

308909 40
24.

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M.

FACULTAD DE DERECHO



**"RESPONSABILIDAD PENAL EN LA
INADECUADA PRACTICA MEDICA"**

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ADRIANA MARTINEZ ELIZONDO

DIRECTOR DE TESIS:
DR. RAFAEL MARQUEZ PIÑERO

MEXICO, D.F.

1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.

Hay que obrar de modo que el hombre peca
en todas las circunstancias elegir la vida.

J.P.Sartre.

A Dios :

Por haberme permitido llegar a este momento,
porque sin él nada de esto podría suceder.

A mi Padre:

A ese hombre incansable que cabalgará sin fin con
su espíritu triunfador.

Al único ejemplo que puede conjuntar tanto valor.
Por ser simplemente mi Todo.

A mi Madre:

**A esas lágrimas y a esas sonrisas, a tantas noches
sin dormir, a esa preocupación y a esa constante
ocupación, a esa dedicación, a ese carácter,
a esa satisfacción y logros, y a esa entrega total,
por enseñarnos lo que es en verdad amar.
Por que todos mis éxitos también le pertenecen a ella.**

A Ti Lalo:

**Por ser mi esposo, mi fuente inagotable de inspiración,
mi principal apoyo y mi punto de partida.**

A mis Hermanas:

Marcy, Gaby, Alita y July
Por estar siempre presentes,
ya que sin ustedes no podría
ser completa mi vida.

Al Dr. Rafael Márquez Piñero:

**Por su dirección e invaluable ayuda,
que hicieron posible la realización
de este trabajo.**

Al Licenciado Jaime del Arenal :

Por confiar en mí, y alentarme a lo largo de este camino
a conseguir el logro anhelado e inculcarme el amor al
Derecho y a mi Patria que es México.

A mi Universidad Querida :

**En la cual cada espacio guarda un recuerdo
lleno de sentimientos.**

Este trabajo es un acto de agradecimiento para aquel que me acompañó en este difícil camino, que me ha permitido cumplir con uno de los objetivos de mi vida, y que en mi etapa profesional me guardará prudentemente en la verdad.

"RESPONSABILIDAD PENAL EN LA INADECUADA PRACTICA MEDICA"

TEMARIO :

INTRODUCCION

CAPITULO 1

- 1.1** La evolución del ejercicio médico.
- 1.2** La aparición de las especialidades.
- 1.3** La certificación de los médicos especialistas.
- 1.4** La responsabilidad en la historia de la medicina.
- 1.5** El licenciamiento de los médicos generales.

CAPITULO 2

- 2.1A** La salud como bien jurídico penal protegido.
- 2.1B** Concepto de rango social.
- 2.1C** Concepto de salud preventiva y como estado social, que sea eficaz y que sea iniciativa pública y privada.
- 2.1D** OMS= La salud como bienestar social.
- 2.2** Salud y los derechos humanos.
- 2.3** Regulación de las actividades médicas.
- 2.4** Los seguros de responsabilidad civil para médicos y hospitales.

CAPITULO 3

Generalidades.

- 3.1 La responsabilidad penal y el ejercicio médico.
- 3.2 La responsabilidad profesional.
- 3.3 La responsabilidad médica.
- 3.4 La responsabilidad jurídica.
- 3.5 La responsabilidad del médico por los hechos de sus colaboradores (médicos), y de sus auxiliares y dependientes.
- 3.1 Extinto código penal de 1872.
- 3.2 Elementos constitutivos de la responsabilidad médica.
- 3.3 Diferencias entre responsabilidad civil y responsabilidad penal.
- 3.1 La defensa o excepción de los médicos.
- 3.2 Deberes derivados de la relación.
 - 1) Deberes del médico.
 - 2) Deberes del paciente.
 - 3) Deberes de los organismos intermediarios.
- 3.11 La culpa y antecedentes.
- 3.12 Tipos de daños e integración de la reparación.
- 3.13 Excluyente de delitos.
- 3.14 Praxis y Malpraxis.

CAPITULO 4

- 4.1 La iatrogenia y su naturaleza jurídica.
- 4.2 Derecho comparado.
- 4.3 Nuevas tendencias en derecho mexicano : "La Comisión de Arbitraje Médico".

REFLEXIONES Y CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION

Con frecuencia creciente es tema de discusión pública el daño provocado por el médico. Por esto nos parece oportuno profundizar en algunos conceptos como la iatrogenia y el error médico.

El error implica un equívoco o desacierto. En la práctica médica puede ocurrir por la realización de acciones innecesarias, por la ejecución inadecuada de maniobras útiles y necesarias, y por la omisión de ciertas intervenciones potencialmente benéficas para el paciente.

Es común atribuir un error médico a una conducta negligente (con desenojo, irresponsabilidad o desinterés).

Si bien esto puede ser aplicable en ciertos casos, se pierde de vista que, detrás del error y de la negligencia, habitualmente existen condiciones desfavorables para las labores de los médicos. Es más, no es raro que, al destinar responsabilidades en supuestos errores médicos, no sea posible identificar negligencia y sí, en cambio, encontrar condiciones inapropiadas para que los médicos cumplan con su trabajo en forma óptima. He aquí algunas de ellas: bajas remuneraciones al trabajo médico, falta de materiales para el diagnóstico o tratamiento de las enfermedades; tendencia a la "rutinización" de las tareas, desprovistas así de creatividad e iniciativa; obstáculos diversos para la reflexión, el análisis, la crítica y la auto-crítica por parte de los mismos médicos; carencia de estímulos al trabajo de alta calidad y compromiso; responsabilidades excesivas por la complejidad o la cantidad de las tareas asignadas; burocratismo en la tramitación de los servicios requeridos y en la ejecución de las decisiones de los médicos; supervisión insuficiente o inadecuada del cumplimiento de las tareas y sus resultados; lucro desmedido en la prestación de servicios médicos privados.

Lo que deseo subrayar es que los errores deben verse mucho más como el efecto de las condiciones de trabajo que como una actitud deliberada y malintencionada por parte del médico. Es obvio que puede ocurrir negligente aun en condiciones de trabajo cercanas a lo ideal, pero lo importante es reconocer que el error hunde sus raíces en las condiciones desfavorables donde el médico actúa.

La iatrogenia se refiere al daño provocado por la intervención médica. Aquí es donde procede deslindar la iatrogenia del error. Lo primero es que no todos los errores médicos ocasionan daño al paciente, muchos son inofensivos y viceversa: numerosos sucesos iatrogénicos no se deben a errores, ocurren a pesar de que la práctica médica se realice bajo las mejores condiciones posibles y con la mayor pericia y cuidado por parte del médico. La iatrogenia es, por tanto, inevitable en cierta proporción de los casos atendidos, sin importar la naturaleza de las intervenciones que se utilizan. Éstas pueden ser entrevistas, estudios de diagnóstico, medicamentos, sesiones de psicoterapias o intervenciones quirúrgicas. En suma, toda intervención médica implica cierto riesgo en una proporción variable de los casos en los que se realice.

Si dejamos de lado la iatrogenia debida a errores, queda una parte de daño por el médico que no se puede evitar mediante acciones para prevenir el error. Éste es el nivel de lo llamados efectos adversos, secundarios, que no podemos evitar.

Conforme se desarrollan las alternativas de diagnóstico o tratamiento podemos conocer la frecuencia con la que ocurren los eventos indeseables asociados a su uso, cuáles son sus factores predisponentes y, quizás también, las mejores medidas para prevenirlos o reducir su frecuencia.

Sin embargo, nuevamente, siempre queda una proporción de sujetos donde la iatrogenia se hará presente con manifestaciones que van desde un simple malestar estomacal transitorio, hasta la muerte. Es en este punto que empezamos a hablar de un riesgo calculado, el cual debemos tener en cuenta siempre que pensemos en utilizar una cierta intervención, buscando el equilibrio entre dicho riesgo y los beneficios esperados, dada la gravedad del paciente.

En esta ponderación de riesgo-beneficio, ciertas características de los pacientes establecen profundas diferencias. Por ejemplo, si se trata de un sujeto proveniente de una población autogestiva, es decir con una actitud crítica y participativa sobre los procesos de atención médica, su colaboración en la toma de decisiones complejas les facilita y propia que se alcance la mejor solución a sus problemas de salud. En el caso de un sujeto pasivo, como ocurre con frecuencia en la población mexicana, el paciente suele delegar todos los elementos de decisión en el médico. En estas condiciones, aun el mejor

médico se ve obligado a una decisión unilateral, ya que nunca podrá contemplar el contexto del paciente desde la perspectiva de éste.

Esto significa que un elemento indispensable para la evaluación apropiada de riesgos y beneficios es, precisamente, el paciente. Es el quien, informado de los riesgos, mejor puede elegir, ante los beneficios esperables, la opción que le parezca más apropiada.

Así entonces, el cirujano que ofrece una operación, con frecuencia no considera pertinente informar al enfermo cuáles pueden ser otras alternativas, que por supuesto considera subóptimas y tampoco desea inquietarlo con una relación pormenorizada de los posibles efectos indeseables de dicha intervención. Lo mismo ocurre con cada una de las recetas que un médico elabora en su consultorio, ya sean de índole dietético, psicoterapéutico o medicamentoso. Sin embargo, en estos casos no podemos hablar de error o negligencia. Son precisamente los efectos indeseables de una relación médico-paciente paternalista, que se entabla, no por los deseos del médico, sino cuando se conjuntan una población usuaria pasiva, acrítica, y un médico que ofrece las que considera son las mejores alternativas en su armamentario terapéutico.

Por lo que se puede decir que la iatrogenia es la expresión de varios elementos: los riesgos inherentes a cualquier intervención del médico, los errores cuyo trasfondo son las condiciones desfavorables y, finalmente, la pasividad social que propicia acciones unilaterales por parte del médico. El primero es de la competencia exclusiva del médico, los demás competen a la sociedad y sus instituciones.

Creemos que el buen entendimiento de las realidades y posibilidades de la medicina, asociado a su desempeño escrupuloso, a la vigencia de normas jurídicas adecuadas y al buen despacho de los órganos encargados de conocer las controversias que se produzcan en este campo, hará mucho para mejorar la atención a los pacientes que es el objetivo común.

De lo que se trata es de que los pacientes tengan mejor salud, no de que los tribunales tengan más trabajo.

Cuando hablamos del ejercicio de la medicina, estamos hablando de los bienes más preciosos del individuo: la salud y la vida. También nos estamos

refiriendo a una profesión cuya nobleza e importancia difícilmente serían igualadas y menos aún superadas por cualquier otra. Igualmente estamos aludiendo a la dolorosa circunstancia que afrontan los seres humanos cuando la salud flaquea; una circunstancia en que prospera la angustia y se desvanece la esperanza. Y por todo eso estamos hablando de un compromiso riguroso de la sociedad y del Estado, que no pueden abordar estos temas con levedad o indiferencia.

La pérdida de la salud es la condición humana en la que el hombre cualquiera que sea su rango, su nivel intelectual y su ideología, comparten la angustia, la desesperanza y el sentimiento de dependencia absoluta, es por esto, que los médicos conocedores de esta característica del hombre lo ven en su real dimensión, en la grandeza, en el poder y en la enfermedad, todo lo cual deberá de estar utilizado en la mente del hombre médico a través de los principios éticos, la filosofía hipocrática, el conocimiento actualizado, la certeza del manejo de la técnica, pero por sobre todas las cosas, una actitud humana y positiva que le traduzca a ese hombre-enfermo el hábito necesario para que continúe su lucha vital.

CAPITULO I

1.1 LA EVOLUCION DEL EJERCICIO MEDICO:

La medicina, es decir, la profesión médica, surge como una necesidad del hombre de aliviar el dolor humano; el dolor de otro hombre de su propia comunidad. Caracterizándose a dicha profesión como una profesión de servicio, ya que el individuo sano consciente de sus propias posibilidades y de la angustia creciente de su congénere un hombre igual que él busca el restablecer el bienestar perdido.

“En esta primera fase [de surgimiento] la medicina dentro del grupo social es simplemente un sentimiento comunitario de solidaridad que permite establecer la época de la medicina primitiva; en ella, no existe una diferencia marcada entre quien es capaz de aliviar el dolor y quien es capaz de sentirlo, puesto que no existe ningún elemento de diferenciación, y sólo el tiempo y las acciones repetidas van pudiendo establecer la diferencia entre quienes conocen la manera de paliar el dolor y quienes no lo saben hacer, siendo la comunidad la primera en otorgar elementos de reconocimiento a aquéllos quienes pueden disminuir el dolor, estableciéndose por vez primera el vínculo objetivo entre una acción individual y la respuesta de la sociedad”.¹

La evolución histórica muestra la época de la medicina mágica y religiosa. En ella, se une el conocimiento puramente primitivo de quienes alivian y padecen el dolor, con las fuerzas externas inicialmente derivadas de la naturaleza y, después de la estructura religiosa, vinculando ambas, ya no a un reconocimiento, sino a un resultado de la acción de quienes, ya habiendo adoptado el nombre de médicos, son a la vez sacerdotes o uniones con las fuerzas superiores. En esta época, no sólo existe ya el reconocimiento de la sociedad, sino que a través de juzgar la conducta del hombre, sus acciones o sus propósitos, se fundamenta el resultado de la acción médica siendo positiva o benéfica cuando estos propósitos acciones y la conducta humana se pliegan a los dictados de la estructura o de la fuerza divina.

La historia de la sociedad permite para esta época establecer más claramente la diferencia entre quienes se dedican exclusivamente a curar los

¹ Roberto Uribe Eslas "Reflexiones Sobre la Evolución Médica" página 382.

males del hombre, y quienes pertenecen de manera exclusiva a la estructura religiosa, surgiendo y consolidándose la medicina empírica, en cuya primera fase la observación y la cuidadosa descripción de cada uno de los síntomas y signos, hace que se comience a estructurar parte del cuerpo de conocimientos de una manera regular. Así, empiezan a surgir, aunque de manera totalmente libre, la calidad de maestros y discípulos dentro de la medicina. En esta forma, se establece otro principio que tiene una relación directa con las funciones sociales de la profesión, y es la necesidad de aprender haciendo, de estar con el maestro cuando éste realiza sus intervenciones diagnósticas, elabore medicamentos, y aun cuando comete yerros y sea castigado. Surge el principio traducido a través de los tiempos por la filosofía hipocrática, en que el hombre que aprende medicina adquiere el compromiso inherente a la propia ciencia de proyectar sus conocimientos, sus experiencias a otros, llamados sus discípulos. Este principio es a través del cual la sociedad asegura un carácter generoso y desinteresado a quien ejerce la medicina, pero, además, establece la posibilidad de que siempre existan hombres calificados y capacitados en el desarrollo de medios que ayuden a la conservación de la salud de una sociedad determinada.

El pensamiento hipocrático conlleva y hace explícita la función de servicio médico, no sólo en lo relativo a su arte que más tarde será ciencia y técnica, sino que establece el marco de evolución de ejercicio social y el nivel ético y moral para el ejercicio positivo de la medicina.

A esta altura la sociedad conocía ya al médico errante de pueblo en pueblo, sabedor de sus habilidades y que ofrecía a través de un intercambio comercial sus dones para aquéllos que lo necesitaban, en este momento, también se inicia otro elemento que con el tiempo vendrá a tener una gran influencia y es el establecimiento de un vínculo económico entre quien ejerce la acción médica y quien la recibe. De esta manera se consolida, de manera muy clara la acción médica y su retribución económica.

Se ha llegado a la etapa de reconocimiento formal de la profesión médica, a través de la estructuración del cuerpo de conocimientos que hace a la medicina parte del saber universal y en donde se otorga el título para fines tanto académicos como profesionales. En esta etapa, que bien puede reconocerse desde la edad media hasta el renacimiento, en la que la profesión médica tiende a ser una ciencia de pocos, una ciencia cuyos límites de desarrollo no van más allá del claustro universitario y que hace que se establezca por vez primera la llamada clase médica; grupo distinguido por su saber, entre quienes se

estrechan lazos de interés común y de competencia. Es esta época, el desarrollo de los médicos de los grandes señores, de los médicos de cámara y de la distinción muy clara entre quienes "hacían medicina", los barberos, sangradores y las parteras, vienen a constituir una división de trabajo dentro de la propia medicina, categorizada supuestamente por conocimientos y por habilidades, teniendo para estas fechas, como centro más importante el conocimiento de la época, desdeñándose las acciones más bien técnicas que pertenecían a lo que posteriormente constituirá la cirugía y la obstetricia, esta última poco valorada y calificada como una acción propia de comadronas; por otra parte estaban los boticarios que encerrados entre moteros y botánenes establecen otra de las posibilidades de la profesión. Todo lo anterior constituye entre sí la categorización y el primer surgimiento de división del trabajo dentro de la profesión.

Ya se ha iniciado, a través del reconocimiento universitario, la estructuración de los conocimientos médicos, la organización de los propios grupos de maestros, la categorización del trabajo, uno de los grandes avances de la historia de la medicina que es la profesionalización.

La profesionalización de la medicina es así, el resultado de la evolución histórica de la propia área, pero sobre todo del reconocimiento social y su vinculación con la estructura de la comunidad en la que se ejerce. Por otra parte como efecto de la profesionalización, se inicia la organización del propio servicio médico y las posibilidades de equilibrio entre la demanda de público y el crecimiento individual del profesionista; comienzan a establecerse la competencia, se incluye el estudio y el reconocimiento de las actitudes tanto del médico como del paciente y se fijan los valores éticos exigidos para un adecuado servicio y atención a la comunidad.

