se ha señalado que "... hay estadísticas, pero todos están conscientes de la existencia de un gran volumen de daños iatrogénicos y por ello se justifica la creciente preocupación de las organizaciones médicas por corregir esa lamentable situación".

Por tanto, la yatrogenia no es solamente cosa de nuestra época, tan propicia a convulsiones y a la aparición de problemas inéditos, sino que es una cuestión que se viene arrastrando desde atrás, aunque ahora ha adquirido una dimensión mayor a la de antes, que justifica ampliamente la preocupación de todos, y que tal vez se haya acelerado como consecuencia del venturoso

progreso técnico de la medicina, progreso que, no obstante, como todo en la vida, tiene su precio y éste comienza a ser alto.

Si en 1973, Talley Laventurier señalaron que en los Estados Unidos ocurrían 140 000 muertes anuales de yatrogénicos, el desarrollo vertiginoso de la química y de la ciencia biomédica impartió mayor dinámica al proceso maligno, para desembocar en nuestros días con los avances de la medicina nuclear y el manejo biogénético que, muchas veces realizado con la mejor intención, ha venido a aumentar dramáticamente las cifras.

Y aquí conviene considerar, con respecto a lo que hemos hecho alusión en las últimas páginas del apartado anterior, cuando hablábamos de las dos concepciones del hombre: la correspondiente a la teoría tradicional del derecho natural y la referente a la concepción estrictamente naturalista del hombre con sus distintas variantes. De cualquier manera, en ocasiones el ser humano es manipulado simplemente como un ente de laboratorio científico con total menosprecio de su libertad, de su dignidad y de su propia vida.

La ciencia no es mal, antes, al contrario, es un inapreciable instrumento que el hombre tiene a su disposición para lograr el mayor bienestar posible, pero sólo para eso y no para otras cosas.

2.5 EFECTOS

El problema de los Derechos humanos, es un tema de enorme frecuencia en nuestra época. Por lo mismo se muestra recurrente en todos los aspectos de la vida social, y el tema que nos ocupa es especialmente indicado para ello. El hombre siempre fue, es y será -ante todo- una persona. Y le será siempre debido al reconocimiento de los derechos que le son inherentes por ser persona, es decir, por poseer una naturaleza humana.

De la anterior afirmación se desprende una serie de consecuencias:

- 1) En la doctrina de los Derechos Humanos, se encuentra subyacente una exigencia ideal;
- 2) La formulación y el reconocimiento de los Derechos Humanos, se postulan como universalmente válida;
- 3) Los Derechos Humanos son superiores y anteriores aún al propio Estado, y precisamente por eso, son inalienables e imprescriptibles; y
- 4) Los Derechos Humanos suponen una axiología valorativa en función del valor justicia, que no cede ante ninguna exigencia de orden social, económico o político.

Lo anterior amerita la formulación de dos interrogantes:

- a) ¿Son los Derechos Humanos de naturaleza más bien moral que jurídica; o pueden reconocerse pertrechados de juridicidad (aparte de su valor ético), y convertirse en exigibles en el concreto ámbito del derecho positivo?;
- b) ¿Dependen dichos derechos de su incardinación en determinadas circunstancias crónicas y tópicas del hombre, de su inserción en una sociedad política y de las valoraciones colectivas y, por consiguiente, pueden tener o dejar de tener valor en un proceso social determinado?.

Rotundamente pueden contestarse ambas preguntas señalando:

- 1) Que son perfectamente exigibles, de forma directa, mediante el ordenamiento jurídico positivo; y
- 2) Que su exigencia no depende de ninguna transitoriedad histórica, avance científico o deseos de la colectividad. El resultado de lo dicho, tiene como efecto la consideración de que los valores no se realizan automáticamente, que se respeten por su pura condición de tales valores. Para conseguir el cumplimiento de unos valores, es necesario

establecer instrumentos o dispositivos que propicien y hagan posibles su realización.

Todo lo anterior, puede ser muy variado conforme al tipo de valores de que se trate, y hallamos la máxima presión de coercitividad en la parcela jurídica, donde las normas disponen de controles variados e inflexibles, tales como legisladores, ejecutores y aplicadores, cuerpos policíacos, etc., y el control social de los mismos, en la parcela jurídica, tiene la característica de la imponibilidad inexorable, que no se doblega, ab initio, ante ninguna infracción, de cualquier tipo que ésta sea.

La ambigüedad de la expresión Derechos Humanos, complica en forma considerable, la cuestión. De este modo, los Derechos Humanos pueden significar derechos del hombre, derechos de la persona humana, derechos individuales, derechos naturales del hombre, derechos fundamentales del hombre y un largo y variado, etc.

Sin embargo, todas esas posibles equivalencias tienen un denominador común, y éste es que los Derechos Humanos tienen un titular, y ése es el hombre, un ser humano en particular.

La utilización de la palabra "hombre", en singular, cuando nos estamos refiriendo a sus derechos, tiene una alta significación que implica dos cosas:

- a). Que el hombre es titular de esos derechos por ser un individuo de la especie humana; y

- b). Que todo hombre y cada hombre titulariza esos derechos, que no son privilegios de pocos o de muchos, sino de todos y cada uno de los seres humanos.

Tienen tal trascendencia en la convivencia social que hay autores, como Rabossi, que consideran que no tienen necesidad de fundamentación filosófica, pues entiende que tal problema dejó de tener interés al formularse la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esta declaración expresa, positivamente, un acuerdo universal acerca de un ideal compartido por toda la humanidad. Y ese ideal consiste en avizorar un mundo en el que todos y cada uno de los seres humanos obtengan el gozo de la plenitud de sus potencialidades. Ese es o será un mundo justo.

En función de todo lo dicho hasta este instante -la noción de Derechos Humanos y su relación con los derechos naturales-, esta en condiciones de afirmar que su existencia es algo legitimado no sólo desde el punto de vista del derecho positivo, sino desde la perspectiva del derecho natural. Y se entiende por derecho natural, en el campo en que nos ocupa, los derechos correspondientes a la naturaleza humana, y esos derechos tendrán fundamento precisamente en esa naturaleza.

Como afirma el doctor Carpizo, los Derechos Humanos poseen una tendencia progresiva, y su protección, tanto en el ámbito nacional como internacional, se ve ampliando irreversiblemente, tanto en el referente al número y contenido de ellos como a la eficacia de su control. La complejidad del mundo

moderno ha reafirmado esa progresividad, y la parcela médica no podía permanecer ajena a tal progresividad.

Resulta curioso constatar que, junto al enorme avance científico en el campo de la medicina, se pudiera producir una situación de indefensión del paciente, que diera lugar al aumento de los casos yatrogénicos, precisamente cuando estamos en condiciones de superar muchísimas enfermedades que antes parecían cimas inalcanzables para la medicina.

¿Qué remedio podría haber para esta situación?

Ha sido precisamente los médicos quienes en sus numerosos congresos, dedicados a esta materia, han formulado algunas directrices para afrontar el inquietante problema. Entre otras, éstas serían las siguientes:

PRIMERO: Un mejoramiento de la relación médico-paciente con la finalidad de captar todos los aspectos de las enfermedades en tratamiento.

SEGUNDO: No funcionamiento del sistema de historia clínica de machote. Se requieren periodos de libre expresión y diálogo en contacto directo entre el paciente y su médico, con una observación minuciosa de las reacciones del enfermo, haciéndole llegar el interés del médico en el mismo, para despertar su confianza.

TERCERO: Abandonar la prepotencia y la vanidad de considerarse como un ser por encima de los demás.

- CUARTO:** Espíritu y ánimo investigativos, con la suficiente capacidad crítica para aceptar y corregir los errores propios.
- QUINTO:** No aceptar, indiscriminadamente, la propaganda de la industria farmacéutica sobre los productos fabricados por ella, en la cual algunas veces los fines comerciales preponderan sobre los científicos.
- SEXTO:** Otorgar mayor importancia, en las facultades de medicina, a los estudios de farmacología, orientándolos para un mejor conocimiento de los mecanismo de acción y los efectos secundarios derivados de los medicamentos, que liberen al médico de la excesiva confianza en la propaganda de los medicamentos.