"Se inicia la etapa de la medicina científica caracterizada por la aplicación de los principios científicos más avanzados y el desarrollo de la tecnología, cada vez más sofisticada en el campo de la medicina, tanto el diagnóstico de nuevas enfermedades, tratamiento de las mismas y elementos de rehabilitación o sustitución, en cuanto a medios, aparatos y medicamentos, logrando un avance prácticamente espectacular en los últimos 50 años, que hacen del campo de la medicina un área de desarrollo tal, que es infinitamente superior a todos los siglos transcurridos previamente."² Con la tecnología

² IDEM página 586

específica de cada una de las áreas de la medicina, surge como una resultante necesaria, ya no sólo la categorización del trabajo, sino el trabajo amplio, profundo y complejo en pequeñas áreas, naciendo las especialidades, es decir la especialización profesionalizada.

Dentro de esta época de medicina científica, caracterizada por el surgimiento de las especialidades, se establecen modificaciones a los vínculos formales que el médico desarrolla en su relación con el grupo social y, de esta manera, en la relación médico-paciente, el objetivo primordial está en conocer profundamente el padecimiento; deja de interesar el hombre, para ser de primordial interés el órgano o la función, parece más trascendente el llevar adelante los principios fisiopatológicos que el conocer el sentimiento o las actitudes del propio paciente. La medicina se transforma en un elemento complejo, y la función del médico es el hallazgo formal hasta las últimas consecuencias de la verdad patológica. A partir de este momento, las etapas de la evolución histórica de la profesión médica, ya no son tan claras y tajantes; pero, para incrementar la complejidad, diríamos que, en el ejercicio, se conjugan los diferentes medios sociales. Por lo anterior, dentro del grado de especialización y por esta creciente deshumanización se impone en años recientes la necesidad de incorporar formalmente a los estudios y al manejo médico, la aplicación de los aspectos psicológicos y anímicos del individuo, tanto del médico como del paciente, dándole a éste nuevamente la categoría humana y preocupándose por sus emociones, y actitudes y la trascendencia de éstas. En los estados patológicos, y aun en la aparente salud, la medicina gira de ser una ciencia fría a tratar de volverse una ciencia humana.

1.2 LA APARICIÓN DE ESPECIALIDADES

Aun y cuando con anterioridad tocamos de manera breve el tema del surgimiento de las especialidades médicas, nos gustaría, con el propósito de concientizar al lector en lo que respecta a la evolución de la práctica médica, en particular, las ventajas y desventajas que ha traído consigo la aparición y desarrollo de las especialidades, exponer las distintas vertientes que la doctrina a través de los años ha desarrollado. Obviamente, están quienes ven muy positivamente el desarrollo de la especialidad médica, y otros que por razones de deshumanización (desaparición del nexo o vínculo entre paciente y médico) critican la aparición de las mismas.

En sus inicios, la práctica de la medicina, o sus equivalentes para las culturas más remotas, no conocía la especialización en el sentido en que se práctica en nuestro tiempo por lo que aquél que la ejercía no tenía otra alternativa que vérselas con el organismo en su totalidad. Conforme nos acercamos a los tiempos recientes el quehacer del médico se hace más diverso, se fragmenta a grado tal que la ramificación que alcanza en la actualidad constituye un gran obstáculo para que los médicos adquieran una visión global del paciente.

En los países altamente industrializados tal especialización implica áreas muy restringidas de acción que poseen sus propios métodos y utilizan tecnología que también les es privativa; es probable, aunque la información no es totalmente precisa, que la cifra de 300 sea representativa del número actual de especialidades que de hecho operan en la práctica, y esto va en aumento. Lo anterior tiene diversos tipos de consecuencias:

En cuanto a los aspectos favorables, es indudable que la especialización del quehacer médico ha impuesto a nuestra disposición recursos de diagnóstico precoz o más preciso, y representan alternativas de sobrevivencia de las que antes se carecía; como las tomografía computarizada y la resonancia nuclear magnética; son tecnologías de diagnóstico de una utilidad potencial del hombre, y son recursos terapéuticos que sólo los conocimientos actuales han hecho factible su existencia.

También, el quehacer especializado en medicina constituye una ventaja para algún tipo de paciente aquejado por un problema específico que requiera de un especialista altamente experimentado.

Los efectos desfavorables de la especialización son también considerables. El médico especializado ve a su paciente a través del enfoque que le aporta el órgano al que dedica su interés; tiende a sobrevalorar la importancia de tal órgano en cuanto a los cuidados o recomendaciones terapéuticos que prescribe, frecuentemente en detrimento de otros órganos que pueden alterarse o aun comprometer la vida del paciente limitándolo en sus actividades. Lo que quiero decir es que cada vez más el especialista pierde de vista la integridad que es su paciente y, por lo mismo, se encuentra imposibilitado de actuar considerando la compleja individualidad que tiene ante sí. Asimismo, se vuelve incapaz de jerarquizar, de ordenarlas de acuerdo con la trascendencia que representan para el paciente como integridad, ya que su visión es parcial, limitada.

La medicina contemporánea propicia una distorsión sistemática de la mirada del médico con respecto a lo que es el hombre; tal distorsión se origina por la posición que aquél ocupa dentro de la división del trabajo. Su sitio de observación es la especialidad que cultiva, lo que permite que su enfoque sea limitado. La formación especializada que adquieren los médicos en la actualidad los prepara para el dominio de diversas técnicas (de diagnósticos y tratamientos) que tienen utilidad potencial para un determinado paciente, siempre y cuando esté aquejado de alguna enfermedad circunscrita al área especializada a la que se dedica el médico en cuestión.

De lo dicho se desprende que la deformación profesional del médico le hace prácticamente inaccesible una visión del hombre en su integridad y en relación con su entorno; por lo mismo sus intereses de conocimiento pierden de vista que la razón de la práctica médica es procurar una mejor calidad de vida de los pacientes y no sólo la normalización de ciertas alteraciones de laboratorio o la mejoría de la función de un órgano aislado.

La otra deformación que sufre el médico con respecto a su concepción de la vida humana es que ha aprendido a valorar la vida desde la perspectiva de la enfermedad y, por lo tanto, tiene muy poco que aportar en la comprensión de lo que es la vida cuando la enfermedad no está presente.

Lo que debemos destacar es que tanto la medicina moderna no cuente con una visión global e integral del hombre, que dé sentido y significación a las múltiples acciones de que dispone, persistirá el estado actual de cosas donde las intervenciones médicas han perdido la dimensión total del hombre enfermo y funcionan como acciones desarticuladas, frecuentemente contradictorias entre sí, desprovistas de un contexto que les dé justificación, una verdadera racionalidad, dirección y una apropiada jerarquización de las alternativas de acción.

Los atributos de calidad de la medicina tienen una relación directa con la disponibilidad de las tecnologías modernas para el diagnóstico y el tratamiento. Lo que intentaremos mostrar es que la tecnología puede contribuir a mejorar la eficacia de la medicina y de hecho lo hace, pero también puede contribuir a degradar la práctica médica, a hacerla más peligrosa e innecesariamente costosa. El meollo del asunto radica en las formas de uso de la tecnología.

En medicina no existen pruebas infalibles, ni siquiera los estudios histopatológicos, sino que el diagnóstico certero se basa en diversos indicadores siendo el más importante, en la mayoría de los casos una historia clínica acuciosa y detallada que es la base de sustentación de una práctica clínica adecuada.³

Para Mosset Iturraspe " la especialización no puede conducir a saber mucho de algo, por lo común un pequeño sector de la medicina, y a ignorar todo el resto".⁴

³ "La especialización Médica", como acercamiento a la Medicina. Secretaría de Salud. México.D.F. 1990, Págs. 41-52.

⁴ Mosset Iturraspe. "Responsabilidad Civil del Médico", Editorial, Astral, Buenos Aires, 1979, pág 33.

Esto es exacto como expresión de deseos, pero mal puede afirmarse como regla que los especialistas ignoren el resto de la medicina. Por el contrario, pueden conocer bien la medicina y mejor un sector parcelizada de ésta.

Para el caso preguntaríamos a: los que así opinan ¿ Ante quién someterían una operación de neurinoma del nervio acústico o el tratamiento de una disfunción testicular; con un médico general o con un especialista? La respuesta fluye sin ningún esfuerzo.

Es exacto que el título habilita para el ejercicio sin limitaciones, pero la práctica ha señalado la necesidad de una especialización atento el enorme caudal de conocimientos exigidos en cada sector, la complejidad de las técnicas, el uso de aparatos que requieran preparación particular y así se ha reconocido en el Código Internacional de Ética Médica (Londres, 1949, enmendado en Sydney en 1969):

Creemos que tal especialización, o bien el campo de la medicina tan amplia que es imposible que un médico domine todas las áreas. A nuestro favor encontramos que Yungano... opina que : "...Cuando un examen o tratamiento sobrepase su capacidad, el médico debe llamar a otro médico calificado en la materia..."⁵

Revisando el Derecho Comparado encontramos que en Argentina el Artículo 21 de la Ley 17.132 establece, que para utilizar el título de especialista y anunciarse como tales, los médicos deben acreditar alguna de las siguientes condiciones:

- a) ser profesor universitario de la materia;
- b) poseer título de "especialista" o de capacitación especializada otorgado por Universidad Nacional o Privada y habilitado por el Estado;

⁵ Yungano-López Bolado-Poggi-Bruno. "Responsabilidad Profesional de los Médicos". Editorial Universidad. Buenos Aires, 1987. págs. 54-55.

c) poseer título de "especialista" otorgado por Colegio o Sociedad Médica reconocida de la especialidad y siempre que hagan cumplir las siguientes exigencias: acreditar antigüedad en el ejercicio de la especialidad; valoración de títulos, antecedentes y trabajos y examen teórico y práctico, sin perjuicio de que en cada especialidad, la Secretaría de Estado fijará las condiciones mínimas;

d) poseer significado de "especialista" otorgado por la Secretaría de Salud Pública previa certificación de antigüedad de cinco (5) años de ejercicio en servicios hospitalarios oficiales o previamente reconocidos por la autoridad nacional.

El avance de la ciencia, y no únicamente de la medicina, tuvo repercusiones sobre la práctica de ésta, surgiendo aquellos médicos que, más capacitados en tal o cual método, técnica o procedimientos, iniciaron el desarrollo de las especialidades.

Sin embargo, las habilidades no lo son todo. En el momento actual, no basta que el médico logre una formación más fina como especialista, si sólo abarca aspectos técnicos, sino que éste requiere una orientación social, de principios generales, que deberá normar su acción técnica y social, y lo acerque a la realidad de su época; y no, por el contrario, le permita ser un "sabio-ignorante"; ya que en opinión de Ortega y Gasset, el especialista "desconoce la fisiología interna de la ciencia que cultiva, mucho más radicalmente ignora las condiciones históricas de su perduración, es decir, como tienen que estar organizadas la sociedad y el corazón del hombre que para que pueda seguir habiendo investigadores".

La ausencia de preceptos sociales firmemente imbuidos en la formación del especialista trae como consecuencia la práctica de una medicina deshumanizada que olvida las características propias de la naturaleza humana, con la que trata todos los días, y que se ufana en conocer la perfección, olvidando que también él es un poco humano. Así en aras de un perfeccionismo mal entendido se transforma en un hombre máquina que no logrará ser eficiente como tal, ni comprender a sus semejantes como humanos, puesto que ha perdido el contacto con la realidad.

Por lo tanto, la práctica actual de cualquier especialidad ha de incluir la comprensión de fenómenos y transformaciones sociales de la época histórica en curso, y el empleo de técnicas propias de esa especialidad de que se trate; y no sólo dedicarse a la resolución de la problemática intrínseca de la materia, sino también, valiéndose de las mismas, llegar a una mejor comprensión de la evolución del hombre futuro y encontrar la respuesta a las interrogantes planteadas tradicionalmente. No, por encontrar respuestas novedosas, técnicas más dejarradas o realizar cambios radicales, debe sentirse el especialista defraudado; sino, por el contrario, en esa búsqueda cotidiana, en ese intento que exige lo mejor de su conocimiento y voluntad, logrará su realización plena.

Lograr la salud, rescatar la muerte sin la incorporación completa al grupo social a que pertenece, y otorgarle nuevas proyecciones a su propia vida ha de ser la práctica tradicionalista de una especialidad que, restringida, no ofrecerla a los hombres de este tiempo las posibilidades que le son inherentes.

El especialista, y el intelectual en general, pueden y deben conjugar sus intereses personales para realizarse íntegramente en el ámbito de la sociedad de la cual provienen y a la cual se deben. Una acción conjunta de individuos con diversos intereses y orientaciones será la resultante sociológica. Siguiendo a Durkheim, se acepta que "la sociedad permite que el individualismo se desarrolle en función de una necesidad y de un imperativo moral, pudiendo realizar el hombre su propia vocación"

Las relaciones entre el individuo y el grupo, mostrarán el grado de integración de que aquél es capaz; y no por las restricciones y reglamentaciones que la vida en la comunidad exige, el hombre deberá sentirse insatisfecho; sino que; aceptando las exigencias de la disciplina; tendrá derecho a realizar íntegramente su propia personalidad y satisfacer sus deseos.⁶

Con la Especialización se produce un proceso de Deshumanización y Burocracia de la medicina:

⁶ Roberto Uribe Elías. "El Ejercicio de la Profesión Médica". Reflexiones sobre educación Médica. Cap. V., pág. 621-626.

Intentaré ahora el análisis de dos de las características que hoy en día marcan a la práctica de la medicina y que son, desde hace algún tiempo, graves preocupaciones para aquéllos que tienen alguna responsabilidad, tanto en la formación de nuevos médicos como en el ejercicio mismo de la práctica médica; me refiero al burocratismo y a la llamada deshumanización de la medicina.

Entendiendo por burocratismo una forma peculiar de organización de trabajo en la que cabe distinguir una estructura de tipo piramidal con varios niveles, dichos niveles conformados por 3 grupos:

a) El primero.- personal de salud, el encargado directamente de la prestación del servicio por el cual los pacientes acuden a las instituciones. Este grupo está encabezado por los médicos e incluye enfermeras, los técnicos, el personal auxiliar y trabajo social.

b) El segundo.- constituido por el personal administrativo, encargado de organizar en el tiempo y en el espacio las actividades de la institución. Estos funcionan como intermediarios entre el equipo de salud y los usuarios de los servicios.

c) El tercero.- los usuarios o pacientes donde cada grupo posee un saber que lejos de difundirse de manera horizontal, es decir, entre los integrantes del mismo nivel, o mejor aun hacia los usuarios de los servicios (base de la pirámide), sólo rinde cuentas al siguiente nivel del escalafón y así sucesivamente, hasta llegar a la cúspide de la jerarquía piramidal.

El surgimiento del burocratismo en el seno de las instituciones médicas significa una progresiva separación entre los usuarios de los servicios y los prestadores directos de los mismos.

Tal intermediación restringe las oportunidades de contacto entre ambos con la consecuente despersonalización en la prestación del servicio. El usuario ya no llega directamente con el médico sino que debe acudir a varias instancias previas, con el personal especializado, a pedir información; después solicitar

una consulta, con la fecha y hora en que será recibido es decir realizar los diversos trámites, haciendo mención que para cualquiera aclaración se hará uso de los conductos pertinentes para que la información sea transmitida a quien corresponda.

Lo anterior contribuye, a que la relación médico-paciente se diluya cada vez más en la mediación de este grupo dependiente de la administración.

La prestación de los servicios condicionan que el propio trabajo del médico se burocratice, ya que deben tener al corriente las notas de cada uno de los expedientes de los pacientes a su cargo, esto trata de indicadores cuantitativos que muy poco tienen que ver con la calidad de los servicios que prestan. Con esto se propicia un trato cada vez más impersonal entre los prestadores directos de los servicios y los usuarios, y se siembran las bases para el avance de lo que se ha llamado la deshumanización de la medicina.

Esta forma de calificarla pretende describir una situación donde lo que predomina es esa actitud del médico que lo hace cada vez menos receptivo y sensible a los mensajes afectivos que, en todo momento, el paciente transmite al referir sus síntomas.

Se dice que una forma menos evidente de la deshumanización, que suele pasarse por alto es el uso indiscriminado de procedimientos de diagnóstico o tratamiento. Sin embargo esta práctica puede ser vista como una defensa (disminución de errores) de los médicos a causa de las excesivas demandas en las que se ven envueltos por mala práctica médica, como sucede en nuestro país vecino, Estados Unidos.

La deshumanización de la medicina es una resultante en la que poco tiene que ver la malevolencia de los médicos, la cual no está incluida, sus raíces se encuentran en una forma de organización de las instituciones médicas que se ha mencionado anteriormente. Un agravante de la situación lo constituye el salario de los médicos y del resto del personal que forma parte del equipo de salud, que son totalmente insuficientes para satisfacer los requerimientos propios de una vida mínimamente decorosa. Esto condiciona que, con muy

elevada frecuencia, los prestadores de los servicios, incluidos los médicos, tengan más de un sitio de trabajo en el intento de complementar sus ingresos. De ahí, por ejemplo, la prisa por salir a la hora estipulada, ante la necesidad de cumplir con otro horario de trabajo que forma parte de la jornada cotidiana.

De ninguna manera se trata de justificar, con los planteamientos anteriores, la actitud de muchos prestadores directos de los servicios que es reprochable e injustificable; de lo que se trata es de entender el origen social de la deshumanización de la medicina; ubicando el nivel donde se encuentra el inicio de su solución. Mientras el burocratismo no ceda terreno difícilmente podemos aspirar a una organización vigorosa y académicamente en auge de los prestadores directos de los servicios.⁷

Muy unido al concepto de trabajador, olvidando al de profesionalista, está por razones de organización de la atención médica, el surgimiento de la burocracia, que abarca el concepto de actitud y función del propio médico. La creciente burocratización del quehacer médico, sobre todo en los niveles institucionales, ha establecido uno de los principales problemas a los que se enfrentan quienes, interesados en el desarrollo de la medicina y los médicos, buscan alternativas para que éste sea positivo, y en la desmotivación, entendida como el proceso de apatía, falta de interés por el trabajo cotidiano y ausencia total de perspectivas que hacen del médico no sólo un profesional inoperante, sino peligroso por su acción impredecible y la pérdida de conocimientos vigentes, condición "sine qua non" para el ejercicio actual, moderno y real de la medicina.⁸

⁷ "La Medicina y los Problemas de Salud", como ocurre en la Medicina, Secretaría de Salud, México, O.F. 1990, págs. 166-171

⁸ Roberto Uribe Elias. "El Ejercicio de la Profesión Médica", Reflexiones sobre Educación Médica, Pág. 591.