A tales efectos, el profesor de la Universidad de Texas, en Dallas, doctor Andrés Goth, ha señalado que los estudios de farmacología en la práctica de la medicina y la creciente preocupación en torno a las reacciones adversas de muchos medicamentos aconsejarían la ampliación del tiempo dedicado por los médicos a su actualización a estos efectos y una mayor amplitud y calidad de los estudios farmacológicos en las facultades universitarias.

Frente a todo estos problemas, que inciden extraordinariamente en el campo de la yatrogenia, cabría considerar el respeto a los derechos fundamentales del ser humano, como una parte integrante del concepto más amplio de Derechos Humanos.

ESTE TESIS DEBE
SER DE LA BIBLIOTECA

Es un deber ineludible de todos los profesionistas, y creo que en el caso de los médicos estos se acrecienta con relación a la singular posición de garantía que los médicos tienen respecto de la salud de sus pacientes.

2.6 OPINION PERSONAL.

El derecho a la vida, el derecho a la integridad corporal, a la lucidez psíquica; a su dignidad, a su libertad, a su privacidad, en definitiva, a su mismidad, son bienes que, frecuentemente, depositamos en manos de los médicos, y respecto de los cuales ellos tienen una relación tan estrecha, directa y especial, que adquieren la muy noble y exigente calidad de garantes de los mismos.

Creo entender que la solución del problema de la yatrogenia y los enfermos yatrogénicos no se encuentra en un aumento del rigor punitivo, sino más bien en una adecuada política médica, basada en fundamento éticos, que tengan su reflejo en una normatividad no represiva sino preventiva.

Pero ocurre que esta tarea no puede ser exclusivamente encomendada a las autoridades, aunque ellas tengan un papel de primer orden en la misma; esa labor se extiende a toda la sociedad, y la sociedad somos todos, por lo que el éxito de la misma dependerá, -en muy alta medida- de la capacidad de colaboración de todos, y en ese todo los médicos tienen una parte importante.

Las leyes, por muy perfectas que sean, y muchas veces distan bastante de serlo, necesitan estar enraizadas en la realidad social a la que van destinadas. Una norma jurídica que alcanzará cuotas de alta perfección, jamás podría desempeñar su finalidad adecuadamente si no contara con el ineludible elemento de eficacia sociológica, de ahí que no creo que la regulación normativa solucionaria los problemas; es necesaria pero con el aditamento de una convicción social que la respalde y la haga efectiva.

De otra forma, se estaría escribiendo en el aire.

CAPITULO 3

ESTUDIO COMPARATIVO CON OTRAS LEGISLACIONES.

3.1. ARGENTINA.

La omisión o denegación de los cuidados médicos, sea ante el requerimiento del enfermo o de sus familiares, sea ante la vista del enfermo inconsciente, constituye, además de una grave falta ética, una conducta antijurídica, un comportamiento pasivo abusivo, sancionado por el artículo 1071 del Código Civil.

La obligación del profesional, en el ejercicio de su profesión de atender un llamado, debe ser la regla, ante su incumplimiento dañoso se impone la responsabilidad.

Las excepciones las constituirán las afecciones benignas o enfermedades de escasa trascendencia, siempre que haya en el lugar otro médico, sea particular o dependiente de un servicio público. Inexistencia de dificultades o peligros.

Se ha destacado desde el comienzo el interés público que está en juego en el ejercicio de la medicina y cómo la mala práctica puede comprometer el orden público social. Además de las omisiones ilegales, del Artículo 1074. "Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido".

La omisión del médico es particularmente grave por la misión social que debe cumplir y por el deber de prudencia que le impone el Artículo 902, en la responsabilidad contractual sólo se responde, como regla (artículo 520), por culpa o por dolo de las consecuencias inmediatas; debiendo demostrarse la malicia (artículo 521), intención perversa -para extender el deber de resarcir a las mediatas.- El tema de la privación de atención puede comprometer civilmente al médico a quien el enfermo requiere los cuidados, como el sanatorio u hospital en cuya "mesa de entradas" o "portería" se niega, por diversas razones, la atención al enfermo.

Para el hombre de derecho en el primer tratamiento el que desencadena la serie causal de consecuencia. La responsabilidad le compete, por tanto, a quien realizó aquella primera atención descuidada, negligente o inexperta. La segunda o siguiente pueden computarse cuando queda demostrada su importancia en el desenlace, como causas sobrevinientes y productoras de una agravación, sin cortar el nexo causal. Ocurre, por lo general, que estas atenciones encuentran al enfermo en malas condiciones de salud, cuando el proceso ya se ha desencadenado y es muy difícil volverlo atrás o corregirlo.

Que suele ser total cuando se trata de la elección por el enfermo entre un número limitado de médicos, adheridos a la mutual u obra social; en cambio, puede mediar ese conocimiento y trato anterior, cuando el enfermo tiene la posibilidad de elegir con libertad, entre todos los médicos del lugar.

3.2. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

No es posible silenciar que el derecho continúa, pese a las contramarchas -corsi e ricorsi- avanzando hacia metas de progreso o mejoramiento, de una mayor justicia, unas más acertada distribución de lo suyo de cada uno. Y ese avance es notorio en el terreno de la responsabilidad civil.

Es indudable que el número de litigios ha aumentado considerablemente. En estos veinte últimos años, más de cincuenta pleitos por responsabilidad médica. El fenómeno no es exclusivamente argentino; en general. En los Estados Unidos, por ejemplo, ocurre lo mismo. Sólo en Nueva York, las demandas que en 1970 eran 564, en 1978 ascendieron a 1,200. (1)

En los Estados Unidos de América hipótesis semejantes pueden dar pie a la aplicación de la teoría de la res ipsa loquitur o de la cosa que habla por sí misma.

La regla es la necesidad de la consulta y ante su no provocación, seguida de la producción o agravación de los daños, surge la responsabilidad civil. (2)

(1) Ríos, Ricardo. Responsabilidad Civil del Médico. Ediar. Buenos Aires, Argentina, 1984. P. 422.

(2) Ibidem. p. 423.

Se lo cataloga, al res ipsa loquitur, como "parte del derecho de evidencia circunstancial," y se aplica: a) cuando no hay evidencia acerca de cómo o por qué ocurrió el suceso desgraciado; b) se sabe que no hubiera acontecido de no mediar negligencia, y c) se demuestra que el médico estuvo atendiendo al paciente personalmente o por un médico delegado.

"Se considera que el médico debe poseer el caudal de preparación que comúnmente tienen los de su profesión, es decir, que le incumbe emplear los ordinarios cuidados, pericia y diligencia que guardan los médicos y cirujanos de la misma localidad en casos iguales".

Las reglas generales extraídas de las soluciones jurisprudenciales son: "1º) Los jueces no pueden pronunciarse en litigios sobre puntos dudosos de la ciencia médica; la culpa comienza donde terminan las discusiones científicas. 2º) El error de diagnóstico no es imputable si se han tomado todas las medidas para evitarlo y no se ha puesto de manifiesto una ignorancia de la materia. 3º). No debe exigirse del médico más de lo que puede exigirse del promedio de médicos, salvo si se tratara de un especialista. 4º) El tratamiento debe adecuarse a la enfermedad y al estado fisiológico del enfermo. Debe existir una proporción entre la afección a curar y los riesgos inherentes al tratamiento. 5º) Deben hacerse conocer al enfermo -o a sus familiares más allegados- los riesgos de la operación".

La cuestión es mucho más grave en los Estados Unidos, ya que la sentencia la dicta un "jurado" compuesto por hombres y mujeres "del pueblo", sin conocimientos ni de medicina, ni de derecho, cuya convicción puede formarse irracionalmente sea por razones de simpatía o antipatía, sea por la impresión causada por una buena exposición de un testigo o perito médico, sea por el alegato del abogado acusador o del defensor. La colocación del juez en el centro del escenario jurídico, que nosotros proponemos siguiendo a Carnelutti, y el conocimiento lo más acabado posible que dicho juez debe tener de las circunstancias del caso -y no meramente de aquello que las partes le muestran-, apelando incluso a medidas para mejor proveer, nos permiten confiar en la decisión de los jueces comunes o jueces de derecho. Incluso confiar en su capacidad para analizar críticamente la pericia médica y si la encuentra infundada apartarse de ella, dando razones de su actitud.