1.3 LA CERTIFICACION DE LOS MEDICOS ESPECIALISTAS

Los orígenes de la especialización médica en México al parecer se remontan a 1920, cuando en el Hospital General de México se inicia la departamentalización hospitalaria con la creación de los servicios de cardiología, gastroenterología y urología, por los doctores Ignacio Chávez, Abraham Ayala González y Aquilino Villanueva respectivamente. Las primeras residencias formales se crean 20 años después, en 1942, también en el Hospital General. A éstas le siguieron las residencias del Hospital Infantil de México, que se abrieron en 1943, y las residencias del Instituto Nacional de Cardiología y del Hospital de las Enfermedades de la Nutrición, que se crearon en 1944 y 1946, respectivamente.

En los últimos 50 años, las especialidades médicas en México han proliferado. En la actualidad, la División de Estudios de Postgrado e investigación de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Autónoma de México reconoce 48 cursos de especialización en más de 89 sedes clínicas distribuidas en 12 entidades federativas. A estos cursos habría que agregar los programas de formación especializada de los médicos de otras universidades mexicanas públicas y privadas.

Por su parte, los Consejos de Especialidad, coordinados por la Academia Nacional de Medicina, reconocían 1992 a 29 093 médicos especialistas certificados, cifra que corresponde aproximadamente al 19% del total de médicos registrados en la Dirección General de Profesiones.

En México, tanto la Ley General de Profesiones como en la Ley General de Salud son ambiguas en lo que se refiere a las especialidades, y resulta que se puede tener, indistintamente, el reconocimiento de una institución de salud o de una institución de enseñanza. Además durante mucho tiempo no existió ningún organismo que regulara la uniformidad de los programas, requisitos y calidad de la enseñanza de postgrado, y mucho menos quién certificara los conocimientos y destrezas de los médicos para ejercer determinada especialidad y vigilara su desarrollo profesional.

Ante este vacío normativo y legal, fue que se crearon los llamados Consejos de Especialidad. El primero de ellos fue el Consejo Mexicano de Patología Clínica, que se creó en 1963. Estos Consejos de Especialidad, únicos por especialidad y con carácter nacional tienen como función básica certificar por lo general a través de un examen que un médico cuenta con los conocimientos y destrezas necesarios para ejercer una especialidad. Por su parte la Academia Nacional de Medicina en años recientes ha funcionado como organismo normativo, a través de su Comité de Certificación de Especialidades, que tiene como función principal reconocer la idoneidad de los consejos.

Si bien la expedición de estos certificados no es un requisito legal para ejercer la medicina de especialidad, sí intenta garantizar a las instituciones y a los usuarios que la atención médica proporcionada por el certificado es de primera calidad.

1.4 LA RESPONSABILIDAD EN LA HISTORIA DE LA MEDICINA.

A través de la historia del derecho y de la medicina la responsabilidad del médico ha sido, en términos generales, admitida y sometida, a veces, a fórmulas de Talión.

En la Antigua Persia había varias clases de médicos: los que curaban con plegarias eran lo más respetados, los que utilizaban hierbas y los que recurrían a operaciones cruentas; existía también una graduación en cuanto al honorario que se abonaba en especie y que podía ser un caballo, una vaca o una barra. El Código de Hamurabi imponía penas corporales (la muerte o amputación de manos) al médico, que no atendía con la prudencia y cuidados necesarios, al paciente, ocasionándole un daño.

En Egipto, durante la época de los Faraones, se formaron colegios secretos que establecían que si el médico actuaba conforme con las reglas y fórmulas admitidas, no incurría en responsabilidad cualquiera que fuera la suerte del enfermo; sin embargo si se apartaba de aquellas reglas, el médico podía ser castigado con severas penas, aun la de muerte¹¹.

Encontramos en los egipcios el primer código médico. Contenia éste las reglas a que los ejercitantes debían sujetarse, reglas dictadas por los sucesores inmediatos más célebres de Homés. Los que las seguían estaban a salvo de cualquier contingencia. Entre los griegos, Plutarco refiere que Glaucus, médico de Ephesion, fue condenado a morir en cruz por la indignación que a Alejandro le produjo el abandono en que el infortunado médico había dejado a su cliente, abandono que trajo como consecuencia la muerte de éste. En Roma, la ley Aquilia regla a los médicos. En ella se habla por vez primera de la "culpa gravis" que ha servido de base a muchas legislaciones. Existía también la responsabilidad médica en los pueblos bárbaros. Entre los Ostrogodos, cuando un enfermo moría por la impericia del médico, era este entregado a la familia, quien tenía plenos poderes sobre él. En la Edad Media, uno de los documentos más antiguos data del siglo XIII. Es una sentencia de los burgueses de Jerusalén contra un médico, por haber cortado transversalmente la primera pierna de un enfermo, acusándole la muerte.

¹¹ López Bolado-Poggi-Bruno. "Responsabilidad Profesional de los Médicos" Editorial Universidad. 1982 página 28.

La jurisprudencia francesa del siglo XV castiga las faltas intencionales de los médicos, aún cuando sean leves, y las graves, aun cuando no hubiese habido dolo. En 1596 y 1602, el Parlamento de París declara que los médicos cirujanos no son responsables de los accidentes que sobrevienen en el curso de un tratamiento, y años más tarde, cambiando su doctrina, condena algunos métodos terapéuticos y prohíbe el uso del emético, prohibición que deroga más tarde por que según el decir de Guy Patin era el emético el remedio favorito de Luis XIV en sus frecuentes indigestiones. Las leyes del 29 Ventoso, año XI, que ha regido en Francia hasta 1892, sólo se menciona la de los Oficiales de Salud. En Alemania, la responsabilidad médica estaba reconocida por la Constitución Carolina de Carlos V.

Por otra parte en Atenas estaban expresamente prohibidos el aborto y la castración, abusar de la debilidad de las mujeres, y se sancionaba la violación del secreto médico, hasta que, con la escuela de Cos-Hipócrates- la medicina griega apoyada sobre un criterio racional y natural alcanza su mayor apogeo.

En Roma se admitía que la relación médico-paciente era una forma de arrendamiento de servicios que era, a su vez, uno de los contratos consensuales, mismo que no exigía para su perfección formalidades especiales. Desde la época del Derecho Romano empezaba a distinguirse el tipo de servicio prestado por los médicos, tan es así que en el arrendamiento de servicios se distinguía la *locatio operarum* de la *locatio operis*.

En la *locatio operarum* el locador presta al conductor determinados servicios; sin embargo, no todos los servicios podían ser objeto del arrendamiento, excluyéndose los que eran difíciles de determinar en dinero. Así eran los *operae liberales* o sea los servicios prestados por quienes ejercían profesiones liberales como los retóricos, geómetras, médicos y abogados; podían recibir una remuneración-*honorarium*- reclamable en justicia por una *congeniti extraordinaria*.

En la *locatio operarum* el contrato obligaba a una de las partes a prestar los servicios y a la otra a pagar la merces convenida; pero como las profesiones liberales quedaban a veces excluidas, algunos consideraban la relación como una forma de mandato según el cual el mandatario prestaba un servicio al mandante que le brindaba su confianza. Pero, conforme con Paulo, si se hubiera fijado un salario no habría mandato sino arrendamiento de servicios,

pero estaba permitido remunerar ciertas actividades como las del médico, remuneración que tomaba el nombre de honor, y que podía ser reclamada no por la *actio mandati* sino por una *cognitio extraordinaria*, según la cual el magistrado decidía la disputa sin organizar el *judicium*. La sentencia se llamaba *decretum* y si la condena era viable el reclamo del médico era pecuniaria o sustituida en especie asegurando el magistrado su cumplimiento en virtud de su *imperium*.

Dos publicitados procesos habidos en Francia en el siglo pasado marcaron las pautas de valoración para llevar a cabo el estudio de las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la práctica desempeñada por un médico bajo la regulación de nuestro país.

En el primer caso el Dr. Helie-1825- fue llamado a atender un parto distócico con presentación de hombro; al encontrarse con el brazo derecho fuera de la vulva lo amputo sin intentar ninguna maniobra correctora. Al presentarse de inmediato el otro brazo en igual forma procedió también a amputarlo. Concluido el parto, el padre del recién nacido denunció el hecho ante el tribunal de Donfront el cual, previo dictamen de la Academia de Medicina, sentenció que el médico había actuado "impudicamente y con una precipitación increíble no habiendo intentado maniobra obstétrica ni llamado a consulta"², y condenándolo a pagar una indemnización vitalicia al menor.

El segundo caso ocurrió en 1832.- El Dr. Trouret Noroy había practicado una sangría; detenida la hemorragia, colocó un vendaje, formándose con posterioridad una tumoración dolorosa. Al regresar el médico dispuso la aplicación de pomadas locales, pero el paciente empeoró, negándose luego el profesional a examinarlo. Otro Médico diagnosticó aneurisma arterio-venoso con lesión de la arteria braquial; a pesar de las ligaduras la infección gangrenosa desencadenada fue determinante de la amputación del brazo. Entablada la acción judicial el tribunal sentenció que había existido "impericia, negligencia grave, falta grosera, y olvido de las reglas elementales"¹¹ y concluyó al médico al pago de una indemnización vitalicia. El fallo fue confirmado por el Tribunal de Casación ante el cual pronunció el fiscal Dupin su famoso dictamen que entre otros argumentos sostenía: "...Queda a cargo del

² *idem* página 30

¹¹ *IDEM* página 101

juez, en cada caso determinar cuando alguien debe ser considerado responsable de un acto cometido en el ejercicio de su profesión... Para que haya responsabilidad civil no es necesario buscar su extinción; basta que haya habido negligencia, imprudencia, impericia grosera y por tanto inexcusable".¹²

Después de haber hecho referencia a estos casos tan importantes en el desarrollo de la Responsabilidad Médica, en los que se observa una mala práctica "imprudencia, precipitación, impericia y negligencia grave" por parte del médico; nos gustaría describir brevemente cuáles son los requisitos para que un médico se considere facultado para practicar la medicina en nuestro país.

¹² IBIDEM página 30

1.5 EL LICENCIAMIENTO DE LOS MÉDICOS GENERALES

El actual proceso de licenciamiento de los médicos en México tiene sus antecedentes más inmediatos en los debates legislativos que dieron origen, en 1944, a la expedición de la Ley Reglamentaria de los artículos 4to. y 5to. Constitucional (Ley de Profesiones), relativos al ejercicio de las profesiones, y a la creación, en 1945, de la Dirección General de Profesiones.

De acuerdo con esta Ley de profesiones y con la ley General de salud, los médicos deben contar con un título expedido por una institución educativa reconocida para practicar su profesión.

Asimismo, se requiere de la autorización del Estado, que se otorga mediante una cédula que emite la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública.

Si bien el Estado participa en la verificación del nivel de competencia de los egresados de las escuelas y facultades de medicina mediante la expedición de la cédula profesional, su participación se ha reducido a un mero trámite administrativo. El problema se complica por el hecho de que, a juicio de muchos, no todos los exámenes profesionales de las distintas instituciones que ofrecen educación en ciencias de la salud garantizan el nivel de competencia necesario para ejercer una práctica médica de alta calidad. La heterogeneidad a este respecto se puede documentar, por ejemplo, con los resultados del Examen nacional de Residencia, que nos hablan en general de una mala capacitación de los estudiantes de las escuelas públicas y privadas.

Se han construido distintos órdenes o planos de responsabilidad que podríamos presentar como círculos concéntricos. El más amplio corresponde a la responsabilidad civil; el segundo círculo, de la periferia al centro, se destina a las responsabilidades administrativas; y el tercero, el más reducido, pero también el más riguroso que se atiene al principio de la "intervención penal mínima del Estado", tiene que ver con la responsabilidad penal, que sirve para enfrentar las conductas más lesivas o peligrosas, y por eso mismo dispone de las reacciones más severas con que cuenta el control social jurídico.

CAPITULO 2

2.1A LA SALUD COMO BIEN JURIDICO PENAL PROTEGIDO

La vida es un derecho natural que tenemos por el simple hecho de existir es decir de haber nacido, y creemos que es el bien preponderantemente mas valioso que tenemos, es un bien jurídico irrenunciable, ya que esta no se puede comprar o vender así como tampoco se puede devolver, es por esto que nos ocupa en este trabajo. De esta se desprenden muchos otros bienes jurídicamente tutelados así como la dignidad, la libertad, la integridad física, la salud etc...

Por SALUD se entiende según el Diccionario de la Real Academia Española:¹³

- 1) Estado en el que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones.
- 2) Condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado.
- 3) Libertad o bien público o particular de cada uno.

El derecho debe ser la gran finalidad del Estado y dentro de los bienes y valores que merecen especial protección por parte de uno y otro está la salud del ser humano en un doble aspecto:

- a) como bien jurídicamente tutelado en el sentido de que todo daño que se produzca en la salud del individuo será sancionado desde el campo del Derecho penal y reparado o indemnizado en el plano civil,
- b) como valor frente al cual el Estado debe organizar y/o fiscalizar un sistema de prevención, tratamiento y readaptación en los supuestos de que la salud se altere por factores personales, socio-ambientales.

No es necesario insistir en que la salud pertenece al grupo de bienes que no son susceptibles de estar en el comercio, y no tiene mayor entidad calificada

¹³ Diccionario de la Real Academia Española. Tomo II. Espasa Calpe. 21 edición. pág. 1836.

con los caracteres de inalienable e imprescriptible. Va de suyo que no es inalienable sin perjuicio de la existencia de regimenes laborales que la deterioran, la disminuyen o terminan finalmente por "destruirla". Tampoco tiene mayor sentido hablar de "imprescriptibilidad", pues pertenece al grupo de los derechos personales a los que no se puede renunciar a recuperarlos total o parcialmente cuando están alterados por una enfermedad.

La salud como bien jurídico tutelado interesa y compromete al orden público y de ahí la intervención estatal a nivel administrativo o judicial, sea que se trate del ejercicio liberal de la profesión o como actividad social en instituciones públicas o privadas, sin perjuicio de que en el primer caso, el médico debe y puede cumplir también una función social.

nota: derechos naturales del hombre: la vida - por tanto se desprende que la salud es parte de ese derecho natural, toda vez que las lesiones y el homicidio son pecados...

La culpa del médico genera responsabilidad cuando ha provocado un daño en el paciente porque la vida de éste, su salud y su integridad personal (físico-psíquica), son bienes protegidos por el derecho y en cuya tutela está comprometido el orden público y una de las funciones esenciales del Estado. Desde la época de Hipócrates es sabido que el médico debe establecer el régimen de los enfermos de la manera que les sea más provechosa, evitando todo mal y toda injusticia y librándose de cometer voluntariamente faltas injuriosas o acciones corruptoras. El hombre en su totalidad es el punto de partida de los valores de la realidad¹⁴, y la esencia d su dignidad personal se encuentra en la autonomía moral ; por ello, parafraseando a Savigny se puede afirmar que el derecho está al servicio del hombre y existe a causa de la libertad moral que nace en cada hombre particular, sancionando toda falta contra su vida, su salud, o su seguridad.¹⁵

¹⁴ Hartman, *Ética*, 1926, pág. 161.

¹⁵ Savigny, "Sistema del Derecho Romano actual", Edición, Góngora, 1-372 y 11-2, Madrid, 1978.

2.1B CONCEPTO DE RANGO SOCIAL

“La salud es un derecho fundamental del ser humano y como tal, forma parte implícita del desarrollo de un país. La salud y la educación son los pilares que definen el bienestar de la población. Éstas definen de manera fundamental la participación potencial en la fuerza laboral. Además del impacto derivado de la protección a la salud de la población, las actividades enfocadas a mejorar la salud de la población infantil se traducen en una reducción del ausentismo escolar y redundan en un mejor aprovechamiento académico. De ahí que el impulso que recibe el Sector Salud representa claramente una inversión en capital humano. Es por ello que toda estrategia cuyo objetivo sea mejorar la salud de la población combate simultáneamente la pobreza. De lo anterior se desprende que los resultados de las acciones del Sector Salud se multiplican con aquellas derivadas de otros sectores que igualmente abordan el bienestar de la población. La salud es elemento central del bienestar humano y una precondición del potencial productivo del hombre y de su desarrollo a través del trabajo. La búsqueda de la eficiencia en las políticas de salud es una de las más importantes tareas que un país puede proponerse, ya que la salud es el principal elemento para una auténtica redistribución del ingreso por lo tanto condición indispensable de la equidad”¹⁶.

Suponemos evidentemente que la convivencia social genera exigencias morales o jurídicas, o ambas cosas a la vez, que no es posible desechar o rehuir. Por lo que suponemos que el cumplimiento de esas exigencias acarreará la aprobación social; y su desatención traerá consigo el reproche y una reacción jurídica más o menos enérgica e intensa, según sea la importancia de las exigencias formuladas y del incumplimiento cometido.

Se han formalizado dos principios del sistema jurídico moderno: La responsabilidad por la conducta propia y la igualdad de todos los hombres ante la ley. A estas reglas no se sustraen los profesionistas. Por el contrario, para ellos existen disposiciones más enérgicas, porque son depositarios de una función y de una confianza sociales que los colocan en un plano más delicado y trascendente que colocan en un plano más deliando y trascendente que el

¹⁶ Programa de Reforma del Sector Salud 1995- 2000. II. Propósitos, objetivos y lineamientos de la reforma del Sector Salud. Y. La salud en el Desarrollo. Poder Ejecutivo., pág. 9.

atribuido a quienes no son titulares de esa función ni depositarios de esa confianza.