3.3. ITALIA.

La denegación de asistencia se califica culposa cuando concurren las circunstancias de urgencia del peligro y de imposibilidad o hasta de mera dificultad de recurrir a otro facultativo. Se reconoce la libertad de denegación cuando existe posibilidad de diversas asistencia; afirmando la obligación de atender al requerimiento, sólo cuando sea imposible la asistencia de otros profesionales.

La ley 17.132, en su art. 19, inc. 2º, impone al médico la obligación de asistir al enfermo, "cuando la gravedad del estado así lo exija". Ocurre que esta "gravedad" no se relaciona fatalmente con el riesgo de vida; puede tratarse de una lastimadura en un dedo y surgir de ella gravedad para la salud, en mérito a las circunstancias del caso.

Sentencias, incluso posteriores, han destacado con todo acierto que, si bien la obligación del médico es "de medios", está obligado "a poner de su parte los medios razonablemente necesarios para llegar a un resultado, a tomar ciertas medidas, a observar conductas o comportamientos que normalmente conducen a un resultado determinado o previsto..."

La jurisprudencia italiana gira sobre la fórmula "problemas técnicos de especial dificultad", pues frente a ellos sólo es responsable en casos de dolo o de culpa grave, art. 2236. Para De Cupis (IL danno, 1946, p.90, nota 84) las cuestiones relativas al diagnóstico, pronóstico y a la elección del método curativo suscitan problemas técnicos de especial dificultad. Por el contrario, son de aplicación las normas comunes, que hacen al médico responsable de "toda culpa", en casos de olvido de una pinza en el vientre del operado, mala técnica en la puesta de una inyección o equivocación al escribir el nombre de un remedio en una receta.

3.4 ALEMANIA.

La excusabilidad proviene, para la tesis tradicional, de la posibilidad de errar aun obrando con diligencia, en virtud del estado de evolución de la ciencia médica y de su carácter conjetural.

3.5 INGLATERRA.

Para la doctrina del common law, extractada de las decisiones judiciales, el médico puede defenderse de la acusación de negligencia demostrando: a) que su actuación se ha ceñido a las "prácticas aprobadas" (approved practice); b) que su actuación ha obedecido a un razonable y honesto "error de juzgamiento", en cuestiones opinables; c) que el resultado se ha producido por culpa imputable al propio paciente.

3.6 FRANCIA.

En Francia es la "Charte médicale". En la ley 17.132 el control queda a cargo de la Secretaría de Estado de Salud Pública. En el orden local es corriente que las sanciones, por faltas éticas o gremiales, sean impuestas por los colegios profesionales, con apelación ante la justicia ordinaria.

CAPITULO 4.

ADICION DEL MARCO JURIDICO EN LA LEY GENERAL DE SALUD.

Los servicios de salud serán, sin duda, de las áreas que se verán transformadas por la apertura comercial que actualmente vive nuestro país.

En la medida en que mejore el ingreso, el empleo y el acceso a los satisfactores, cambiarán los perfiles epidemiológicos, el aumento en la demanda del servicio médico, así como las exigencias en torno a la calidad y eficiencia de quienes los prestan. Estas circunstancias, afectarán profundamente, sin duda, la configuración y operación del Sistema Nacional de Salud.

En el caso mexicano, la Ley General de Salud es la que regula y organiza el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, instancia responsable de armonizar los programas y servicios de salud que realizan las dependencias y entidades, de la administración pública, tanto federales como estatales, así como los de las personas físicas o morales de los sectores social y privado, con el fin de hacer efectivo el derecho a la protección de la salud consagrado en el artículo 4o., constitucional. Por otra parte, con relación al ejercicio de la profesión, son la ley General de Profesiones, reglamentaria del artículo 5o., constitucional y el propio Código Penal, los cuerpos normativos que reglamentan el ejercicio de la práctica médica.

En esta lógica, el perfil del sector profesional de los servicios médicos se vislumbra como un área de grandes retos y transformaciones, razón por la cual, en esta ocasión, el tema relacionado con la responsabilidad profesional del médico y los Derechos Humanos constituye nuestro punto de interés y reflexión.

Todo hecho y acto del ser humano implica un vínculo -obligación- y una responsabilidad, lo que trae como consecuencia el surgimiento de un deber de reparación en el supuesto de haber cometido una falta; de acuerdo con esta lógica, la norma jurídica esclarece el principio moral que prohíbe causar daño a otro; la noción de obligación, institución concebida como el vínculo jurídico por el cual una persona es conminada a realizar una determinada prestación. Por su parte, la responsabilidad implica la aceptación de las consecuencias de un acto realizado con capacidad, con voluntad y dentro de un marco de libertad.

En términos generales, los elementos de la responsabilidad son, en primer lugar, el tipo de conducta y la antijuricidad, para que pueda argumentarse que la responsabilidad existe, debe hacer una acción u omisión, voluntaria o involuntaria, que produzca como consecuencia un daño. El carácter involuntario de la acción no anula el deber de responder, ya que, aunque el sujeto no hubiera querido realizar ciertos actos, o aún queriéndolo, no hubiera previsto consecuencias, esta situación no lo exime de la reparación de los daños ocasionados.

En resumen, podemos decir que la responsabilidad implica un deber de conducta que consiste en reparar el daño causado, sin importar la vía generadora de la relación, ya sea directa entre las partes y consecuencia del incumplimiento de una obligación anterior, o bien sin vínculo previo.

La responsabilidad profesional es un capítulo de la teoría general de la responsabilidad sujeta a las normas generales de la misma, y puede tomar, como sabemos, las vías civil y penal en su exigencia y seguimiento.

En gran parte de los países de la cultura occidental, la responsabilidad médica constituye un capítulo de la responsabilidad profesional y, de igual manera, está sometida a los principios generales de la institución, la responsabilidad médica implica la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión. En otras palabras, el médico que en el curso del tratamiento ocasiona, por su culpa, un perjuicio al paciente, debe repararlo y tal responsabilidad tiene su presupuesto en los principios generales de la responsabilidad, según los cuales todo hecho o acto realizado con discernimiento, intención y libertad genera obligaciones para su autor en la medida en que provoque un daño a otra persona.

Ahora bien, ¿qué sucede en México con relación a la responsabilidad profesional de los médicos? ¿Cuáles son las instancias en donde se lleva a cabo el ejercicio de la medicina?

Tal como lo mencionamos anteriormente, el Sistema Nacional de Salud presta sus servicios tanto en establecimientos públicos como privados. A los primeros los conforman, por un lado, las instituciones para la atención a la población no asegurada, como la Secretaría de Salud, los Institutos Nacionales de Salud, el Programa IMSS-Solidaridad, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia y los servicios de salud del Departamento del Distrito Federal; y, a los segundos, las instituciones que atienden a la población asegurada, como el Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado, los seguros estatales de algunas Entidades Federativas, el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y otros servicios médicos. A su vez, el sector privado está formado por un cuerpo heterogéneo de personas físicas y morales dentro del cual encontramos a la medicina tradicional, las terapias alternativas, la atención ambulatoria, los hospitales y los seguros médicos privados.

En México, la regulación y vigilancia de las unidades de atención de la salud por parte del gobierno tiene sólo un carácter formal, ya que, siendo la Dirección General de Profesiones la instancia encargada de registrar los títulos universitarios, se afirma que en ella se ha delegado el licenciamiento de los centros de educación superior, lo que provoca estándares de preparación profesional muy heterodoxos. La poca formalidad en el proceso de normalización y certificación ha permitido la proliferación de un sector privado disperso y de calidad muy heterogénea; esta diferencia en la preparación y en la calidad conduce frecuentemente a deficiencias en la prestación de los servicios de asistencia médica.

Como anteriormente lo mencionamos, el ejercicio de la medicina como profesión es regulado por la ley reglamentaria del artículo 5o., constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal.

De hecho, todas las reflexiones jurídicas, sociales o económicas contemporáneas acaban por invocar la "utopía" o la vieja razón de ser del Estado: la protección de la persona, ahora desde la óptica de los Derechos Humanos.

4.1. EXPOSICION DE MOTIVOS

La literatura argentina nos explica muy claramente la necesidad de adicionar un marco jurídico en la Ley General de Salud que regule la responsabilidad profesional del médico en cuanto a las iatrogenias.

a) El valor de la vida humana y de la salud: Los tiempos actuales han revalorizado la vida humana, la integridad física, la salud. Y no solamente en cuanto significa perderla o conservarla -o sea, el daño que importa la muerte anticipada sino también en otros aspectos, que aparecen cuando se declara resarcible el daño "a la vida de relación", el "daño estético", el perjuicio por lesión a las facultades culturales, artísticas, deportivas, comunitarias, religiosas, sexuales, etcétera. La persona humana aparece realizada en su integridad, en su multiforme actividad. ¿ Y qué decir de la importancia adquirida, desde el punto de vista jurídico, de su protección, por los sentimientos, las afecciones legítimas, la tranquilidad interior, el sosiego, la intimidad o reserva? El derecho tiende a

compensar todo "dolor" injustamente inferido a la persona, toda desazón, molestia o inquietud.

Y esta tendencia a realzar la vida humana en todas sus implicancias, potencias o posibilidades -tan alejada de los tiempos "en que se vivía guerreando", en los cuales el hombre común era "carne de cañón", en los que un determinismo absoluto conducía al abandono, al sometimiento a las circunstancias, al destino, sin protestas ni reacciones- conlleva al reconocimiento por el orden jurídico de los bienes mencionados -vida, salud, integridad física, goce de aptitudes, belleza, tranquilidad, intimidad- como merecedores de tutela, de protección, como verdaderos derechos subjetivos.

Y la lesión a tales derechos subjetivos trae aparejado un daño susceptible de ser estimado en dinero. Y el hombre actual acostumbrado a "pensar en dinero", traduce con facilidad sus daños a pesos. Y los reclama a modo de compensación de su incapacidad, de las dependencias a que lo ha conducido la mala práctica médica, de los sufrimientos soportados en el tratamiento fracasado, en la intervención quirúrgica inútil.

b) La protección del consumidor: El Estado moderno está muy preocupado por la protección del consumidor -ello es propio de una sociedad de consumo- y el enfermo consume bienes y servicios: los remedios que elabora la farmacopea y la atención médica.

El enfermo, por lo demás la parte débil o "pequeña" en la relación médico-paciente".(1)

Como contrapartida, se ha difundido en la sociedad de consumo el seguro por responsabilidad civil; la persona, en nuestro tema el médico, a quien incumbe la obligación eventual de reparación, se asegura contra la acción del tercero, el paciente. En los Estados Unidos este seguro tiene una difusión enorme y un costo altísimo. Una estadística difundida por el CMA Journal, en junio de 1978, señalaba que en los diez últimos años el costo de él es equivalente, para cada médico asegurado, a una cuarta parte de su ganancia anual. Es decir que este alto porcentaje de los honorarios percibidos durante todo el año tiene como destino cubrir el riesgo de una eventual demanda por resarcimiento de daños. Y es indudable que el costo de la prima guarda relación con el monto de las condenas ya mencionado por nosotros. Sobre cada 23 segundos en 1969 sólo uno era demandado y condenado; en 1978 la proporción se elevó a uno de cada diez (la estadística fue publicada por la St. Pul Fire and Marine Insurance Co.) (2)

(1) Mosset Jorge. Responsabilidad Civil del Médico. EDIAR. Buenos Aires, Argentina, 1988. p. 136 y 137.

(2) *Ibidem*. p. 138 y 139.

Como es de imaginar, un estado así de cosas ha provocado una gran conmoción entre los médicos, y producido movimientos, paros, etcétera. Muchos Médicos, afirma la publicación recordada, abandonan los grandes centros urbanos, en los cuales la medicina es "más agresiva", la relación médico-paciente menos personal o amistosa, para trasladarse a los centros pequeños o al ámbito rural, en los que son menos comunes tales acciones.

c) La inquietud por la relación causal: El enfermo que ha sido atendido, sin éxito, por un médico, sin lograr curarse, no "baja el telón" sobre el asunto. El conformismo de otros tiempos ha pasado. El hombre de hoy se afana por conocer las razones de su permanencia en el mal o de la agravación de él. Sabe, por los demás, que la salud o la enfermedad son "estos naturales", aunque patológico el segundo; que no hay en ellos intervención sobrenatural, al menos como regla. Lo fortuito, a la vez se descarta.

Si la agravación o las complicaciones o la muerte o la incapacidad son "consecuencias", quiere saber cuáles son las causas o, al menos, las condiciones que llevaron a tales resultados.

El derecho, tanto civil como penal, estudia la "causalidad jurídica", que es, sin lugar a dudas, una limitación de la "causalidad natural". Distingue, como veremos en el capítulo pertinente, entre causas inmediatas, mediatas, causales y remotas (art. 901 a 906), pero también entre causa única y causa concurrente; entre causas que se suman y causas que se excluyen como concausas; entre

consecuencias que provienen de una causa y consecuencia que, nacidas de otra causa, vienen a interrumpir o cortar el nexo causal".(3)

Empero, la ciencia jurídica y a ciencia médica no muestran una perfecta coincidencia en cuanto a la etiología.

Danner y Sagall, en su estudio comparativo acerca de las conflicting perspectives de la causa, para los enfoques médico y legal, ponen un ejemplo muy ilustrativo, válido para la situación argentina; si un anciano es atropellado en la vía pública por un automotor, y como resultado de la embestida sufre fracturas múltiples, que luego motivan la intervención de un traumatólogo, y durante esta intervención fallece de un ataque cardíaco, estando su corazón debilitado de tiempo atrás, ocurre que para el médico, la causa de la muerte es el problema cardíaco, mientras que para el abogado no hay dificultad alguna en ver la causa en el accidente de tránsito. (4)

Para el médico la causa debe buscarse en el antecedente próximo de la enfermedad, en los hechos que desencadenan la situación patológica o producen un desorden que queda subyacente; para el abogado, además de esas hipótesis, puede tratarse de la mera agravación de ese desorden subyacente, de su aceleración o bien del hecho que precipita el resultado dañoso. (5)

(3) *Ibidem.* p. 140 y 141.

(4) Cano Valle, Fernando. *La actuación del Médico*. Editorial Ateneo. Buenos Aires, Argentina 1991.p. 134 y 135.

(5) *Ibidem.* p. 136 y 137

Un ejemplo, muy manejado por la doctrina nacional, es el del peatón herido levemente en un accidente del tránsito, que luego fallece en el hospital a causa de un tratamiento médico equivocado. Este ejemplo es básicamente distinto del anterior, pues aquí las circunstancias sobrevinientes al accidente interrumpen la relación causal -el tratamiento equivocado tiene por sí mismo la virtualidad de desencadenar nuevas consecuencias- impidiendo atribuir al conductor del automotor la muerte del peatón embestido. Se dice que hay interrupción cuando el acontecimiento sobreviniente que irrumpe la relación causal adecuada, destruye la regularidad del proceso, ocasionando una neta desviación del resultado, que de no haber mediado la acción se habría producido (6)

Una tercera situación puede plantear la sucesión de dos o más tratamientos equivocados o negligentes, en manos de médicos distintos, que culminan con la muerte del paciente. No es fácil averiguar cuál de esos tratamientos fue el que desencadenó el resultado fatal o bien si hubo causas concurrentes que produjeron un aumento de la gravedad hasta su culminación o una interrupción de la relación causal en virtud del segundo o tercer caso de mala práctica. El problema es más arduo para el dictamen pericial médico que para el criterio jurídico ". (7)

(6) Trigo, Félix. *El Seguro Social, contra la Responsabilidad Civil*. Editorial Driskill. Buenos Aires, Argentina 1990, p. 276 y 277.

(7) Trigo Félix. *Op. Cit.* p. 278 a 280.

d) La desaparición de la relación médico familiar paciente: La proliferación de atenciones médicas nacidas de la vinculación con una obra social o una mutual, que conlleva el desconocimiento por el enfermo del médico (9) así como el auge de la especialización, ha conducido a la desaparición de la figura del médico de familia, del médico que a través de los años se había ganado el respeto, la confianza la amistad de la familia.

Contra el médico de familia la promoción de una demanda por responsabilidad civil se presenta como una posibilidad civil remota, casi inadmisibile. No ocurre lo mismo respecto de un médico a quien se ve por primera vez y con el cual se establece una relación preponderantemente patrimonial o económica.

e) Médicos incompetentes: Hemos aludido ya a la mala medicina, a la desjerarquización del servicio de salud y a sus causas. Es en muy buena medida esa incompetencia y los frutos que ella produce: malos diagnósticos, pronósticos equivocados, tratamientos erróneos, la causa de la abundancia de juicios por responsabilidad médica. Y es esa medicina sin nivel la que no pueden ni deben defender los peritos médicos..., la que no debe contar con la benevolencia de los jueces...