2.1C CONCEPTO DE SALUD PREVENTIVA Y COMO ESTADO SOCIAL, QUE SEA EFICAZ Y QUE SEA INICIATIVA PÚBLICA Y PRIVADA.

En la Ley General de Salud encontramos varias definiciones jurídicas referentes a los conceptos de SALUD;

El Artículo 23 establece lo siguiente:

“Para los efectos de esta Ley, se entiende por servicios de salud todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad”.

El Artículo 24 de la Ley General de Salud, que a la letra dice: “Los servicios de Salud se clasifican en tres tipos:

- I.- De atención Médica;
- II.- De Salud Pública, y
- III.- De asistencia Social”.

Así como, el Artículo 32 de la citada Ley, establece que “Se entiende por atención Médica el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar la salud”.

Y por último las actividades de atención médica son las siguientes, según el Artículo 33 de la ley en mención:

- I.- Preventivas, que incluyen las de promoción general y las de protección específica;
- II.- Curativas, que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y,
- III.- De rehabilitación, que incluyen acciones tendientes a corregir las invalideces físicas o mentales.

PREVENTIVA-PREVENIR:

- 1) Preparar, aparejar y disponer con anticipación las cosas necesarias para un fin.
- 2) Prever, ver, conocer de antemano o con anticipación las cosas necesarias para un fin.
- 3) Precaer, evitar, estorbar o impedir una cosa
- 4) Advertir, informar o avisar a uno de una cosa.

PREVENTORIO.-

Establecimiento destinado a prevenir el desarrollo o propagación de ciertas enfermedades.

Como ha sido señalado, las instituciones del sector salud se han desarrollado en ausencia de incentivos intrínsecos a la calidad y la eficiencia, así como limitada capacitación de los trabajadores de la salud y deficiente organización administrativa. Si bien la verticalidad de este modo de operación le ha permitido inobjetables alcances al país en materia de salud, también es cierto que limita su desempeño. Los prestadores de servicios tienen una misión que cumplir, pero no hay incentivos, es decir, no existen mecanismos interconstruidos en la operación cotidiana de los servicios que midan la satisfacción de los usuarios, mucho menos que los vinculen a los intereses de los prestadores de los servicios. Tampoco existen mecanismos que promuevan que los recursos se orienten hacia las acciones de mayor efectividad en relación con su costo, su buen uso y que limiten el desperdicio.

Lo primero da como resultado que los usuarios de los servicios reciban una calidad significativamente inferior a la que sería capaz de proveer el sistema. Diversas encuestas revelan, por ejemplo, que más de la mitad de los usuarios del sector considera que los servicios que reciben son de calidad regular o mala. Lo segundo hace que, entre otras cosas, la atención esté primordialmente dirigida hacia las intervenciones curativas en detrimento del fomento de la salud y las acciones preventivas.

Poner mayor énfasis en las acciones preventivas es una exigencia en un país con tantas necesidades. Estudios relacionados con el tema señalan que, por ejemplo, la prevención de una muerte infantil a través de la vacunación oportuna tiene un costo aproximado de 130 pesos, mientras que los costos de tratamiento previos al fallecimiento de un niño por esta causa rebasan los 3000. Abundan ejemplos similares entre los que destaca, también por ejemplo, el costo de prevenir un caso de contagio de sida contra el costo del tratamiento de un paciente que ha adquirido el virus. La pérdida de una vida humana es superior a toda ponderación, pero saber además que el salvar esa vida puede costar una pequeña fracción de lo que cuesta no hacerlo, debe movernos a la reflexión primero y después a la acción inmediata.

Así es necesario encontrar la manera de incorporar en nuestros esquemas de atención elementos que motiven la prestación de servicios de mayor calidad y otros que hagan del cuidado de la salud y no del tratamiento de la enfermedad la verdadera meta. Estos esquemas no pueden quedar en simples propósitos o declaraciones; la voluntad más decidida por lograr estos fines palidece ante la fuerza del diseño de un sistema que, a diferencia del actual, opere desde la base misma de su funcionamiento cotidiano en ese sentido.¹⁷

"En México como mencionamos anteriormente el Sistema Nacional de Salud organiza la prestación de los servicios públicos medicinales tanto en establecimientos de naturaleza pública como privada. Al sector público lo 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 por el otro; 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. A su vez, el sector privado está formado por un cuerpo heterogéneo de personas físicas y morales dentro de las cuales encontramos a la medicina tradicional, las terapias alternativas, la atención ambulatoria, los hospitales y los seguros médicos privados."¹⁸

¹⁷ Programa de Reforma del Sector Salud 1995-2000, Poder Ejecutivo Federal, Pág. 10-11.

¹⁸ Academia Nacional de Medicina ...pág. 36.

“En México la regulación y vigilancia de las unidades de atención de la salud por parte del gobierno tiene un carácter sólo 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 provocando estándares de preparación profesional muy heterodoxos”¹⁹. La poca formalidad en el proceso de normatización y certificación en México ha permitido la proliferación de un sector privado disperso y de calidad muy heterogénea, ésta diferencia en la preparación y en la calidad conduce frecuentemente a deficiencias en la prestación de los servicios de asistencia médica.

SALUBRIDAD PÚBLICA.-²⁰

I.- La salubridad pública es la parte del derecho de protección de la salud que se otorga a través de prestaciones realizadas por el Estado en beneficio del individuo y de la sociedad en general, tendientes a proteger y restaurar la salud de la persona y de la colectividad a fin de alcanzar un estado físicamente sano de la población del país, de manera individual o concurrente.

II.- La salud pública se refiere a la salud del pueblo, es una condición imprescriptible y necesaria del Estado moderno, y requiere de una constante intervención nacional y de medios idóneos. Se refiere al aspecto higiénico o sanitario de una colectividad y por lo mismo, se encuentra íntimamente relacionada con la salubridad pública que es un orden público material que se logra mediante prescripciones policiales relativas a la higiene de personas, animales y cosas.

III.- El término salud pública tuvo un significado político equivalente a “orden público”, “salvación pública” o “defensa de un régimen”; como ejemplo, tenemos a estados revolucionarios en que se involucraba a la “salud pública” para justificar una dictadura. En Francia en 1793, se instaló un “Comité de Salud Pública” que llegó a absorber todos los poderes y hasta a dar órdenes a los ministros y generales. No hay que olvidar tampoco a Federico el Grande cuando invocó incesantemente la fórmula “salus populi suprema lex” en su lucha contra la Iglesia Romana.

IV.- La C, las leyes nacionales y los tratados internacionales, constituyen el marco jurídico-legal de la salubridad pública.

¹⁹ *Ibidem*

²⁰ Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo P-Z. Editorial Porrúa, segunda edición. pág. 2667.

En la C, el a. 4to consagra el derecho a la protección a la salud como una garantía individual de los ciudadanos y señala que: "la Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme lo dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución".

Este mismo a. 4to. establece la obligación que tienen los padres de familia de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.

El a. 73 constitucional establece: "El Congreso tiene facultad: (...) XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República".

La Constitución en ningún momento hace referencia al concepto de salud pública, pero, derivado de su a. 4to., la LGS que fuera aprobada por el Congreso de la Unión en el mes de diciembre de 1983, establece en el a. 24 que los servicios de salud se clasifican en 3 tipos: 1) de atención médica; 2) de salud pública, y 3) de asistencia social. Esta ley reglamentaria del a. 4to constitucional, se publicó en el Diario Oficial del 7 de febrero de 1984, y es la que reglamenta el derecho a la protección de la salud, define las bases para el acceso a los servicios de salud y establece la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social (a.1ro.LGS)

El derecho a la protección de la salud se basa en la disponibilidad y accesibilidad de servicios de atención médica, salud pública y asistencia social. Son autoridades sanitarias: el presidente de la República, la Secretaría de Salubridad y Asistencia, el Consejo de Salubridad General, los gobiernos de las entidades federativas y el Departamento del Distrito Federal.

2. IDOMS=LA SALUD COMO BIENESTAR SOCIAL

En México, es el Estado, quien tiene la obligación de cumplir con el compromiso de proteger la salud de los habitantes de un país y éste constituye uno de sus principales deberes. La atención de la salud en México es una prioridad fundamental.

Históricamente existen muchos antecedentes sobre la discapacidad y formas de satisfacer las necesidades de atención a la salud y, en general, sobre los principios de protección y bienestar sociales. Todos ellos forman parte de un modo de desarrollo, articulado con otros aspectos de la vida social que determina sus logros y alcances.

En los últimos años, la Organización Mundial de la Salud propuso una definición de salud: "Salud es el estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedades o afecciones, es un derecho fundamental; y el logro del grado más alto posible de salud es un objetivo social de la mayor importancia". El bienestar implica, a su vez, la adaptación integral del medio físico, biológico y social en que el individuo vive y realiza sus actividades. Y tanto aquélla como éste son bienes que deben gozar de la protección del Estado y del Derecho.

Las críticas que se le han hecho a esta definición son: Que se considera un estado y no un proceso; que no tiene una categoría de fenómeno social e histórico, y que no es cuantitativa, ya que no existen polos absolutos de salud y de enfermedad. Desde otro punto de vista, se puede señalar que aun cuando sea discutible "esta definición, tiene elementos útiles, como el distinguir factores biológicos, psicológicos y sociales, y reconocer que la salud es un derecho y además un objetivo social".²¹

El concepto ecologista considera a la salud como un estado de adaptación al medio y, por ende, a su capacidad de funcionar en las mejores condiciones posibles.

²¹ A.M.J. Alvariz. "Salud y Enfermedad". Centro de Ciencias de la Salud, México, 1985

Otra definición señala que "salud es la capacidad de funcionar bien física, mental y socialmente, y de expresar su potencial en una compleja esfera de acción".²²

En razón de todas estas definiciones, podemos decir que, además de la ausencia de enfermedad, la salud depende de una serie de elementos genéricos que permiten al individuo y a la sociedad llevar una vida plena. Esos elementos genéricos se pueden reconocer como:

- 1) de tipo económico: empleo, ingreso, ocupación;
- 2) socio-culturales: vivienda, alimentación, educación, saneamiento ambiental;
- 3) políticos orientados a ejercer ese derecho;
- 4) geográficos: comunicaciones que ayudan al acceso a los servicios, y
- 5) administrativos, que organizan los recursos disponibles en razón de la satisfacción de las necesidades sociales.

"Como un principio se establece la corresponsabilidad de cada uno de los miembros de la sociedad, organizados y no organizados, en la satisfacción de sus necesidades consideradas de interés social".²³

"En la actualidad se reconoce a la salud como una de las precondiciones para la igualdad de oportunidades sociales, conjuntamente con la educación".²⁴

"Sólo los individuos sanos pueden generar un mejor trabajo y riqueza social. La salud por lo tanto, constituye parte del capital humano que determina la viabilidad y calidad de supervivencia de un país".²⁵

Uno de los criterios para diferenciar el crecimiento y el desarrollo económico en toda la evolución humana, es el logro de un mayor bienestar efectivo en las poblaciones. El no considerar integralmente este bienestar y restringirlo a indicadores parciales del mismo, ha provocado en algunos casos la pobreza extrema y el deterioro ambiental. El cuidado de la riqueza humana y cultural del país es uno de los aspectos clave cuyo descuido repercute en la

²² R. Dubós, "El Espejismo de la Salud", FCE, México, 1972

²³ N. Bobbio, "Liberalismo y Democracia", FCE, México, 1989 (Breviarios, 476)

²⁴ D. C. Ruiz, "Sistemas de Bienestar Social en Norte América", Análisis Comparado, SEBESOL / El Nacional, México 1994.

²⁵ Fischer, Osornubsh, Shustalense, "Economía", Mc Graw Hill, México, 1992

escasa creatividad e innovación tecnológica, por mencionar sólo uno de los costos de este descuido.

En la mayoría de los países del mundo se reconoce que lo expresado en los convenios internacionales ("el derecho a gozar del nivel más elevado de salud física, mental y social") significa la obligación del Estado de organizar un sistema en el que mediante los bienes aportados por la sociedad en general, pueda darse asistencia médica integral a toda la población que lo requiera.

En el derecho comparado, La Constitución Italiana señala: "La República considera la salud como un derecho fundamental del individuo y un interés de la colectividad, y garantiza la cura gratuita al indigente".

En Brasil, la constitución manifiesta que la salud es un "derecho del individuo y un deber del Estado".

La Constitución mexicana indica que " toda persona tiene derecho a la protección de la salud".

En estas como en muchas otras legislaciones se señala que el Estado es el encargado de procurar la organización y la distribución de los medios para otorgar atención a la salud en su más alto nivel posible. Mientras existan grupos marginados que no tengan acceso a ella no se habrá cumplido con los preceptos indicados. La atención de la salud es un acto de justicia con el que se logra una mejor distribución de la riqueza de un país. Es quizá, por su universalidad, el más preciado de los Derechos Humanos, dada la vulnerabilidad de los individuos a presentar padecimientos, agudos o crónicos, que los inquietan, los incapacitan y reducen su productividad.

Una población sana física y espiritualmente es una población dispuesta al trabajo, a la superación, al progreso. Cuando la enfermedad hace presa de un grupo social y éste no tiene los medios de aliviarla, surge la apatía, el desgaste físico y emocional, e incluso la muerte.

El hombre requiere de salud para cumplir con sus deberes, y también para que se cumplan en él sus demás derechos. Una persona enferma no puede en toda su plenitud trabajar, cumplir con sus funciones sociales, cuidar a su familia, atender a sus responsabilidades. Pero la enfermedad no le permite tampoco gozar de sus derechos: Su libertad, su integridad, su posibilidad de

superarse, inclusive su capacidad de manifestar libremente sus pensamientos se ven coartados por la invalidez y la disminución de sus facultades. Por ello, la salud es uno de los bienes más preciados de cualquier individuo.

Por otra parte, al ser un interés específico y preferente de la sociedad, es un deber del Estado procurar la salud integral de todos los habitantes del país, mediante la planeación, organización y financiamiento total o parcial de las actividades para lograr ese propósito, con el apoyo obligado de las empresas y de la comunidad en general.

La salud tiene una expresión inmediata en el nivel individual, sin embargo, se determina y manifiesta a nivel social, por ello las colectividades históricamente han establecido mecanismos específicos para su protección.

La salud es considerada una precondition para la expresión productiva de los individuos, un componente del capital humano cuya ausencia redunde en baja productividad y escaso desarrollo de un país, así como en el deterioro del ingreso familiar.

2.2 LA SALUD Y LOS DERECHOS HUMANOS.

Para poder ubicar el papel del derecho a la vida, a la integridad física y a la protección a la salud dentro del amplio campo de los Derechos Humanos, vale la pena hacer uso de la clasificación más conocida de estos derechos, que se basa en el criterio de su origen histórico. Así, los especialistas en Derechos Humanos hablan de derechos de la primera, segunda y tercera generaciones.

Los derechos de la "primera generación" fueron producto del triunfo del liberalismo burgués en la Revolución Francesa y se plasmaron en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y posteriormente en todos los textos constitucionales de Occidente. Se trata de los llamados derechos civiles y políticos de la Declaración de los Derechos Humanos: "derecho a la vida, igualdad frente a la ley, y protección contra arrestos arbitrarios, derecho a un juicio justo, derecho a la propiedad privada, libertad de pensamiento, consciencia y religión, libertad de opinión y expresión, y libertad de reunión y asociación".²⁶

"Los derechos de la "segunda generación" o derechos económicos, sociales y culturales, derecho al trabajo, derecho a un salario igual por un trabajo semejante, derecho a la vivienda, derecho a la educación y a la salud, tienen su origen en las constituciones mexicana de 1917 y alemana de Weimar de 1919, y en general en las constituciones promulgadas después de la Primera Guerra Mundial".²⁷

En el caso de los derechos civiles y políticos, que protegen la esfera de la libertad individual, el Estado se concreta a respetarlos y garantizarlos, y sólo interviene, o debe intervenir, cuando alguien transgrede esa libertad. Por el contrario, los derechos de la segunda generación requieren, por un lado, de la activa participación del Estado y, por el otro, de un determinado desarrollo económico y social que permita su satisfacción efectiva.

"A estos últimos derechos se les ha denominado también (derechos prestación) e implican la existencia de un obligado precisamente determinado a

²⁶ Helen Henington Benton "Enciclopedia Britannica" Human Rights 1978 Chicago

²⁷ Corpezo I. "Derechos Humanos y Garantías" UNAM, CNDH 1993, México, D.F. páginas 137-145

satisfacer dicha prestación".²⁸ Esta obligación suele caer en el Estado, aunque existen constituciones en las que la obligación del Estado se limita no a satisfacer dichos derechos sino a crear las condiciones que permitan su plena satisfacción. Tal es el sentido del tercer párrafo del artículo 4to. de nuestra constitución que se refiere al derecho a la protección a la salud, que señala:

"Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución".²⁹

Sin embargo, y en buena medida debido a la escasez de recursos para garantizar la satisfacción de los derechos sociales, éstos han permanecido en una gran indefinición, tanto en lo que se refiere a la obligación de satisfacerlos como a su contenido. Lo anterior dice el maestro Martínez Bullé, "ha llevado a un buen número de autores a señalar que en realidad este tipo de derechos no existe, al menos en el sentido técnico jurídico, por más que disfruten de una indiscutible entidad de carácter moral".³⁰ "En el caso de la salud en México, por ejemplo, el derecho a su protección según al doctor Luis Ponce de León sólo se da en el seno de las instituciones de seguridad social y en los seguros de protección a la salud. En las instituciones públicas y privadas asistenciales la obligación se torna una facultad potestativa, como ha quedado de manifiesto en las resoluciones de la propia Suprema Corte de amparos interpuestos con fundamento en el artículo 4to. Constitucional".³¹

Por último, los derechos de "tercera generación" son los llamados "derechos de solidaridad", que en general suponen la creación de las condiciones que permiten la vigencia efectiva de los derechos de la primera y segunda generaciones: derechos al desarrollo, a la paz, a la libre determinación de los pueblos, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad.