(9) Trigo. Op. Cit. p. 281 y 282

f) **Abogados inescrupulosos:** También les corresponde una parte en el tema. Es verdad que no todas las acciones promovidas encierran la necesaria cuota de justicia y razonabilidad. Hay abogados que, tentados por la posición patrimonial del médico actuante, aconsejan que se lleve adelante la pretensión, presentándola ante los tribunales sin antes haber agotado el estudio del caso. Siempre podrá especularse, piensan, con un arreglo, al cual se sentirá inclinado el profesional de la medicina como medio de evitar que el pleito trascienda, que la malevolencia, cunda que un estigma cubra su honorabilidad.

Estos pleitos, verdaderas aventuras judiciales, indignas de hombres del derecho, la justicia y la verdad, son más frecuentes de lo que puede pensar un extraño. También causan gravísimo daño...

g) **Jueces "incontrolables":** La expresión, bastante común en la literatura jurídica norteamericana, tiende a señalar que los jueces, al no estar atados por el "dictamen médico" ofrecido como pericia científica, pueden resolver en cualquier sentido, aun apartándose de la opinión de los científicos de la medicina, siguiendo su intuición, o sus preferencias en el caso, o un mero capricho. (9)

Nosotros, sin perjuicio de admitir que puedan existir malos jueces - arbitrarios o caprichosos-, estamos convencidos de que es a ellos, y sólo a ellos, a quienes les compete decidir, con absoluta libertad de criterio, sin perjuicio de recabar todo el asesoramiento científico-médico que consideren conveniente y necesario.

(9) *Ibidem.* p. 283 y 284

En una sociedad civilizada, con un alto grado de maduración, cada miembro debe conocer, del modo más perfecto posible, cuáles son sus derechos y cuáles sus deberes, en las relaciones que sus necesidades lo obligan a concertar a diario. Ya no se concibe un médico que sólo tenga presentes "sus derechos", nacidos de la conquista de un título profesional; como es inadmisibles que un paciente, que se somete a una atención médica, ignore sus derechos, y actúe a ciegas, confiado en que todo se desenvolverá normalmente. Rechazamos, igualmente que sobre las espaldas de los médicos que dejen caer puros deberes: morales, sociales y jurídicos, como si fueran "esclavos" o "siervos", en una sociedad ansiosa de salud; y, por parecidas razones, rechazamos que se piense que el enfermo es un sujeto sometido, dócil, a quien sólo le incumbe obedecer y abonar los honorarios.

Una relación entre personas humanas, capaces e inteligentes, debe poner bien de relieve la alteridad, la reciprocidad, el intercambio, no sólo de prestaciones económicas, sino de información, de conocimientos, de datos útiles para el fin perseguido, que, en este caso, no es otro que el logro de la salud del enfermo y la retribución del trabajo médico.

Es muy importante que las partes en esta relación, nacida por lo común de un contrato, tengan muy presente que la buena fe, entendida como comportamiento leal, probo y honesto, debe imperar; que el actuar, de una y otra, debe ser diligente y previsor. Que quedan comprometidas las partes, no sólo por todo aquello en que expresamente han convenido, sino también por las consecuencias que puedan considerarse virtuales o implícitas, nacidas de lo que médico y enfermo han presupuesto, han sobrentendido, aunque no hayan dicho.

4.2 MARCO CONCEPTUAL

Indiscutiblemente, es necesario determinar con diáfana claridad nociones vitales para la creación de la adición del marco jurídico en la Ley General de Salud respecto de la iatrogenia, destacando fundamentalmente los siguientes:

Noción de Responsabilidad.

La Responsabilidad Profesional.

La Responsabilidad Civil

La Responsabilidad Penal.

El Daño Moral.

La Indemnización.

Derechos y Obligaciones del Médico.

Derechos y Obligaciones del Paciente.

Derechos y Obligaciones de Terceros.

Concepto de Iatrogenia.

Especies de Iatrogenia.

Causas de Iatrogenia.

Efectos de Iatrogenia.

Los Derechos Humanos del Médico.

Los Derechos Humanos del Paciente.

La Autoridad que resolverá los conflictos.

Prescripción de los Derechos.

4.3 ORGANISMO JURIDICO DE APLICACION

Gonzalo Moctezuma Barragán, en su ponencia Retos y Perspectivas de la Responsabilidad Profesional del Médico, nos da la idea de qué organismo aplicará la ley en caso de una iatrogenia.

"Quiero destacar que en México, como en cualquier parte, los casos más graves de iatrogenia son aquellos en los que no se ha empleado la terapéutica adecuada a consecuencia de un diagnóstico equivocado, por negligencia o impericia. Sin embargo, son precisamente los que menos veces han dado origen a las cuestiones de responsabilidad. Se lo dice quien tiene bajo su responsabilidad un mecanismo para la emisión de opiniones técnicas, que ha sido la respuesta administrativa a dichos casos, lo que expondré un poco más adelante. La razón resulta obvia: el enfermo o su familia no suelen enterarse de que el diagnóstico es exacto o equivocado, además de que, como no tienen acceso al expediente clínico, aceptan lo que el médico les dice y, por lo tanto, juzgan el fracaso del tratamiento conforme a la gravedad o incurabilidad de las lesiones o padecimientos del enfermo, y muy pocas veces como consecuencia de un posible error de diagnóstico.

"Ahora bien supongamos que el enfermo y sus familiares no sólo sospechan sino que tienen la certeza de que el médico ha procedido con impericia. ¿Quién será, entonces, capaz de medir, juzgar y castigar su culpa? Pudo haber equivocación en el diagnóstico o error en la ejecución del tratamiento, pero ¿hasta dónde alcanza la responsabilidad al médico?

"Es evidente que en esta posible responsabilidad intervienen factores de diversa índole que van desde una posible mala elaboración de los medicamentos o deficiencia del material empleado en actos quirúrgicos; un inadecuado mantenimiento del equipo instrumental de cirugía; intervención de ayudantes, enfermeros, técnicos laboratoristas, residentes, etcétera.

"Algunos abogados estiman que, si el médico ha procedido de buena fe y dentro de los mínimos de capacidad de preparación profesional, es muy difícil, en rigurosa justicia, exigirle responsabilidad por perjuicios causados al enfermo, derivados de la insuficiencia, real o aparente, de su actuación. Sin embargo, en mi opinión, México no necesita hablar de mínimos, cuando se encuentra en la antesala de la zona internacional de comercio más grande del mundo. Debe buscar, en cambio, hablar de estándares homogéneos de calidad de sus profesionales de la salud, cumpliendo escrupulosamente con la Lex Artis de su profesión, entendida como los criterios valorativos de la corrección del concreto de la medicina, acto médico ejecutado por el profesional que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la especialidad, de la complejidad y trascendencia vital del acto, así como la influencia de otros factores endógenos y exógenos.

"También se ha llegado a sugerir que la responsabilidad médica sólo se da en los casos en que se ha procedido con intención dolosa o mala fe. Es evidente que, en tales circunstancias, nadie defendería una conducta catalogada como típicamente delictiva. En efecto, si con dolosa intención, un médico daña a uno de sus enfermos, comete un delito que lo coloca en el campo de la responsabilidad criminal, ajeno al de la responsabilidad profesional, tema que nos reúne en esta ocasión.

"Desde el punto de vista penal, la responsabilidad de los médicos se define en la misma Ley de Profesiones, la que establece que los delitos que cometan durante su ejercicio serán castigados por las autoridades competentes bajo los preceptos del Código Penal.

"El médico puede, desde luego, cometer delitos dolosos e intencionales, pero lo común es que los realice de manera culposa debido a la imprudencia, la negligencia o la impericia. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido jurisprudencia en el sentido de que:

La responsabilidad penal derivada de culpa o imprudencia debe probarse, pues por cuanto a ella la ley no consigna ninguna presunción *juris tantum*, como sucede tratándose de delitos intencionales.

"Esa prueba idónea, tanto para las responsabilidades penales como para las civiles, es la de los dictámenes de peritos. Y tanto es así, que la Ley de Profesiones, en su artículo 34, dispone que cuando hubiere inconformidad por parte del cliente con respecto al servicio realizado, el asunto se resolverá

mediante un juicio de peritos, ya sea en el terreno judicial, como en el privado, si así lo convinieran las partes.