²⁸ Martínez Bullé V. "El Derecho a la Salud Como Derecho Humano". En: Comisión Nacional de Derechos Humanos. Seminario sobre Salud y Derechos Humanos. CNDH, 1991, México, D.F.

²⁹ "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Ed. Porra, 11va edición, 1993, México, D.F.

³⁰ Op. Cit. Martínez Bullé V. "El Derecho a la Salud Como Derecho Humano". En: Comisión Nacional de Derechos Humanos. Seminario sobre Salud y Derechos Humanos. CNDH, 1991, México, D.F.

³¹ Ponce de León L. "El Derecho de Protección a la Salud". En: Comisión Nacional de Derechos Humanos. Seminario sobre Salud y Derechos Humanos. CNDH, 1991, México, D.F. páginas 49-55.

El problema de los Derechos Humanos es un tema de enorme frecuencia en nuestro época. Se muestra recurrentemente en todos los aspectos de la vida social. "El hombre siempre fue, y será ante todo una persona".³²

Y por ser persona le serán siempre reconocidos los derechos que les son inherentes, es decir por poseer una naturaleza humana, derechos que son inalienables e imprescriptibles. Estos son perfectamente exigibles, mediante el ordenamiento jurídico positivo.

Es necesario establecer instrumentos que propicien y hagan posible su realización, a través de su máxima presión de coercitividad en la parcela jurídica para el cumplimiento de dichos valores.

Estos tienen la característica de la imponibilidad inexorable, que no se doblega, ante ninguna infracción, de cualquier tipo que ésta sea.

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.

Los Derechos Humanos tienen un titular, y éste es el hombre, un ser humano en particular, titular de esos derechos por ser un individuo de la especie humana, y que todo y cada hombre titulariza esos derechos, que no son privilegio de pocos o de muchos, sino de todos y cada uno de los seres humanos.

Cuando todos y cada uno de los seres humanos obtengan el gozo de la plenitud de sus potencialidades. Ese es o será un mundo justo.

Como afirma el doctor Carpizo, "Los Derechos Humanos poseen una tendencia progresiva, y su protección, tanto en el ámbito nacional como internacional, se va ampliando irreversiblemente, tanto en lo 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 jurídica no podía permanecer ajena a tal progresividad."³³

³² Dr. Rafael Márquez Pineda. "La responsabilidad Profesional del Médico y los Derechos Humanos". Comisión Nacional de Derechos. 3a. Edición; México D.F., febrero, 1995.

³³ *Ibidem*, pág. 50.

"Por el gran avance científico en el campo de la medicina, explica mi profesor el Dr. Márquez Piñero : se han podido superar gran cantidad de enfermedades, mismas que pudieran producir situaciones de estado de indefensión de los pacientes que dieran lugar al aumento de los casos yatrogénicos, precisamente por esta situación los mismos médicos han formulado ciertas directrices para el afrontamiento de dicho problema.

- Un mejoramiento de la relación médico-paciente con la finalidad de captar todos los aspectos de las enfermedades en tratamiento.
- No funcionamiento del sistema de historia clínica de machote. Se requieren períodos de libre expresión y diálogo en contacto directo entre paciente y su médico, haciéndole llegar el interés del médico en el mismo, para despertar su confianza.
- Abandonar la prepotencia y la vanidad de considerarse como un ser por encima de los demás.
- No aceptar, indiscriminadamente, la propaganda de la industria farmacéutica.

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 autismo, 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.³⁴

³⁴ Ídem pág. 51-52.

2.3 REGULACION DE LAS ACTIVIDADES MEDICAS

El tema de nuestras reflexiones arraiga en la ética. Si la consideración moral es relevante siempre, se vuelve más fina y penetrante cuando vienen a cuentas el desempeño de la medicina. Por supuesto, no existe fusión o confusión entre la moral y el derecho, pero el Derecho sigue siendo, por su contenido más frecuente, el "mínimo ético exigible".

La intensa relación entre ética y Derecho en el ámbito de la medicina, queda de manifiesto cuando la norma jurídica se remite expresamente a la norma moral e impone su observancia.

De esta manera, una prevención ética llega a constituir una disposición jurídica. Eso sucede, por ejemplo en el delicado caso de la investigación en seres humanos, materia de preocupaciones y controversias (artículos 98 y 100 de la Ley General de Salud; y en el del internamiento de personas que padecen enfermedades mentales (idem, artículo 75). Una norma de gran amplitud, que traslada el caudal de la ética médica a la prestación de los servicios de salud, es el artículo 51 de la propia Ley General de Salud, que establece o reconoce el derecho de los usuarios de servicios de salud a "recibir atención profesional y éticamente responsable", así acontece en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, que resuelve: "La atención médica deberá llevarse a efecto de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica" (artículo 9).

Entrando en campo concreto de la responsabilidad, podemos hablar de un complejo normativo integrado por las normas jurídico-penales contenidas en los ordenamientos punitivos, las normas que dimanar de la Ley General de Salud, las normas contenida en la Ley Reglamentaria del artículo 5to., 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.

Refiriéndonos a las principales regulaciones, 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 sanitaria; los artículos 402-415 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 Decimocuarto, artículos 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 5to., 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 las 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 presente año de 1994.

La Responsabilidad Médico-Legal en México.-

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 5to., establece:

"Que a ninguna persona podrá negársele el derecho a practicar la profesión que mejor le acomode, siempre y cuando se trate de una actividad lícita...".³⁵ Sin embargo, también establece que la ley determinará las profesiones que requerirán de título para su ejercicio, las condiciones que deberán llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

La ley que se encarga de definir qué profesiones requieren de autorizaciones especiales para su ejercicio, es la Ley Reglamentaria del Artículo 5to. Constitucional, relativo al Ejercicio de las Profesiones (Ley de Profesiones), que en su artículo 2do. determina:

³⁵ "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". Editorial Porrúa. 11va. edición. México, D.F. 1996.

“Las leyes que regulen campos de acción relacionados con alguna rama o especialidad profesional, determinarán cuáles son las actividades profesionales que necesitan título y cédula para su ejercicio”.¹⁶

A este respecto, la Ley General de Salud, en su artículo 79, señala:

“Para el ejercicio de actividades profesionales en el campo de la medicina, odontología, veterinaria, biología, bacteriología, enfermería trabajo social, química, psicología, ingeniería sanitaria, nutrición, dietología, patología y sus ramas, y las demás que establezcan disposiciones legales aplicables, se requiere que los títulos profesionales certificados de especialización hayan sido legalmente expedidos y registrados por las actividades educativas competentes”.¹⁷

En relación con el ejercicio de la medicina hay un régimen técnico-jurídico que posee la mayor importancia para ponderar el cuidado conforme a la *lex artis*. Nos referimos a la denominada “Norma Técnica”, que es “el conjunto de reglas científicas o tecnológicas de carácter obligatorio, emitidas por la Secretaría de Salud, que establezcan los requisitos que deben satisfacerse en la organización y presentación de servicios, así como en el desarrollo de actividades en materia de salubridad general, con el propósito de uniformar principios, criterios, políticas y estrategias” (artículo 14 Ley General de Salud).

Son varios centenares las normas técnicas expedidas por la Secretaría de Salud. Es costumbre que el primer artículo declare el objeto de la provisión, bajo una fórmula constante: “esta norma técnica tiene por objeto uniformar la actitud y los criterios de operación del personal del Sistema Nacional de Salud, en relación con el asunto al que sustantivamente se refiere a la norma. En el artículo 2 se destaca, también de manera constante: “Esta norma técnica es de observancia obligatoria en todas las unidades de salud de los sectores público, social y privado del país”.

La Ley del Ejercicio de las Profesiones, en su artículo 24, define el ejercicio profesional como:

¹⁶ “Ley de Ejercicio de las Profesiones”, Editorial Libros Económicos, México, D.F. 1993, Libros Económicos, México, D.F. 1991.

¹⁷ “Ley General de Salud”, Secretaría General de Salud, Dirección General de Asuntos Jurídicos, México, D.F. 1992.

“La realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque sólo se trate de simple consulta o la ostentación del carácter del profesionalista por medio de tarjetas, anuncios, placas insignias o de cualquier otro modo”.³⁸

Y establece, en su artículo 68, que aquéllos que ejerzan sin el título correspondiente exigido por la ley, no tendrán derecho a cobrar retribución alguna por sus servicios y, en algunos casos, podrán ser sujetos de sanciones (uno a seis años de prisión y multa de 100 a 300 días de salario mínimo) que el artículo 250 del Código Penal para el Distrito federal establece para tales casos.

La Ley de Profesiones establece asimismo que los profesionales deberán celebrar contratos con sus clientes a fin de estipular los honorarios y las obligaciones de las partes. Estos contratos, de acuerdo con la legislación civil, existen por el consentimiento, que se manifiesta en la voluntad de contratar, y requieren de un objeto que pueda ser materia de dichos contratos; se perfeccionan por el mero consentimiento y, desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo pactado sino también respecto a las consecuencias de las obligaciones cumplidas.

La Ley de Profesiones obliga también al profesionalista a poner todos sus conocimientos científicos y recursos técnicos al servicio de su cliente, así como al desempeño del trabajo convenido.

En caso de incumplimiento con lo pactado, los médicos en ejercicio profesional pueden incurrir en responsabilidad hacia terceros, generándose tres posibles consecuencias:

- a) La pérdida del derecho al cobro de honorarios;
- b) La obligación de indemnizar daños y perjuicios a un paciente; y
- c) La comisión de delitos, dentro de los cuales se encuentra el de responsabilidad profesional.

En los dos primeros casos, la responsabilidad se determina siguiendo procedimientos civiles, y en el tercero, siguiendo procedimientos penales.

³⁸ OP.CYT. “Ley de Ejercicio de las Profesiones”.

"Los procedimientos civiles, por definición son aquéllos que regulan la condición de las personas, de la familia y de la propiedad"³⁹; es decir, los que determinan "las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana (nacimiento, mayoría, matrimonio) y la situación jurídica del ser humano en relación con sus semejantes (capacidad civil, deudas y créditos) o en relación con las cosas (propiedad, usufructo, etc.)".⁴⁰

Por ser estos términos más que importantes en el desarrollo de nuestro tema, nos gustaría definirlos y delimitarlos.

La mayoría de los códigos civiles de los estados y el Código Civil para el Distrito Federal, responsabilizan a los profesionales hacia las personas a quienes sirven por negligencia, impericia o dolo, términos que nos gustaría definir a continuación.

La **Negligencia** se define como: "la omisión del cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas y en el manejo o custodia de las cosas."⁴¹ Se define también como: "la dejadez, el abandono, la desidia, la falta de aplicación, la falta de atención o el olvido de las órdenes o precauciones".⁴²

La **Impericia** "es la falta de habilidad o la falta de conocimientos o práctica que cabe exigir a uno en su profesión, arte u oficio; es la torpeza, la inexperiencia, la ineptitud".⁴³

Finalmente el **Dolo** se define "como: engaño, fraude, fingimiento".⁴⁴

Así, las obligaciones que nacen del contrato de prestación de servicios profesionales son, para el cliente, pagar los honorarios pactados, y para el profesional, actuar con diligencia, pericia y sin dolo. Como ya hemos mencionado, en caso de no cumplir con sus obligaciones, la mayoría de los

³⁹ Casares J. "Diccionario Etimológico de la Lengua Española". Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 1979.

⁴⁰ De Pasquier citado en García Maynez E. "Introducción al Estudio del Derecho". Editorial Porrúa, 29va edición, México, D.F. 1978.

⁴¹ García Peláyo R. "Larousse" Español Moderno, México, D.F. 1963.

⁴² García Peláyo R. "Larousse" Pequeño Larousse México, D.F. 1972.

⁴³ Simónidas y Antónimas. "Larousse". México, D.F. 1986.

⁴⁴ OP.CIT. Casares J. "Diccionario Etimológico de la Lengua Española". Editorial Gustavo Gili, Barcelona 1979.

códigos civiles de los Estados de este país y del Distrito Federal responsabilizan al prestador de servicios profesionales de daños y perjuicios, y en caso de culpabilidad lo obligan a su reparación.

Los **daños** se definen como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación y los **perjuicios** como la privación de un bien que debió haberse recibido con el cumplimiento de esa misma obligación. La existencia de estos daños y perjuicios, y su naturaleza de producto de una determinada acción profesional deberán ser demostrados por un procedimiento de peritaje. El Código Civil del Distrito Federal señala también que esos daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación.

Los daños que un profesionista puede causar a un **tercero** por medio de los servicios que presta, se clasifican en tres grandes rubros:

- a) **Daño material.** Se refiere a las pérdidas materiales que forman parte del patrimonio de un tercero.
- b) **Daño físico.** Se identifica con la disminución de la salud o vigor vital del afectado.
- c) **Daño moral.** Se refiere a las consecuencias derivadas del dolor, pena o trastornos psicológicos que afectan la integridad moral del tercero.

Ahora bien, el marco jurídico que determina los montos de una indemnización por responsabilidad civil lo fijan las legislaciones civiles de las diferentes entidades federativas del país.

Por lo que se refiere al daño material, los diferentes códigos no establecen ningún límite máximo de indemnización.

Respecto al daño físico, los límites de responsabilidad suelen determinarse en base a los códigos correspondientes y en concordancia con la Ley Federal del Trabajo. Cabe señalar, sin embargo, que en 10 Estados de la República Mexicana, la responsabilidad civil por daño físico es ilimitada, por lo que el profesionista puede verse obligado a resarcir el daño conforme al monto que determine un juez de acuerdo con la demanda presentada por el afectado.

Para el Distrito Federal, el Código Civil, en su artículo 1915, establece que cuando el daño produzca la muerte, incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de responsabilidad se

determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo, y que para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario vigente en la región y se extenderá el número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. "Así, en caso de fallecimiento de la víctima, se fija la indemnización equivalente a 790 días de salario mínimo, es decir, N\$11 632.75 con el salario de 1994. En caso de incapacidad total y permanente, por tratarse de un daño que se extiende por un período del tiempo indeterminado, se fija un monto mayor, igual a 1 095 días de salario mínimo".⁴⁵

Ahora bien hablando con respecto al trabajo que nos ocupa que es el ámbito penal. Y como a la letra dice mi gran maestro el Dr. Márquez Piñero

"La actividad profesional también puede ser sujeta de procedimientos penales, que son los procedimientos que regulan la protección de los valores fundamentales del orden social y los bienes imprescindibles para la convivencia humana en sociedad y que, por consiguiente, son acreedores del poder coactivo del Estado. La libertad, la salud, la vida, la integridad corporal pertenecen a ese tipo de bienes, y su protección se cumple en cuanto se prohíbe y se sanciona, con penas, las acciones dirigidas a su lesión, que se califican de delitos".⁴⁶

"El delito representa generalmente un ataque directo a los derechos del individuo (integridad física, honor, propiedad, etc.), pero atenta siempre, en forma mediata o inmediata, contra los derechos del cuerpo social".⁴⁷ Por eso es que la aplicación de las leyes penales no se deja librada a la iniciativa o a la potestad de los particulares, salvo contadísimas excepciones; aunque la víctima de un delito perdone a su ofensor, corresponde al poder público perseguir y juzgar al delincuente.

La Pena se define como "el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal".⁴⁸ Ese

⁴⁵ Solís -Soberón F. La cultura del seguro de responsabilidad civil. Trabajo presentado en el foro tripartito "El Ejercicio Profesional del Médico ante la Apertura Comercial", celebrado en la Ciudad de México el 18 y 19 de noviembre de 1993.

⁴⁶ Márquez Piñero R. "Protección Penal a la Salud". En Comisión Nacional de Derechos Humanos. Seminario sobre Salud y Derechos Humanos. CNDH. México, O.F. 1991.

⁴⁷ OP.CIT. Afiliación citado en: García Maynez E. "Introducción al estudio del Derecho".

⁴⁸ OP.CIT. Cuello Collón citado en: García Maynez E. "Introducción al estudio del Derecho".

sufrimiento puede consistir en la restricción o pérdida de ciertos bienes del sujeto sancionado, como la libertad, la propiedad, la vida etc.

Según el artículo de la Ley de Profesiones, los delitos que cometan los profesionistas en el ejercicio de su profesión serán castigados por las autoridades competentes de acuerdo con el Código Penal. Estos delitos pueden ser intencionales o imprudenciales, y puede tratarse básicamente de acciones que atentan contra la vida, la salud o la integridad física. " Se obra intencionalmente cuando conociendo las circunstancias del hecho típico, se quiere o acepta un resultado prohibido por la ley; y se obra imprudencialmente cuando se realiza un hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales imponen".⁴⁹

El médico puede cometer delitos intencionalmente, como sucede en los casos de aborto, pero lo común es que los cometa por negligencia o impericia.

La responsabilidad penal derivada de imprudencia debe probarse plenamente mediante el dictamen de peritos. Como éstos son los que finalmente determinan la calidad del servicio prestado y la responsabilidad del proveedor, es necesario asegurar su integridad moral y calidad, sobre todo en los juicios penales, en los que imponen penas de prisión y de suspensión del ejercicio profesional. Por estas razones la Procuraduría General de la República estableció convenios de colaboración con la Secretaría de Salud en 1989 y 1990 para que ésta, con ayuda de la Academia Nacional de Medicina, auxilie a la Procuraduría emitiendo una opinión técnica cuando ésta la solicite en los casos relativos a delitos de profesionales o técnicos relacionados con las disciplinas de salud, aunque ya existe en la actualidad la Comisión de Arbitraje Médico en el que posteriormente haremos mención.

Existen distintas categorías de delitos que nos interesa distinguir, habida cuenta de la calidad del sujeto activo en los tipos penales correspondientes:

PRIMERO.-

Delitos en que es indiferente la condición del agente; por ende, es irrelevante que quien comete estos delitos sea o no un profesional de la medicina, aunque a la hora de individualizar la sanción el juez deberá tomar en cuenta los

⁴⁹ Velázquez J., "La responsabilidad Médico-Legal en México". Trabajo presentado en el foro internacional "El Ejercicio Profesional del Médico ante la Apertura Comercial", celebrado en la Ciudad de México el 18 y 19 de noviembre de 1993.

antecedentes y la preparación del infractor, e inferir de aquí, muy probablemente consecuencias punitivas rigurosas, no precisamente porque sea médico el sujeto activo, sino porque, al contar con estudios superiores, se le presupone mejor dotado para medir la naturaleza y las consecuencias individuales y sociales de su conducta y optar por un comportamiento licito.

En la medida en que los tipos penales no exigen cierta calidad al sujeto activo del delito en los supuestos básicos de privación de la vida o alteración de la salud, aquí quedarán abarcados los delitos que con más frecuencia pudieran presentarse en el ejercicio de la medicina, esto es, aquéllos que afectan, precisamente, la vida y la salud: homicidio (artículo 302 del Código Penal para el Distrito Federal), lesiones (artículos 288 y siguientes del C.P.) y auxilio al suicidio, en sus diversas categorías medico-forense (artículo 312 del C.P.). En efecto no hay homicidio, lesiones o auxilio al suicidio calificados en función de la actividad médica del agente, aunque sí existe aborto calificado por esta condición profesional.

Las calificativas tienen que ver con otros conceptos. Sea lo que fuere, es posible considerar que si el paciente de la medicina incurrió dolosamente en homicidio o lesiones, aplicando para ello la oportunidad y los medios que le proporciona el tratamiento de un enfermo, se podría plantear premeditación presunta, por el empleo de venenos o cualquier otra sustancia nociva a la salud (artículo 315 último párrafo); y acaso siempre habría traición, en tanto el agente violaría "la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima, o la tácita que ésta debía prometerse de aquél por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquiera otra que inspire confianza" (artículo 319). Es evidente que la relación entre el facultativo y el paciente está nutrida por la confianza que éste deposita en aquél.

El encubrimiento es otro delito que cualquiera puede cometer, en tanto el tipo penal no previene ninguna calidad específica en el agente. Se ha examinado por la doctrina y la jurisprudencia la posibilidad de que incurra en encubrimiento el médico que atiende profesionalmente a un delincuente. Esto se inscribiría en algunos supuestos de encubrimiento por favorecimiento, que en esencia constituye un ilícito contra la administración de justicia, aunque no lo clasifique así nuestro Código Penal. Aunque existen irresponsabilidades establecida por un Tribunal Colegiado en donde se exige la responsabilidad del médico como encubridor si demuestra que no conocía de existencia de un delito: "tanto más si el lesionado y sus acompañantes engañaron al médico

diéndole que había sido herido en un asalto de que fueron víctimas..., el hecho de que el médico no hubiera dado aviso al Ministerio Público de esa circunstancia, no configura el tipo de encubrimiento pues no es lo mismo proporcionar auxilio a un herido o lesionado, que dar auxilio a un delincente, a sabiendas de que lo es”.

La Ley General de Salud cuenta con un Título Decimooctavo acerca de “Medidas de seguridad, sanciones y delitos”; y en él se localiza el Capítulo VI, acerca de “Delitos”. En la gran mayoría de los casos, los agentes del delito son comunes o indiferentes, es decir, pueden ser autores cualesquiera individuos, inclusive ajenos a las profesiones de la salud, aunque por la naturaleza de los hechos resulte probable que intervengan personas relacionadas con aquéllas.

Véanse, así, las referencias sobre el sujeto en las descripciones típicas de la Ley General de Salud: “Al que sin autorización de las autoridades sanitarias competentes..., importe, posea, aisle, cultive, transporte, almacene o en general realice actos con agentes patógenos o sus vectores...” (artículo 455); “Al que en semejantes condiciones realice actos con las sustancias tóxicas o peligrosas a que se refiere el artículo 278 de esta Ley...” (artículo 456); “Al que por cualquier medio contamine un cuerpo de agua...” (artículo 457); “Al que sin autorización correspondiente, utilice fuentes de radiaciones...” (artículo 458); “Al que por cualquier medio pretenda sacar o saque de territorio nacional sangre humana...” (artículo 459); “Al que saque o pretenda sacar del territorio nacional derivados de la sangre humana...” (artículo 460); “Al que saque o pretenda sacar del territorio nacional, órganos tejidos y sus componentes...” (artículo 461); “Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes...” (artículo 462, fracc.I); “Al que comercie con órganos...” (idem, fracc.II); “Al que introduzca en territorio nacional, transporte o comercie con animales vivos o sus cadáveres...” (artículo 463); “A quien adultere, contamine, altere o permita la adulteración ...de alimentos...” (artículo 464); “Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si esta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial...” (artículo 466); y “Al que induzca o propicie que menores de edad o incapaces consuman...sustancias que produzcan efectos psicotrópicos” (artículo 467).

En muchos de ellos se inhere en la excesiva enumeración de actos y medios comisivos, como sucede también en la legislación ordinaria sobre delitos contra la salud en materia de narcóticos; casuismo que pudo evitarse

con un esfuerzo de formulación comprensiva. Por otra parte, se suele incluir hipótesis de tentativa en el tipo penal, lo cual resulta innecesario porque el punto está suficientemente resuelto en las reglas generales del Derecho Penal contenidas en el Código de la materia.

SEGUNDO.-

Delitos que pueden cometer únicamente quienes ejercen una profesión, un arte, un oficio o cualquier otra actividad, reglamentada o no, de prestación de servicios personales. La Ley de Profesiones advierte que "los delitos que cometan los profesionistas en el ejercicio de la profesión serán castigados por las autoridades competentes con arreglo al Código Penal"; norma incompleta o inexacta, porque deja fuera, sin que esta exclusión tenga eficacia jurídica, las prevenciones de leyes penales especiales, que en la especie son numerosas, por lo menos en lo que se refiere a los profesionales de la medicina y a sus auxiliares.

En este supuesto los médicos participan a título de profesionistas, aunque no se trate de categorías delictivas en que sólo ellos figuren como sujetos activos. El Título Decimosegundo del Libro Segundo del Código Penal reúne algunos tipos bajo el rótulo de "responsabilidad profesional". Se ha discutido si estas conductas integran delitos autónomos o son referencias agravadoras de un tipo. Hay sentencias en ambos sentidos.

A esta misma categoría pertenece la revelación de secretos por quienes prestan servicios profesionales o técnicos, si el conocimiento de los secretos se obtiene con motivo de esa prestación (artículo 211), norma que tiene conexión con otra contenida en la Ley de Profesiones: "Todo profesionista estará obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confien por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas" (artículo 36 Lp.).

TERCERO.-

Delitos que sólo pueden ser cometidos por profesionales de la medicina. En estos casos, el tipo penal exige la entidad de médico en el sujeto activo; quien no es médico, no incurrir en estos ilícitos, aunque pueda cometer otros semejantes o colindantes.

La Ley General de Salud mencionan a los médicos como sujetos activos. Así, el artículo 229 del Código Penal se refiere a los "médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonan en su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente"; y la fracción IV del artículo 246, a la certificación falsa hecha por un médico sobre la enfermedad o impedimento de alguna persona, "bastante para dispensarla de prestar un servicio que exige la Ley,...cumplir una obligación que ésta impone, o adquirir algún derecho".

CUARTO.-

Delitos que cometen quienes realizan funciones de cuidado de la salud, concepto que abarca a los médicos, pero no exclusivamente a ellos. Tales son los casos de investigación clínica en seros humanos, sin sujetarse a las prevenciones legales aplicables, conforme a la Ley General de Salud (artículo 465); negativa a desempeñar las funciones o servicios que solicite la autoridad sanitaria en ejercicio de la acción extraordinaria en materia de salubridad general (*idem*, artículo 468); y negativa a prestar asistencia a una persona, en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro la vida de ésta (*idem*, artículo 469). Excepcionalmente, en este último caso la Ley General de Salud contempla la "suspensión definitiva para el ejercicio profesional (es decir, la privación de un derecho), a juicio de la autoridad judicial", si "se produjere daño por la falta de (la) intervención" que urgentemente se requiere.

Hemos dicho que estos delitos sólo son cometidos por personal de la salud, porque esta condición se fija en el tipo respectivo; todo ello, sin perjuicio de que cualquier persona pueda incurrir en conductas semejantes o equivalentes, bajo los tipos de abandono de personas, en su caso previstos en el Código Penal.

Una subespecie de estos tipos podría quedar constituida por tipos que se refieren a personas cuya actividad colinda con la atención de la salud, en cuanto sólo sirve y se explica por el cuidado preventivo o curativo que se brinda al público. Tales son, en el Código Penal, los casos de directores, encargados o administradores de un centro de salud que incurrir en conductas indebidas como impedir la salida de un paciente, aduciendo adeudos de cualquier clase, retener a un recién nacido por la misma causa, y retardar o negar la entrega de un cadáver; igualmente se sanciona a los funcionarios de agencias funerarias que nieguen o retarden la entrega de un cadáver y a los encargados, empleados o dependientes de una farmacia que sustituyan la

medicina recetada por otra que cause daño o sea evidentemente inapropiada para atender el padecimiento que determinó la prescripción médica (artículo 230).

Entra en juego en este punto la responsabilidad penal de personas morales, llamadas también colectivas, que por supuesto son figuras diferentes de la simple pluralidad activa (co-delincuencia), la asociación delictuosa o la pandilla, sin perjuicio de que en casos específicos alguna de estas formas puede coexistir con aquéllas.

Se sabe bien que las personas colectivas se integran a partir de personas físicas, pero no se confunden con ellas, sino adquieren personalidad autónoma y cuentan con patrimonio propio. Ambos vinculados con la realización de cierta finalidad corporativa, que en el rubro que ahora interesa es un designio asociado a la intención de la salud. Estas personas figuran en diversos espacios del orden jurídico; Así el civil, el mercantil, el laboral, el administrativo etc..

Es indiscutible que las personas colectivas pueden ser civilmente responsables por los actos que realice a través de los órganos facultados para representarlas o administrarlas. En cambio, se ha discutido largamente la posibilidad de que asuman una verdadera responsabilidad penal, que traiga como consecuencia la imposición de penas.

En realidad, quien actúa u omite es la persona física investida con ciertas facultades a propósito de la persona colectiva, pero nunca esta misma. El Código Penal mexicano instituye un dolo o una culpa a cargo de las personas morales, que serían absurdos pero tampoco libera a éstas de ciertas medidas en función de los delitos cometidos por sujetos vinculados a ellas. El artículo 12 faculta al juzgador para decretar, en los casos exclusivamente especificados en la ley, la suspensión de la agupación o su disolución, "cuando lo estime necesario para la seguridad pública". Hay aquí por lo visto, una consideración de seguridad más que de culpabilidad, esto es, un dato externo a los sujetos y no un dato interno, como en el supuesto de cualquier delito.

Se actualiza esa posibilidad, sin entrar en mayores indagaciones a propósito de los fundamentos de una responsabilidad colectiva, "cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas

entidades le proporciones, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella”.

También la Ley General de Salud recoge este asunto en el capítulo sobre delitos: “A las personas morales involucradas en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo, se les aplicará, a juicio de la autoridad, lo dispuesto en materia de suspensión o disolución en el Código Penal”.

QUINTO.-

Delitos agravados por la calidad de médico en el sujeto activo. Este agravamiento ocurre por la presencia de un dato que se añade a la descripción básica de la conducta, cuya consecuencia es la aplicación de una sanción más severa, sea porque se incrementa la pena prevista para el supuesto general, sea porque añada otra sanción a la generalmente establecida, aunque o no ésta misma. Tal es el supuesto de aborto punible causado por un médico, cirujano, comadrona o partera (artículo 331 del Código Penal para el Distrito Federal).

SEXTO.-

Delitos de servidores públicos médicos. Esto resulta de la actividad médica en los servicios públicos de salud. Refiriéndonos al médico como servidor público, a título de funcionario o empleado del Estado.

Con criterio muy extensivo, que amplía el universo de los servidores públicos para favorecer la exigencia de responsabilidades a cargo de éstos, y así mejorar la prestación de los servicios en bien de los particulares, nuestro Código Penal contiene esta caracterización del servidor público para los fines consiguientes: lo es “toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los Poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales” (artículo 212).

En este orden es aplicable el Título Décimo del Libro Segundo del Código Penal, referente a “Delitos cometidos por servidores públicos”. Aquí figuran: ejercicio indebido de ser servicio público, abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, uso indebido de atribuciones y facultades,

concusión, intimidación, ejercicio abusivo de funciones, tráfico de influencia cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito. Del conjunto comprendido bajo estos rubros, pudiera resultar interesante para el tema que ahora examinamos, el establecido en la fracción III del artículo 215; hay abuso de autoridad "cuando (un servidor público) indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles..."

También debemos atender ahora al artículo 470 de la Ley General de Salud, que toma en cuenta el carácter de servidor público del sujeto activo de cualquiera de los delitos previstos por la misma ley. En efecto, si en éstos participa "un servidor público que preste sus servicios en establecimientos de salud de cualquier dependencia y entidad pública y actúe en ejercicio o con motivo de sus funciones", se añade destitución e inhabilitación, que puede ser definitiva se trata de reincidente.

Los delitos se cometen por acción o por omisión. La actividad del médico, por ejemplo, puede culminar en un resultado penalmente típico: así, la muerte o la lesión del paciente. Pero este mismo resultado puede ocasionarse por inactividad, es decir, por omisión en el desarrollo de cierta conducta. En los delitos de resultado material, se atribuye éste a quien omite impedirlo si tenía el deber jurídico de evitar, esto es, a quien tiene la calidad de "garante". Al respecto, la ley dispone: "se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente".

Este último puede corresponder a las actividades de un médico, que adquiere la condición de garante con respecto a un sujeto cuando en ejercicio de la profesión libre y privada, contrata con éste sus servicios; o bien, cuando se halla obligado a brindarle determinada atención profesional, porque así lo ordena la ley que regula ciertos servicios públicos, específicamente los vinculados con la asistencia médica, o impone obligaciones de responsiva; o bien, cuando anteriormente le ha brindado atención profesional es decir, existe un actuar médico precedente, aunque esa prestación no se funde en un contrato o en una contenida en la ley.

2.4 LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA MEDICOS Y HOSPITALES:

En México, al igual que en otros países, los médicos y hospitales pueden asegurarse mediante los llamados seguros de responsabilidad civil. La característica principal de este tipo de seguro es garantizar el pago de la indemnización correspondiente a los daños ocasionados por negligencia o impericia provenientes del ejercicio de una profesión médica.

En general, hay dos modalidades en este seguro. La primera se refiere a la responsabilidad civil para médicos, que cubre los riesgos de la práctica médica dentro de la República Mexicana, independientemente de donde se realice, así como los riesgos que pudieran enfrentar los empleados de los médicos, sean éstos enfermeras, laboratoristas, empujadores u otros.

La segunda modalidad cubre los riesgos de los hospitales, sanatorios o clínicas, y ampara los daños de médicos y empleados que se encuentren registrados como tales en las unidades de salud aseguradas.

"En México sólo siete de las 40 compañías de seguros del país ofrecen el seguro de responsabilidad profesional para médicos y hospitales. En conjunto, estas instituciones cuentan con 707 pólizas vigentes para médicos, con una prima anual que varía, de acuerdo con la suma asegurada, entre NS 900.00 y 3 500.00"⁵⁰

Asimismo, sólo 30 unidades hospitalarias (incluyendo la unidades de atención para la población derecho habiente del IMSS y del sector privado) cuentan con el seguro de responsabilidad profesional para hospitales.

La escasa penetración de este tipo de seguros se ilustra mejor si consideramos el número de médicos y hospitales que hay en el país. Según INEGI, en 1992 había en el país 97 971 médicos ocupados en el sector salud y 13 812 unidades de atención, lo que daría porcentajes de aseguramiento de 0.72% entre los médicos ocupados y de 0.21% entre las unidades de atención.

⁵⁰ Solís-Sobrerón F. "La cultura del seguro de responsabilidad civil". Trabajo presentado en el foro trinacional "El Ejercicio Profesional del Médico ante la Apertura Comercial", celebrado en la Ciudad de México el 18 y 19 de 1993.

De acuerdo con la industria aseguradora, lo pobre de la demanda de seguros de responsabilidad civil para médicos y hospitales se debe, entre muchas razones, a la escasa cultura de seguros que existe en nuestro país y a los bajos niveles de ingreso de los médicos en general, pero sobre todo a la baja probabilidad de que los médicos y hospitales enfrenten una demanda de responsabilidad civil.

En general se acepta que los mecanismos idóneos para garantizar la calidad de los servicios profesionales de salud no son ni las demandas legales ni las quejas. Si el acceso a las instancias de denuncia está distribuido de manera inequitativa o si la propensión a utilizar los mecanismos legales se relaciona con las características de los usuarios individuales, entonces estos sistemas no constituyen sino uno de muchos medios para mejorar la calidad de los servicios, dentro de los que destaca de manera prominente la vigilancia cotidiana del desempeño por parte de los propios cuerpos profesionales. De aquí puede concluirse entonces que:

En México, el consumidor de servicios de salud se encuentra en una situación de franca desprotección: es muy pobre la cultura de la defensa de los derechos relacionados con la salud; son pocos los cuerpos profesionales que vigilan el desempeño cotidiano de sus afiliados, y los mecanismos jurídicos existentes y el monto que tradicionalmente reciben los agraviados por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la actividad profesional de médicos y otro tipo de personal de salud han desestimulado el uso de instancias legales de queja. Por estas razones, en un primer momento sería necesario tomar algunas medidas para hacer respetar los derechos más elementales de los consumidores.