"Dicho artículo establece que, para emitir su dictamen, los peritos deberán tomar en cuenta las circunstancias siguientes:

a). Si el profesional procedió correctamente dentro de los principios científicos y técnicas aplicables al caso y generalmente aceptados dentro de la profesión de que se trate.

b). Si el mismo dispuso de los instrumentos, materiales y recursos de otro orden que debieron emplearse, atendidas las circunstancias del caso y el medio en que se preste el servicio.

c). Si en el curso de trabajo se tomaron todas las medidas indicadas para obtener un buen resultado.

d). Cualquiera otra circunstancia que en el caso especial pudiera haber influido en la deficiencia o fracaso del servicio prestado.

"En noviembre de 1988, una persona fue ingresada en un hospital de urgencias de la ciudad de México por una herida de bala en la cabeza. Se le intervino quirúrgicamente en forma satisfactoria. Durante el periodo postoperatorio, médicos residentes aparentemente descuidaron la atención del paciente y, como resultado, contrajo una infección cerebral aguda que le causó incapacidad permanente. Exacerbado el ánimo del padre del enfermo, decidió presentar una denuncia penal en contra de los residentes, la que promovió por

todos los medios a su alcance e, indebidamente, un fin de semana, miembros de la Policía Judicial detuvieron injusta y arbitrariamente al personal médico supuestamente responsable de las lesiones causadas, retirándolos, con abuso de fuerza, de sus lugares de adscripción, procedimiento con el que afectaron el servicio médico correspondiente.

"Vistos estos abusos, el gremio médico externo su preocupación al Presidente de la República, en ese tiempo Licenciado Carlos Salinas quien, a su vez, instruyó al Secretario de Salud y al Procurador General de Justicia del Distrito Federal, a fin de que se pusieran en práctica los mecanismos de colaboración entre dichas dependencias con el propósito de que la Secretaría de Salud, a petición de la Procuraduría, emitiera una opinión técnico-científica en aquellos casos en los que profesionales de las disciplinas de la salud se vieran involucrados en averiguaciones previas relativas a las hipótesis legales que prevén los artículos 228 y 229 del Código Penal que, como ya vimos, se refieren a la responsabilidad profesional.

"Como consecuencia, en abril de 1989 se firmaron las Bases de Colaboración entre la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, de las que surgió un compromiso moral para la Procuraduría en el sentido de que no se girarían órdenes de aprehensión en los casos de responsabilidad profesional médica mientras no existiera opinión técnica de la Secretaría de Salud, con el fin de garantizar, de este modo, el legal ejercicio de la práctica médica.

"Con posterioridad, en mayo de 1990, se suscribieron bases de colaboración similares entre la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de la República, para los delitos del orden federal o cuando estén involucrados servidores públicos. Es importante destacar que, en ambos instrumentos consensuales, se dio participación a la Academia Nacional de Medicina.

"Con el mismo tenor, en noviembre de 1990 se suscribieron Convenios de Colaboración entre la Secretaría de Salud, el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Posteriormente, buscando llevar la protección del mecanismo de las opiniones técnicas a toda la República, a partir del primer trimestre de 1991 se inició la suscripción de instrumentos de similar naturaleza con los gobiernos de cada una de las Entidades Federativas, en donde las instancias estatales de salud emiten, a solicitud de las procuradurías de justicia locales, las respectivas opiniones técnicas.

"Es indudable que, ante la severidad de las leyes punitivas, las "opiniones técnicas" de la Secretaría de Salud han evitado enormes daños a los profesionales que, acusados injustamente, venían peligrar su libertad y buena reputación.

"El problema, sin embargo, es que esos acuerdos celebrados no tienen fuerza legal e incluso pueden desaparecer en cualquier momento o ser sustituidos por otros acuerdos que los revoquen.

“En efecto, formalmente, la opinión técnica es un mecanismo administrativo que desde el punto de vista material se podría equiparar al peritaje aunque, normativamente hablando, es un instrumento que no está reconocido por ley alguna, ni sustantiva ni adjetiva. Como consecuencia, la opinión técnica en el proceso penal puede tener valor probatorio, por su naturaleza administrativa, pues sólo genera para el juzgador un indicio técnico y, asimismo, estará a su arbitrio la posibilidad de llamar a la causa a los profesionistas que elaboraron la opinión técnica, conformando una junta de peritos, cuyas consideraciones se desligarían de la opinión técnica, lo que sí está previsto en la ley y tiene valor probatorio pleno.

“Quisiera, para mayor comprensión, expresar a ustedes algunas características adicionales de la opinión técnica.

“Se genera única y exclusivamente en la etapa de la averiguación previa, una vez que los médicos involucrados han rendido su declaración ministerial y el agente del Ministerio Público ha solicitado la intervención de los peritos oficiales, integrándose al expediente respectivo.

“Es de solicitud obligatoria para las diversas procuradurías de justicia y también de emisión obligatoria para la Secretaría de Salud y demás instancias competentes, en vista del compromiso institucional.

“Debe considerarse no vinculatoria, puesto que el sentido de la opinión técnica no es determinante del ejercicio de la acción penal, y sirve como elemento de convicción para el Ministerio Público. El principio rector que les otorga su validez moral consiste en desvincular el resultado del peritaje oficial de las conclusiones contenidas en las opiniones técnicas y de esta forma establecer la convicción de los hechos históricos que integran la averiguación previa, indispensables para la decisión del ejercicio de la acción penal.

“Es de carácter impersonal, puesto que la suscribe el titular de la institución emisora y no los médicos que estudiaron el asunto.

“Finalmente, la falta de su emisión no determina la validez de la integración de la averiguación previa.

“Algunas instituciones de salud también le han considerado como un trámite burocrático que sobrecarga su capacidad instalada, dado que tienen que distraer a su personal.

“Es común que los agentes del Ministerio Público soliciten a la Secretaría de Salud que en la misma opinión técnica se precise si el indiciado es responsable o no del delito que motiva la averiguación, lo cual es incorrecto por ser una función exclusiva del juzgador.

“En ocasiones, el Ministerio Público fundamenta el ejercicio de la acción penal en los resultados de la opinión técnica, lo cual, además de ser incorrecto por no ser un requisito legal de posibilidad, ha ocasionado que algunos abogados astutos soliciten al juez la ratificación del titular de la institución emisora de la opinión técnica, que es quien la firma. Es por lo que dicha persona se ve imposibilitada, porque no conoció los hechos y no la emitió en forma personal, con lo que el juez seguramente procederá a desechar la denuncia.

“Dentro del abanico de posibilidades del intercambio comercial entre naciones, el seguro comercial, en especial el de la responsabilidad civil, desempeña un papel preponderante, puesto que refleja, tanto en los pacientes como en los prestadores, una mayor protección patrimonial. En los países altamente industrializados, como el de nuestros vecinos del norte, la utilización de los seguros de responsabilidad civil es una práctica común. Sin embargo, las primas que se pagan a las compañías aseguradoras son altas y, como consecuencia, se incrementa el costo de los servicios médicos en general.

“En dichos países se ha generalizado la práctica de que los pacientes, conscientes de la existencia de estos seguros, demandan en forma indiscriminada la responsabilidad profesional de los médicos, a sabiendas de que las instituciones aseguradoras cuentan con recursos financieros suficientes para afrontar el monto de cualquier demanda y asimismo buscan aprovechar los vicios de su sistema judicial.

“En este sentido, es factible lograr mejores condiciones en los contratos con las aseguradoras reduciendo sus erogaciones administrativas.

“En resumen, fomentar en México la cultura del seguro de responsabilidad civil, definitivamente incide en un beneficio para los pacientes que, en caso de hechos ilícitos, tendrían asegurado el pago de las indemnizaciones correspondientes en una forma más expedita.

“Como se ha visto a lo largo de este coloquio, el ejercicio de las profesiones de la salud está sujeto al riesgo de que quienes desarrollan dicha actividad pueden incurrir en errores que en algunos casos producen un daño o afectación en los usuarios de dichos servicios.

“En beneficio de la sociedad, la actividad médica requiere contar con una mayor especialización de quienes la ejercen de acuerdo con el avance de la ciencia y la tecnología, en donde la evaluación de los aspectos técnicos de la práctica profesional sólo puede ser realizada por otro profesional con nivel académico y profesional similar o superior.

“Con toda honestidad debemos afirmar que los procedimientos derivados de la normatividad vigente carecen en la práctica de efectividad para que las víctimas de la mala praxis sean equitativamente compensadas mediante una retribución económica, puesto que los procesos judiciales son generalmente prolongadas y costosos.

“Se ha generalizado la práctica de utilizar la vía penal por los pacientes ofendidos para satisfacer sus lícitos, o no tan lícitos, reclamos sobre reparación de daños.

“Por otro lado, las diversas medidas implantadas no han tenido resultados efectivos en la conciliación de conflictos entre prestador y usuario del servicio y, como consecuencia, se ha incrementado el número de denuncias penales y demandas civiles originadas por la falta de pericia del médico en su ejercicio profesional.

“Por estas razones, he venido estudiando la viabilidad de crear una instancia que con autonomía operativa y financiera resuelve las controversias existentes entre los pacientes y los profesionales de la salud, mediante un mecanismo de arbitraje. Este organismo, que tendría naturaleza administrativa, se organizaría de una manera desconcentrada territorialmente para el despacho de los asuntos a su cargo, con oficinas centrales y delegaciones regionales y con participación profesional interdisciplinaria.

“Las atribuciones que propongo para este organismo podrían resumirse en las siguientes:

- * Llevar a cabo audiencias conciliatorias y, en su caso, procedimientos arbitrales, con el fin de resolver las controversias que se susciten entre los establecimientos, profesionales y técnicos de la salud, así como los usuarios de sus servicios.

- Realizar estudios técnicos indispensables con el fin de determinar la existencia de culpa, negligencia o impericia, en que, en su caso, hayan incurrido los profesionales de la salud.
- A partir del análisis de casos específicos, generar el establecimiento de parámetros en los cuales puedan enmarcarse los diversos procedimientos clínicos-quirúrgicos que el médico utilice comúnmente en su práctica profesional, los cuales pueden servir como precedente de valoración en la solución de futuras controversias.

“Dentro de las ventajas que a mi juicio ofrecería la creación de este organismo, enumeraríamos el fomento de la solución de controversias sin necesidad de acudir a juicio, con lo cual seguramente se disminuiría la excesiva carga de los tribunales penales y más recientemente de los civiles, por el reclamo de daños y perjuicios, consecuencias de la práctica profesional del médico.

“El Ministerio Público también vería disminuida su carga de trabajo en el desahogo de asuntos relacionados con la responsabilidad profesional del médico.

“El mecanismo de arbitraje también aminoraría los tiempos de resolución de las controversias que se entablen para el pago de daños y perjuicios.

Finalmente, estimo que el organismo podría fomentar la celebración de convenios, mediante los cuales los establecimientos públicos y privados prestadores de servicios de salud se someterían al arbitraje para resolver las controversias que se susciten con sus pacientes o usuarios. Las compañías aseguradoras también podrían someter a sus clientes al arbitraje como condición del pago de indemnizaciones, lo que, como consecuencia, agilizaría los procedimientos retributivos". (10)

(10) Moctezuma Barragán, Gonzalo. Retos y Perspectivas de la Responsabilidad Profesional del Médico. CNDH, UNAM, Academia Nacional de Medicina, México, 1995, pág. 91-95.

4.4. MEDIOS AUXILIARES DE APLICACION

En el marco jurídico actual, no parece haber una situación que resuelva rápidamente, y con justicia, las demandas que se presentan contra el médico.

La opinión técnica debe tener un peso específico importante, validez y acción rápida, y el Ministerio Público debe abstenerse de actuar hasta en tanto no se obtenga esa opinión técnica.

Es necesaria una mejor preparación en los aspectos académicos, éticos y legales de los jóvenes estudiantes de la carrera de medicina en todas las escuelas del país, así como una preparación constante mediante cursos de actualización.

En los Estados Unidos de América existe abuso de acciones jurídicas en contra de los médicos, por "mala práctica", peligro que ha de trascender a nuestro país, mediante la puesta en práctica del Tratado de Libre Comercio.

Es indispensable otorgar validez jurídica a los especialistas por medio de los respectivos consejos, ya que actualmente sólo tienen un valor moral. Se requiere de un órgano de arbitraje que dirima controversias, revise los aspectos jurídicos y, asimismo, proponga su adecuación a la Procuraduría General de la República, para lo cual debe hacerse responsables a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y a la Academia Nacional de Medicina.

4.5 CONTENIDO.

4.5.1 Aspectos Generales

La adición que proponemos a la Ley General de Salud, deberá contener en este aspecto una panorámica amplia de los que se pretende con la misma, así como señalar sus características y alcances, dentro de los ámbitos jurídico, social y económico, a efecto de que la Ley General de Salud, este rubro se aplique con claridad, ya que la claridad siempre traerá aparejado beneficios colectivos.

Por otro lado, dentro de los aspectos generales, la adición deberá justificar los motivos de creación del capítulo especial, así como establecer la necesidad de existencia de este agregado el cual sin duda es un reclamo de la sociedad.

Lo antes expuesto, encuentra su base de sustentación en el coloquio que el mes de julio de 1994 se llevó a efecto en la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en el cual participaron el Instituto de Investigaciones Jurídicas, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Academia Nacional de Medicina, en el que se concluyó respecto de la necesidad de crear una Procuraduría de la Salud, conclusión reseñada en la gaceta de la UNAM del mes de julio del mismo año, lo cual me motivó la estructura de este trabajo recepcional.

4.5.2 Responsabilidad

Este es un aspecto que debe quedar claro, en la adición que se propone, toda vez que la responsabilidad y su quebranto son situaciones que darán lugar a conflictos entre paciente y médico, pues no se debe olvidar que el médico está generalmente ubicado en el filo de navaja, pues si el paciente logra el alivio de su padecimiento, le dan gracias a Dios por haberse aliviado; pero si se agrava o fallece, de inmediato culpan al médico acusándolo de inepto e irresponsable, situaciones ambas injustas, ya que al agravamiento o alivio de los males son circunstancias que nada tienen que ver con la intención del médico; pues la práctica nos demuestra en diversas ocasiones que el profesionista pone todo lo que está de su parte, y el paciente no mejora, o en su defecto la muerte debe considerarse como algo totalmente accidental no atribuible al médico.

Por esto debe estar perfectamente delimitado el concepto de responsabilidad, así como sus alcances, no sólo como concepto sino como una actitud del médico, de tal suerte que su responsabilidad traerá como consecuencia inmediata la disminución de problemas que sin lugar a dudas pueden evitarse, aplicando, reiteramos, su responsabilidad.

4.5.3 Sanciones

Es necesario determinar el hecho de que demandar a un médico por una mala praxis, como es un asunto muy serio, por ello debe evitarse la frivolidad en estos casos, de manera tal que se haga lo que en Estado Unidos de Norte América, país en el cual se ha hecho una práctica viciosa el demandar a un médico casi por cualquier cosa, y ello los ha llevado a acumular un altísimo número de quejas, muchas de ellas rayando en lo absurdo, razón la cual consideramos imperioso dejar establecido la necesidad de respetar claramente los derechos humanos del paciente y del médico, sin darle tendenciosamente más valor a uno o a otro, y ellos nos llevará a ser más justos en cuanto a sancionar las actitudes de los médicos por medio de Juristas debidamente preparados, calificados y certificados para ello, pues lo que se pone en peligro es la libertad del médico, que maneja algo muy subjetivo y a la vez muy valioso como es la salud del paciente, sin soslayar que es al médico a quien más le interesa el éxito en su actividad. Por todo lo explicado, sostenemos que la sanción al médico supuestamente irresponsable debe aplicarse valorando plenamente los derechos humanos que tiene. Ello me lleva a determinar que el órgano encargado de impartir justicia en esta materia, debería de estar integrado de manera tripartita, por médicos, por abogados y por miembros de la Sociedad Civil, pues es a ésta a quien le perjudica el quehacer poco comedido de cualquier profesionista.