Por supuesto que no se pretende estimular la creación de un aparato judicial que permita un exceso de demandas. Lejos de defender caramente al consumidor, este tipo de aparatos eleva los costos y los riesgos, pues obliga a los profesionales a practicar una "medicina defensiva" que conduce a realizar todo tipo de estudios innecesarios para garantizar al médico que nada pasó desapercibido. Con las recomendaciones que se presentan a continuación se busca estimular el desarrollo de un sistema mixto y participativo de regulación del desempeño profesional, donde la mayor parte de los casos se resuelva en el nivel de los colegios profesionales y las academias médicas.

PROPUESTAS:

- * Promover la cultura del consentimiento informado entre la población mexicana, de tal manera que todos los pacientes cuenten con la información requerida antes de someterse a cualquier tipo de procedimiento diagnóstico o terapéutico.
- * Hacer más accesibles y utilizables las instancias creadas para la protección al consumidor de los servicios públicos de salud a través de tres mecanismos básicos: Publicitar su existencia y los resultados de su gestión; simplificar las normas para la presentación y el procesamiento de quejas, y fijar límites de tiempo razonables para la resolución de los conflictos.
- * Someter a evaluación de los criterios disciplinarios de las instituciones públicas de salud todos los casos en los que exista una clara responsabilidad profesional.
- * Promover la creación y el fortalecimiento de cuerpos disciplinarios en los colegios médicos nacionales y estatales, que cuenten con medidas efectivas de vigilancia del desempeño profesional y con mecanismos del sanción.
- * Proporcionarle al consumidor de servicios de salud información sobre sus derechos como paciente y asesoría legal en los casos en los que exista una franca responsabilidad profesional.
- * Proponer la revisión de los tabuladores que rigen los límites de indemnización en los casos de daño físico, material o moral producto de la actividad médica profesional, para adecuarlos a las condiciones y preferencias sociales contemporáneas.
- * Incorporar a la ley la participación obligatoria de peritos impareiales y de reconocido prestigio (Academia Nacional de Medicina, colegios profesionales) en los asuntos civiles y penales relacionados con la práctica médica.
- * Evaluar la posibilidad de crear instancias de arbitraje para la resolución de conflictos menores de responsabilidad profesional en el campo de la salud, parecidas a las de la Procuraduría Federal del Consumidor y de la Secretaría del Trabajo, para así dejar en manos de las instancias jurídicas los casos que realmente lo ameriten.

CAPITULO 3

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

"En la medida que mejore el ingreso, el empleo y el acceso a 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 sin duda, afectarán profundamente la configuración y operación del Sistema Nacional de Salud"⁵¹

Bajo este escenario la comunidad médica empieza a verse comparado con sus "pares" y la situación jurídica que prevalece en Estados Unidos Y Canadá en relación al ejercicio de la medicina.

En el caso mexicano, es la Ley General de Salud 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 Artículo cuarto Constitucional. Por otra parte, en relación al ejercicio de la profesión, son la Ley General de Profesiones, reglamentaria del Artículo 5 Constitucional y el propio Código Penal, los cuerpos normativos que reglamentan el ejercicio de la práctica médica.

En ésta lógica el perfil del sector profesional de los servicios médicos se vislumbra como un área de grandes retos y transformaciones, siendo en esta ocasión, nuestro punto de interés y de reflexión, el tema relacionado con Responsabilidad Penal en la inadecuada práctica médica.

Como hicimos mención anteriormente, el ejercicio de la medicina como profesión es regulada por "la ley reglamentaria del artículo 5to. Constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal"⁵²

⁵¹ OP. CIT. "El Tratado de Libre Comercio y los Servicios Médicos" Academia Nacional de Medicina, 2a. Edición editado por Marela Muñoz de Alba. Página 12.

⁵² Púbrica en el Diario Oficial el 26 de mayo de 1945.

En el artículo 2 transitorio de la misma ley, determina a la rama de la medicina como una profesión que requiere del título profesional para su ejercicio, además de la cédula profesional correspondiente. Es importante destacar, que este mismo artículo deja la puerta abierta para la reglamentación particular en cada una de las profesiones; hasta la fecha los profesionistas de la medicina, carecen de un dispositivo legal que norme sus conductas y obligaciones a diferencia de como sucede en otros países.

REGULACIONES INDIRECTAS SOBRE LA PRACTICA MEDICA: El Secreto Médico.-

Como mencionamos anteriormente, "la responsabilidad médica se encuentra actualmente inmersa en las disposiciones previstas para la responsabilidad profesional"⁵³

Efectivamente, la responsabilidad profesional se pone en marcha a partir de los lineas, bajo el aspecto de la confidencialidad y el aspecto de indemnización del daño que se hubiere culpa o dolosamente ocasionado por su conducta.

A. EL ASPECTO DE LA CONFIDENCIALIDAD: El Secreto Médico.-

El secreto es una institución jurídica que refleja la evolución de las costumbres y hábitos de una sociedad ya que refleja con precisión la idea que uno tiene del hombre y su devenir. El respeto de los derechos del hombre en una comunidad.

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 bajo la óptica de los derechos humanos.

"En esta forma, la sociedad reconoce que en todos los países democráticos, ella tiene en derecho a imponer a ciertos miembros la obligación de respetar los secretos que le son confiados y de garantizar a todos los otros,

⁵³ Gortias Galindo "Responsabilidad Profesional"

el respeto necesario de sus confidencias. Por otro lado, ella se obliga a respetar los secretos también por el anonimato.⁵⁴ Efectivamente, el estatuto del secreto profesional y el derecho al secreto de los individuos permite identificar el tipo de sociedad a la que nos referimos.

El secreto médico reposa sobre la idea de respeto y de la protección de la libertad y de la vida privada de la persona. Este representa un principio de ética fundamental común a todas las profesiones de la salud y aparece entonces como una regla que es a la vez moral, deontológica y jurídica.

B. LOS FUNDAMENTOS DEL SECRETO PROFESIONAL: EL fundamento psicológico.-

Como lo vimos anteriormente, la definición del secreto reposa sobre la idea de la no divulgación de la información confiada al interlocutor. En el ámbito médico, las relaciones entre el médico y su paciente, son entendidos bajo el signo de una confianza recíproca.

Según la Teoría Contractual del secreto médico, la discreción absoluta del médico es consentida por el paciente. Es una total confianza que éste le otorga al médico, proporcionando información relativa a su estado de salud, así como sus hábitos de vida.

Por otro lado si nos referimos a la teoría del secreto médico fundamentado en el orden público, el secreto corresponde a una necesidad social. El enfermo debe estar asegurado que eso que él confía a su doctor no será divulgado por éste último.

Podemos entonces concluir que el enfermo es de gran interés el respeto de su vida privada y desde luego el garantizar el no difundir la información en lo que a su salud se refiere. Es por esto que, la violación del secreto médico es considerado en algunos países como un delito por el que un especialista puede ser perseguido de oficio, por el Ministerio Público o por el Consejo de la orden. En este sentido, no importa si el paciente a depositado una demanda o que la indiscreción le ha causado un daño, la infracción se ha cometido.

⁵⁴ Osmica, André. "Le Secret Necessaire". Paris 1989

Los Fundamentos Jurídicos

En lo concerniente al secreto médico, éste es regido no solamente por las normas jurídicas pero también por aquellas relativas a las obligaciones propias del gremio. En el ámbito del derecho a la salud, interviene la jurisprudencia, el derecho hospitalario, el derecho del médico, el derecho social y las reglas de la deontología médica.

La definición jurídica del secreto profesional reagrupa dos teorías: La Teoría contractual y la del orden público.

- Teoría Contractual

Esta teoría evoca la existencia de un contrato que liga al médico con el paciente, que es beneficiario de una prestación de servicio. La existencia de un contrato supone una cláusula tácita de secreto que incluye la discreción, reconociendo para el enfermo el derecho a la confidencialidad de sus revelaciones.

- Teoría sobre el orden público

El secreto médico es justificado por un interés social, ya que la sociedad busca en efecto protegerse y proteger a sus miembros garantizándoles un derecho al secreto en la medida en que confían en las personas para su auxilio.

En México la regulación del secreto profesional reviste ambas teorías, la primera contemplada en el artículo 36 de la Ley General de Profesiones y la segunda en el Código Penal, imponiendo una sanción a favor de la comunidad.

C. DISPOSICION ESPECIFICA:

Ley General de Profesiones.-

En su artículo 36 indica: "todo profesionista estará obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confieren por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas".⁵⁵

⁵⁵ "Ley de Ejercicio de las Profesiones". Editorial Libros Ergonómicos. México D.F., 1997.

REGULACIONES DIRECTAS SOBRE LA PRACTICA MEDICA:

A. Sobre el secreto Profesional.-

En el Código Penal el Título Noveno y en su capítulo único, dispone en su artículo 210 los términos del secreto profesional. Los profesionistas están constreñidos a no divulgar sin previo consentimiento la información que por la relación de trabajo el profesional haya tenido conocimiento.

En esta forma, "se multará con treinta a doscientos días de salario mínimo a favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto".⁵⁶

B. SOBRE EL CARACTER ETICO DE LA PRACTICA MEDICA:

En este sentido, es el propio Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de servicios de atención médica, cuyo artículo 9 determina que: "La atención médica deberá llevarse a efecto de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica".⁵⁷

A diferencia como sucede en muchos países del mundo, en México el gremio de los médicos no cuenta con un ordenamiento jurídico que prescriba el desempeño de sus conductas, ni los principios éticos que inspiren a las mismas. Sin embargo, no por la ausencia de este contenido normativo específico sobre la conducta ética del médico ésta deja de ser así.

⁵⁶ - Código Penal para el Distrito Federal, Ediciones ALF, México, D.F.

⁵⁷ - Ley general de Salud, Secretaría de Salud, Dirección General de Asuntos Jurídicos, México, D.F. 1992

3.1 LA RESPONSABILIDAD PENAL Y EL EJERCICIO MEDICO:

El ejercicio de la medicina puede desencadenar todas estas formas de responsabilidad. La exigencia de responsabilidades es una medalla de doble cara. Por una parte, pone de manifiesto la creciente "conciencia del derecho", al estilo del inglés inflexible en "La lucha por el derecho", la obra de Jorge Jellinek. Asimismo debe acentuar el cuidado en el ejercicio profesional y poner a la autoridad y a la sociedad en guardia para la más eficiente supervisión en el desempeño profesional. Pero por otra parte, modifica la práctica de la profesión, exagera sus costos y fomenta un espíritu de litigiosidad al servicio de todo género de causas: desde las más estupendas hasta las más reprobables. Entre esas modificaciones preocupantes se halla la llamada "medicina defensiva".

Los delitos se hallan legalmente descritos por medio de figuras o fórmulas a las que se denomina "tipos". Estos encierran la descripción estricta y limitativa de las conductas punibles. Cada tipo penal está destinado a salvaguardar, por medio de la amenaza de una sanción, algún bien jurídico: la vida, la libertad, el patrimonio, la salud, la confianza social, etc..

El tipo penal contiene diversas referencias, entre ellas la relativa al agente de la conducta punible: "el que priva de la vida...", como en el homicidio, o "el que se apodera de una cosa ajena...", como el robo, y así sucesivamente.

Se pueden clasificar los tipos en atención a la calidad del sujeto activo que figura en ellos. En este sentido, las dos categorías más relevantes son las de:

- a) delito común o indiferente.- en que cualquier persona puede ser sujeto activo y;
- b) delito propio, especial o exclusivo.- en que "el tipo exige determinado sujeto activo, es decir, una calidad en dicho sujeto", sin embargo los delitos propios o especiales son "aquellos que pueden ser cometidos por personas determinadas, en razón de propiedades jurídicas o naturales", manifiesta Celestino Porte Petit.

En la mayoría de los casos es irrelevante la calidad o condición de la persona: cualquiera puede ser responsable de un homicidio, un robo, un fraude. Sin embargo, hay tipos que exigen ciertas calidades en el infractor y cuyo estudio es interesante para el conocimiento de la responsabilidad penal de los

médicos. Al establecer tipos penales en que figuran los profesionistas como sujetos activos, el legislador ha querido dar a la sociedad seguridad sobre del desempeño de actividades que implican conocimientos especiales y superiores por parte de quienes las desarrollan.

3.2 LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

"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, en esta lógica la norma jurídica se esclarece el principio moral que prohíbe causar daño a otro."⁵⁸

Sabemos que la noción de obligación -obligatio- se desenvuelve en el derecho romano clásico, institución que es concebida como: "el vínculo jurídico por el cual una persona es constreñida frente a otra a realizar una determinada prestación"⁵⁹; 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.

La responsabilidad profesional es un capítulo dentro de la teoría general de la responsabilidad y sujeta a las normas de ésta. La responsabilidad del epígrafe juega cuando el profesional, por dolo, imprudencia, negligencia, etc., ha ocasionado un daño en la persona, los bienes o intereses de aquellos que han requerido sus servicios.

A su vez, ampliando el criterio de Bustamante Alsina, se puede afirmar que la función del profesional "en el organismo social es tanto más importante cuanto más extensa es la regulación jurídica de la conducta y cuanto más complejo es el contenido de las normas"⁶⁰

La responsabilidad se inicia con el juramento de buen desempeño de la profesión y en relación al cliente es de naturaleza contractual, desde su inscripción en la matrícula respectiva; y, en relación con el cliente, es de naturaleza contractual, existiendo algunos deberes comunes para la mayoría de las profesiones: así, el deber de lealtad, el secreto profesional y la indemnización del daño que se hubiere culpa o dolosamente ocasionado.

⁵⁸ Yungian y otros, "Responsabilidad Profesional de los médicos". Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, pág. 19.

⁵⁹ Iglesias Jara, "Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado", Editorial Ariel, México.

⁶⁰ Jorge Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad civil". Abeledo-Perrot. 3ra. Edición. Buenos Aires, 1980., pág. 447.

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

La responsabilidad del médico, es una forma de Responsabilidad Profesional que como se citó, integran el capítulo de Responsabilidad, tanto en la materia civil, como en la penal.

Muchos doctrinarios se han expresado en contra de que exista una Responsabilidad Profesional del Médico, algunos argumentan que si actúan de buena fé no se es punible, argumentando que la medicina no es una ciencia exacta, otros argumentan que la relación entre desarrollo tecnológico y prestigio del médico afecta más la de éste último; sin embargo el hecho de ser médico, abogado, arquitecto, ingeniero etc., no otorga el derecho de tener ciertos privilegios, toda vez que la Responsabilidad es un manto que cubre a todos por igual, y cuyos alcances y delimitaciones se encuentran en la propia actividad y conducta del sujeto que tiene capacidad de goce y ejercicio.

Como se ha reiterado a través del presente trabajo el médico puede realizar o cometer delitos, "dolosos o culposos", cuyo origen de la conducta delictiva sea completamente diferente al título profesional. Sin embargo en este trabajo nos ocuparemos de la Responsabilidad del Médico provocada por el mismo, como consecuencia de un acto profesional.

Así las cosas nuestro Código Penal establece en el Capítulo I, Título Décimo Segundo, una serie de delitos tipificados, relacionados con la Responsabilidad Profesional en general en donde podemos encuadrar a los Médicos.

Así el Artículo 228 establece a la letra lo siguiente:

"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 perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre Ejercicio Profesional, en su caso:

1. Además de las sanciones fijadas para los 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; y

II. 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 aquéllos⁶¹.

Como se observa del Artículo transcrito se pueden encontrar los siguientes elementos:

1.- **Sujetos Activos.**- Son aquellas personas físicas que conforme a las leyes especiales, tengan el carácter de profesionistas, artistas o técnicos o los auxiliares de éstos.

2.- **Sanciones.**- Serán fijadas por las disposiciones del Código Penal, o por los ordenamientos específicos que la regulen.

3.- **Sujetos Pasivos.**- Serán las personas, que reciban la prestación del acto profesional, artístico o técnico y las personas que auxilien en el ejercicio de dicho acto.

Como se podrá observar de la redacción de la fracción II del Artículo en comento, los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, estarán obligados, a reparar el daño, tal como se estudió en la presente tesis, esta afirmación genera confusión entre los Doctrinarios y hace ver la reparación del daño en materia Penal no es distinta de la reparación del daño en materia civil.

La Responsabilidad Profesional desde el punto de vista jurídico penal no radica únicamente en actos negligentes o imprudentes (culposos) sino que también puede proceder de conductas dolosa, esto es queridas o admitidas por el médico, por ejemplo: El Médico que mata dolosamente durante una operación.

El Código Penal para el Distrito Federal consagra en su título Décimosegundo, la Responsabilidad Profesional, determinando las sanciones que serán objeto los "profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares... por los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión".⁶² En esta forma,

⁶¹ Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México.

⁶² Artículo 228 del Código Penal para el Distrito Federal, reformado en el D.O. 10 de enero de 1994.

siendo delitos dolosos o culposos, se les aplicará sanción en los siguientes términos:

- a. se les suspenderá de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitivamente en caso de reincidencia, además de obligarlos a,
- b. La reparación de los daños causados por el profesional o por sus auxiliares.

El propio Código Penal en su artículo 229 expresamente hace alusión a los "médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente",⁶³ imponiéndose la misma sanción que para la responsabilidad profesional.

Además para los directores, encargados o administradores de cualquier centro de salud, se impondrá sanción de tres meses a dos años de prisión o cien días de multa o suspensión de tres meses a un año, cuando a juicio del juez, estos hallan:

- 1.- Impedido la salida de un paciente, cuando éste o sus familiares los soliciten;
- 2.- Retengan sin necesidad a un recién nacido, habiéndose solicitado la salida sus familiares;
- 3.- Retarden o nieguen por cualquier motivo la entrega de un cadáver, excepto cuando se requiera orden de autoridad competente para hacerlo.

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, 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 profesional, tema que nos reúne en esta ocasión.

⁶³ Artículo 229 del Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México D.F.