4.5.4 Transitorios

Los artículos transitorios de la adición que se propone, deberán contener específicamente la fecha en la cual entrará en vigor cada adición, así como establecer posibles derogaciones de artículos que se refieran de alguna forma a la esencia propone en la adición, pues no debemos olvidar que los transitorios en cuanto a su esencia aspiran a aclarar cualquier duda respecto de la aplicación de una ley o reglamento pudiera existir.

Igualmente, se considera oportuno establecer que los artículo transitorios de la adición que se propone, deberán determinar con claridad la fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación, así como a la fecha de iniciación de la vigencia de la referida adición, tomando en cuenta que se puede llevar a cabo de diversas formas, entre ellas señalando el día preciso de inicio de la vigencia o, en su defecto, fijando los días posteriores a la fecha de publicación, en los cuales se contará el día preciso en que iniciará su vigencia una Ley, Reglamento o Adición como es el caso que nos ocupa. Este aspecto es el que pretende hacer más justas las relaciones médico-paciente, la cual de un tiempo a la fecha se han complicado en diversas situaciones, entre ellas la económica, política y social, que nos lleva a ser más críticos, pues la crisis economía que padecemos, me motiva a valorar más nuestro dinero, con tal de que rinda más, por ello toda intervención quirúrgica que trae consecuencias de diversa índole, afecta sin duda la economía de cualquier familia, por ello han aumentado las intervenciones médico-quirúrgicas en hospitales de carácter

público y ello ha generado un aumento desmedido de denuncias contra médico por iatrogenias, las cuales a la luz de la realidad no son responsabilidad exclusiva del médico, pues en todo evento médico intervienen, no sólo factores voluntarios, sino muchos otros ajenos a la voluntad del médico. El destino tiene la mano firmemente metida, y como sabemos muy bien, el destino es sordo y ... no escucha demandas. Así como sólo un neurocirujano debidamente preparado debiera ser quien realice una compleja intervención quirúrgica en el cerebro, sólo el abogado especialista en mala praxis médica debiera litigar en estos casos.

CONCLUSIONES

PRIMERA. A raíz de la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se ha establecido en la sociedad mexicana "una cierta cultura" sobre lo que un ciudadano puede esperar de una autoridad administrativa en términos de atención y servicio; los Derechos Humanos se están convirtiendo en el mínimo de dudas que tiene un individuo frente a la autoridad. La responsabilidad implica un deber de conducta que consiste en reparar el daño causado, sin importar la vía generadora de la relación.

SEGUNDA. Debe de estudiarse la posibilidad de crear un Órgano de arbitraje con autonomía operativa y financiera, que dirima controversias, revise aspectos jurídicos, existentes entre los pacientes y médicos, de naturaleza administrativa, con organización desconcentrada territorialmente, para el despacho de asuntos a su cargo con oficinas centrales y delegaciones regionales. Para lo cual deben intervenir un cuerpo colegiado integrado por la Procuraduría General de la República, la Comisión de Derechos Humanos, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la academia Nacional de Medicina.

TERCERA. En esta forma hemos visto cómo la sociedad mexicana se ha volcado a exigir de las autoridades el respeto de sus garantías y la eficiencia en la prestación de los servicios, más aún tratándose de servicios médicos como el caso que nos ocupa.

CUARTA. La CNDH ha recibido quejas por violación de derechos o por mala atención recibida de gran parte de la administración pública. En este sentido, el sector salud ha sido una área sensible a estas quejas, y, en particular, en torno a la mala praxis médica de algunos de sus miembros.

QUINTA. De conformidad con las demandas y quejas presentadas contra miembros de las instituciones de salud, se han sugerido diversas vías de solución, entre las que el arbitraje aparece como medio de solución al conflicto. Sin embargo, sin dejar de reconocer las facilidades prestadas en la agilidad en los trámites, los menores costos que esta novedosa vía presenta, vemos con preocupación la poca capacidad que tendría cierto sector de la población para la efectiva defensa de sus intereses y la fiel reparación de los daños sufridos. Es necesario garantizar a la comunidad un desempeño igualitario en las condiciones.

SEXTA. Es evidente que, frente al proceso de apertura y globalización en que vive el país, los servicios públicos del área de la salud tendrán que sufrir grandes transformaciones, tanto en lo que se refiere a la filosofía como a la operatividad, a la mejoría del ingreso, el empleo y el acceso a los satisfactores exigirán por parte de la población una mejoría en calidad y eficiencia de quienes los presten.

SEPTIMA. Por lógica, no sería de extrañar, a pesar de lo recientes que pudieran mostrarse ciertos sectores de la comunidad médica, un código de la práctica en el ejercicio de la medicina se perfila como un documento que permitiría la delimitación, determinación y garantía de los límites, así como los alcances, tanto de los servicios médicos, como de la conducta profesional propiamente dicha.

OCTAVA. Se debe de fomentar en México la cultura del seguro de responsabilidad civil, pues incide en beneficio de los pacientes, que en caso de verse en hechos ilícitos, tendría asegurado el pago de las indemnizaciones correspondientes en una forma más expedita.

NOVENA. Es necesaria una mejor preparación en todas las escuelas del país, en el aspecto académico, ético y legal, convertir a los jóvenes estudiantes de la carrera de medicina y de todas las carreras en general en *profesionales*, con una mística a toda prueba, que no pueda ser reclamada, así como la preparación constante a través de cursos de actualización y profesionalización.

BIBLIOGRAFIA

- 1. Bejarano Sánchez Manuel. Obligaciones Civiles. 3ra, edición Editorial Harla, México 1991.**
- 2. Bunster Alvaro. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México 1992, 5a. edición, Tomo P-Z.**
- 3. Cano Valle, Fernando. La actuación del Médico. Editorial - Ateneo. Buenos Aires, Argentina 1991.**
- 4. Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México 1992, 31a. edición.**
- 5. Colin Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa 1995, 15a. edición.**
- 6. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 21a. edición, Editorial Espasa-Calpe, Madrid 1992.**
- 7. Diccionario Enciclopédico de Educación Especial. 3a. reimpresión, Editorial Diagonal Santillana, México 1990. Volumen III.**

8. Galindo Garfias, Ignacio. La responsabilidad Profesional. Coloquio sobre la responsabilidad profesional del médico y los Derechos Humanos. México, D.F. 1994.

9. Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado Reader's Digest. México 1990, tomo VI.

10. Islas Olga. Análisis Lógico de los Delitos contra la vida. 3ra. edición, Editorial Trillas, México 1990.

11. Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Traduc. Mir Puig y Muñoz Conde, Edit. Boch, Barcelona 1981, V.I.

12. Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal, Trad. de Córdoba Reda, Editorial Ariel, Barcelona 1962, Tomo II.

13. Mateos Muñoz, Agustín. Etimologías Grecolatinas del Español. Editorial Esfinge, México 1990.

14. Malberg, Bertil. Linguística Estructural y Comunicación Humana. Trad. Rodón Binué, 1 ra. edición, Editorial Gredos, Madrid 1974.

15. Messner, Johannes. Etica Social Política y Económica a la Luz del Derecho Natural. Trad. de Barrios Sevilla, Rodríguez Paniagua y Enrique Díez, Ediciones Rialp. 1967.

16. Moctezuma Barragan, Gonzalo. Retos y Perspectivas de la Responsabilidad Profesional del Médico. CNDH, UNAM, Academia Nacional de Medicina, México 1995.

17. Mosset, Jorge. Responsabilidad Civil del Médico. EDIAR. Buenos Aires, Argentina 1988.

18. Mounin, Georges. Lingüística y Filosofía. Trad. de Gabriel, Ter-Sakarian, Editorial Gredos, Madrid 1994.

19. Ríos, Ricardo. Responsabilidad Civil del Médico. Ediar. Buenos Aires, Argentina, 1984.

20. Rodríguez Paniagua, José María. Derecho y Ética. Editorial Tecnos, Madrid 1977.

21. Tamayo y Salmorán Rolando. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa, México 1992, 5a. edición, Tomo P-Z.

22. Trigo, Félix. El Seguro Social contra la responsabilidad civil. Editorial Driskill. Buenos Aires, Argentina 1990.

23. Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano, editorial Porrúa. México 1990, 5a. edición.

23. Wittgenstein, Ludwig. Tractatus Logicus-Philosophicus, Trad. de Tierno Galván, Alianza Editorial, Madrid 1973.

LEGISLACION

1. Ley General de Salud.

2. Código Civil para el Distrito Federal.

3. Código Penal para el Distrito Federal.