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.⁶⁴

Esta 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 del trabajo se tomaron todas las medidas indicadas para obtener un buen resultado.

⁶⁴ "Jurisprudencia 133", de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Apéndice del Semanario Judicial de la Federación, 1917-1985, Segunda Parte, Primera Sala, p. 273, bajo el rubro : "Jurisprudencia, delitos por prueba de la responsabilidad".

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

En virtud de que la prueba pericial es la que debe rendirse para determinar precisamente la calidad del servicio prestado por el médico y, por lo tanto, su responsabilidad tiene que asegurarse la probidad y calidad de ésta, sobre todo en los juicios penales en los que se imponen penas de prisión del ejercicio profesional y se obliga a la reparación del daño causado.

3.3 RESPONSABILIDAD MÉDICA

En gran parte de los países de la cultura occidental, la responsabilidad médica constituye un capítulo dentro de la responsabilidad profesional y de igual manera, esta sometida a los principios generales de la institución.

En Francia se consideró durante mucho tiempo la responsabilidad médica como de carácter extracontractual, atento lo establecido por el art. 1382 del Código de Napoleón, aunque, en rigor, es la ley la determinante de la conducta cuyo incumplimiento ocasiona un perjuicio que debe ser reparado, si bien ya desde 1936 el criterio de los tribunales franceses fijó la naturaleza contractual de la obligación, a la que debe calificarse como obligación de medios, lo que implica que el médico asume el compromiso de atender al paciente con cuidado y diligencia para que ello sea conducente al logro de su curación, la que no puede ser asegurada por el profesional.

Jugando aquí, como factores determinantes de la responsabilidad, la existencia de culpa; el daño ocasionado y el nexo de causalidad entre aquella y éste, no siendo de aplicación la teoría del riesgo objetivo, ya que la existencia de culpa es requisito fundamental para que el daño causado sea susceptible de reparación.

No resulta novedoso afirmar que las acciones por mal-praxis resultan cada vez, más frecuentes, especialmente en los países de economía liberal donde las responsabilidades derivadas de la actividad médica se ven ampliadas debido al progreso de la tecnología, lo cual ha implicado la multiplicación de los riesgos en los distintos tratamientos.⁶⁵

Bien se ha señalado que la evolución y el progreso médicos son resultado constante del desarrollo de nuevas técnicas diagnósticas, farmacológicas, químicas, físicas, quirúrgicas, pero con su etapa de pruebas que aseguren su eficacia y su aceptación como método adecuado de tratamiento.

⁶⁵ George Cazac, "Responsabilidad Profesional: aspecto preventivo". Revista Médica Mundial, mayo-junio 1970, pag. 63.

Por otra parte, no siempre el paciente considera el fracaso de un tratamiento como un evento no imputable al médico y atribuye a éste culpa y responsabilidad antes que a la gravedad, a veces insalvable, del caso,⁶⁶ e iniciando demandas judiciales en franco aumento numérico, como acabo de señalar. En una comunicación presentada ante el Segundo Congreso Internacional sobre Ética Médica realizado en París en mayo de 1966 se pasó revista a la evolución de la responsabilidad durante los veinte años anteriores, demostrándose que el número de reclamaciones presentadas contra médicos fue del 5 por 1.000 en 1945, aumentando al 20 por 1.000 en 1965, lo que implica que los juicios se cuadruplicaron en dicho lapso, advirtiéndose similar panorama en los Estados Unidos y Gran Bretaña.⁶⁷

Conforme con Gisbert Calabnig la responsabilidad médica significa 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 y 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.⁶⁸

Se ha discutido si la obligación de reparación nace ex contrato o ex delito, o sea si el derecho del paciente es emergente del contrato que ha celebrado con el médico o de los principios generales de la responsabilidad.

Pensamos que la responsabilidad es estrictamente contractual, salvo que se trate de supuestos de derecho penal sin perjuicio de la opinión de algunos autores que a partir de Van Ryn, son partidarios de la unidad de la culpa contractual y delictual.⁶⁹

Un fallo de la Corte de Casación francesa de 1936 marcó, como bien se sostuvo en su oportunidad, un definido rumbo en la jurisprudencia de esa

⁶⁶ Dr. Josin: "Responsabilidad Médica a la Responsabilidad General". Revista Médica Mundial, mayo-junio 1969, pág. 69.

⁶⁷ George Cazac, *OB.CIT.*, pág. 63.

⁶⁸ Juan Antonio Gisbert Calabnig, "Medicina Legal y Toxicología". Fundación García Múñoz, Valencia, reimpresión 1979, pág. 21.

⁶⁹ Jean Van Ryn, "Responsabilité acquiesce le contrat en droit positif". París, 1933.

nación al extender y precisar la responsabilidad contractual de los actos médicos, criterio que ya había sostenido la Corte de Apelación de Aix en 1931.

Aceptado, entonces, el principio de la responsabilidad contractual, Gisbert Calabuig trata de explicar el incremento de acciones judiciales y apunta los siguientes motivos:

a) la medicina ha logrado avances espectaculares y logros que hasta no hace mucho tiempo no se esperaban; todo ello ha implicado que el enfermo considere su curación como un derecho y si aquélla no se logra la atribuye a fracaso del médico;

b) la actitud hedonista que anima nuestra sociedad significa rechazar la idea de sufrimiento y de dolor y ante la aparición de la enfermedad se genera un sentimiento o una actitud de oposición ante el médico a quien se hace subjetiva e irracionalmente responsable;

c) el sentido económico de nuestro sistema que aprovecha cualquier ocasión para intentar una ganancia más allá, a veces, de la justicia del reclamo⁷⁰

El vocablo "responsabilidad" proviene del latín *respondere*, interpretable como estar obligado. Entre los muchos conceptos formulados al respecto, se entiende por responsabilidad la capacidad de un sujeto de derecho de conocer y aceptar las consecuencias de sus actos realizados consciente y libremente, o sea la capacidad de responder por sus actos. En un sentido más concreto, la responsabilidad se traduce en el surgimiento de una obligación o merecimiento de una pena en un caso determinado o determinable, como resultado de la ejecución de un acto específico.

Según Gisbert Calabuig: "La responsabilidad médica significa la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, y omisiones y errores voluntarios o involuntarios dentro de ciertos límites y cometidos en el ejercicio de su profesión".⁷¹ En otras palabras, que el médico que, en el curso del tratamiento ocasiona, por su culpa, un perjuicio al

⁷⁰ Viaguina y otros, "Responsabilidad Profesional de los médicos". Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, pág. 24-27.

⁷¹ Juan Antonio Gisbert Calabuig, "Medicina Legal y Toxicología". Fundación García Muñoz, reimpresión, 1979, pág. 21.

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.

Por su parte, Lacassagne define la responsabilidad médica como:

“la obligación para los médicos de sufrir las consecuencias de ciertas faltas por ellos cometidas en el ejercicio de su arte, faltas que pueden comportar una doble acción, civil y penal”.

Bajo el punto de vista jurídico, se entiende por responsabilidad, la obligación para el autor de una falta de repararla, sea con la víctima, indemnizándola, responsabilidad civil, sea para con la sociedad, sufriendo ciertas penas, responsabilidad penal.

Según el concepto clásico, todo ser razonable tiene la responsabilidad jurídica de sus faltas, cuando la Ley no lo exime normalmente de ellas. La responsabilidad médica será pues, la obligación que tiene el médico de reparar faltas cometidas en el ejercicio profesional, indemnizando a la persona dañada, o sufriendo una pena. Mas no es cosa fácil discriminar cuándo está el médico en falta. Salvo en algunos puntos del Derecho Penal referentes al aborto, infanticidio, revelación de secretos, expedición de certificados falsos, la aplicación de la Ley es difícil y asunto complejo el precisar la responsabilidad médica. Esto ha sido interpretada, dice Brouardel, de muy diversas maneras según los principios filosóficos, las circunstancias del medio, las autoridades, el tiempo y a veces las fluctuaciones de la opinión pública. Vemos así que aun los propios legisladores no han podido fijar con precisión las bases de tal responsabilidad.

Dos factores poderosos han dificultado además su estimación clara y exacta, y la aplicación de las sanciones correspondientes. Son ellos la independencia de formación y función del médico, y las peculiaridades de la Medicina. “la independencia de espíritu” dice Paul Guérin, “es el rasgo dominante en la formación del médico. El más joven de ellos ha vivido siempre lo suficiente para saber que lo cierto de hoy, es a menudo lo falso de mañana; y frecuentemente ve derrocado el dogma científico triunfante de ayer”. Esto desarrolla su sentido crítico y hace que por encima de todas las corrientes, sean su juicio, su razonamiento y su experiencia, quienes dicen a su consciencia la ejecución de un acto, la sanción de él en una palabra, la Ley. A

esa independencia de formación, añádase la independencia de función. El médico trata siempre casos concretos; frente a frente de un enfermo juzga del caso que se le ha confiado; es el único juez y el único dueño de su diagnóstico y de su terapéutica.

En lo que a la Medicina se refiere hay otro escollo: si es verdad que por el método experimental riguroso, por la observación constante, por la aplicación de procedimientos de investigación cada más precisos, es ya más que un arte, una ciencia, tiene, sin embargo, mucho de conjetural, mucho de aleatorio y presenta dificultades que se abstraen a lo más ejercitado; produce errores que escapan al cálculo más riguroso y da sorpresas que burlan las previsiones más prudentes. ¿Cómo entonces fijar las condiciones en que un médico ha faltado?. ¿Cómo conseguir que éste, independiente por formación y función acepte otra responsabilidad que la moral que su conciencia le dicta, y admita la aplicación de sanciones penales?.

Y aquellas dificultades y esa resistencia, invalidando la aplicación de la responsabilidad en los médicos, han dado lugar a que se crea que éstos gozan de impunidad absoluta, que han sido inmunizados para toda sanción, que son absolutamente irresponsables de sus actos. Podría así decir Montaigne citando a Nicolás: "Ellos tienen (los médicos) esta hora en que el sol alumbra sus éxitos y la tierra oculta sus faltas", y Moliere, que con tanta saña ridiculizó a los médicos de su época, en su "Maladie Imaginaire" ponía en los labios del Presidente que recibe al neófito "docto corpore" estas palabras: "Dono tibi er concedo virtutem et puissanciam, medicandi, purgandi, soignandi, taillandi, coupandi et occidendi impune per totam terram". "Y sin embargo dice Brouardel esta leyenda de la inmunidad absoluta, con tantos siglos de edad, que es casi imposible destruirla, no está de acuerdo con la realidad, pues ha habido en todos los tiempos una responsabilidad médica". El criterio que le ha inspirado, las formas y grados con que ha sido sancionada han variado, claro está según las circunstancias particulares del medio o el pensamiento filosófico dominante en cada época.

3.4 LA RESPONSABILIDAD JURIDICA

La Salud se encuentra tutelada como un bien jurídico, en el sentido que todo daño que se produzca en la Salud del individuo será sancionado desde el campo del derecho penal reparado o indemnizado en el plano civil; por otra parte no es necesario insistir en que la salud pertenece al grupo de bienes que no son susceptibles de fijar en el comercio, así como es inalienable e imprescriptible; la salud como bien jurídico tutelado interesa y compromete al orden público y de ahí la intervención Estatal a nivel administrativo y judicial.

El juzgamiento de la condena reprochable del médico se hace a través de normas y sanciones represivas, si aquéllos configuran un ilícito penal o de normas o sanciones indemnizatorias o reparatorias, si implica un daño que debe ser salvado y/o compensado en sede civil.

Sabido es que un mismo hecho puede ser ventilado ante la justicia penal a los efectos de decidir si se trata de un delito y, en caso afirmativo, determinar su sanción (prisión, multa o inhabilitación) o ante el fuero civil para fijar el monto de la reparación si la reclamación es procedente.

En ámbito civil serán reparables los daños inferidos al cuerpo o a la psique del paciente; la violación del secreto profesional sin perjuicio de lo dispuesto por el Código Penal y del deber de reserva en cuanto a la vida del paciente y/o de sus familiares; toda conducta contraria a las normas propias de la asistencia médica conforme con los principios generales que en materia contractual consagran los arts. 505, inc. 3ro; y conec. del Código Civil) o bien según las normas que se refieren a los actos ilícitos según lo disponen los arts. 1066 y conec.

Claro está que, para que el obrar del médico le sea imputable y con ello generador de responsabilidad deben darse dos presupuestos:

- 1) La existencia de culpa (art. 512) o de dolo (art. 521), y
- 2) que la conducta del médico le signifique al paciente un daño físico o psíquico, patrimonial o espiritual, osea que exista relación de causalidad entre el hecho médico y el resultado habido (cf. arts. 901 y conec. del Cód. Civil).

A su vez con el juego de otros dos factores:

1) la reparación del agravio moral (que en materia contractual consagra el artículo 522 y en materia extracontractual el artículo 1078), y

2) el agravamiento de la responsabilidad cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art.902), o sea que será juzgado con mayor severidad un especialista que un médico recién recibido u otro que actúa en un medio sin la totalidad de los elementos adecuados.

Tal como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, es aceptado por nuestro sistema jurídico, que un mismo hecho puede ser ventilado ante la justicia penal a efecto de determinar si estamos en presencia de un delito y por consecuencia se determine lo de la correspondiente o ante la justicia civil para fijar el monto de la reparación del daño que pudo causar el citado hecho.

El problema práctico al cual se han enfrentado nuestros tribunales, consiste en que muchas veces, el juez de la causa penal además de condenar al presunto responsable que se convierte por ese hecho en culpable, se le determinó una cantidad que debe cubrir por concepto de reparación del daño y a su vez, la parte ofendida vuelve a demandar por la vía civil la reparación del daño causado por ese mismo hecho, a este respecto podemos citar el Código Civil Argentino que en su Artículo establece lo siguiente:

“La indemnización del daño causado por delito, sólo puede ser demandada por acción civil independientemente de la acción criminal”.⁷²

Por otra parte y en relación con lo anterior el Código Penal Argentino en su Artículo 29 establece que las decisiones respecto a tópicos civiles y penales pueden ser sometidas a un juez único, lo que excluye, luego, en caso de rechazo, la intervención anterior del juez civil, así dicho Artículo 29 establece:

“La sentencia condenatoria podrá ordenar la indemnización del daño material y moral causando a la víctima, a su familia ..., fijándose el monto prudencialmente por el juez, en defecto de prueba plena”.⁷³

⁷² Código Civil Argentino.

⁷³ Código Penal Argentino.

ESTA COPIA NO PUEDE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Y a su vez el Código Civil Argentino en su Artículo 1102 establece:

"Que después de la condena del acusado en sede penal, no se podrá impugnar en el juicio civil, la existencia del hecho principal, ni la culpa del condenado"⁷⁴

De lo anterior y a la luz de la legislación Argentina, podemos dar nuestra particular opinión de los Artículos y disposiciones citadas.

- 1.- Nada impide iniciar procedimiento civil, aun cuando el procedimiento penal se encuentre urgente, respecto de un mismo hecho o situación.
- 2.- Si el procedimiento penal culminó con sentencia condenatoria, el acusado no podrá impugnar la existencia de los hechos comprobados y determinados en la sentencia penal.
- 3.- Si el procedimiento penal culminó con sobreseimiento de la causa o la determinación de no ejercicio de la acción penal, el actor u ofendido podrá demandar al presunto responsable por la vía civil a efecto de obtener, de este último la indemnización por daños y perjuicios.
- 4.- No obstante lo anterior, consideramos que si el juez de la causa penal, además de condenar al presunto responsable lo obliga a reparar el daño, el ofendido no tendrá derecho a reclamar en la vía civil la reparación del daño y el perjuicio que le hubiere ocasionado el hecho en cuestión.

Tal criterio no es del todo aceptado por nuestros tribunales como se estudiará más adelante.

Para poder entender lo anteriormente expuesto, consideramos conveniente analizar la fuente obligacional de la relación médico-paciente, para tal efecto, nos apoyaremos en el estudio realizado por el doctrinario Argentino Arturo Ricardo Yungano, tal y como se expuso la responsabilidad médica constituye un capítulo particular de la responsabilidad profesional.

⁷⁴ Código Civil Argentino.

En Francia conforme a lo establecido en el Artículo 1382 del Código de Napoleón, se consideró durante mucho tiempo la responsabilidad Médica como de carácter extracontractual, sin embargo los Tribunales Franceses, han fijado la naturaleza contractual de la obligación derivada de la Responsabilidad Médica, así también, debemos afirmar que en la Responsabilidad Médica, no cabe la Teoría del riesgo-objetivo, toda vez que el requisito de la culpa es fundamento para que el daño causado al paciente sea susceptible de reparación, lo anterior resulta lógico en virtud de que la Responsabilidad Médica siempre irá aparejada del elemento subjetivo, consistente en la calidad de profesionista del médico.

Esto es 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 Responsabilidad.

Como se citó Yungano establece que se ha discernido si la obligación de reparación por Responsabilidad Médica, nace ex-contrato o ex-delito, osea si el derecho del paciente es emergente del contrato que ha celebrado con el médico o de los principios generales de responsabilidad aquiliana.

Para Yungano la Responsabilidad del médico es estrictamente contractual, salvo que se trate de supuestos de derecho penal, esto es para Yungano la Responsabilidad Civil del médico, deriva de una relación contractual. Ahora bien, debemos preguntarnos cual es la postura que se adopta en nuestro sistema jurídico.

El Artículo 2606 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

"El que presta y el que recibe los servicios profesionales pueden fijar, de común acuerdo, retribución por ello".⁷⁵

Por su parte el Artículo 2607 del mismo ordenamiento jurídico establece que:

"Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularán atendiendo juntamente a las costumbres del lugar....".⁷⁶

⁷⁵ Código Civil para el Distrito Federal.

⁷⁶ ÍDEM

Con lo anterior podemos afirmar que el contrato de prestación de servicios no es un contrato formal y bien puede celebrarse en forma verbal, tal aseveración se desprende de la propia redacción del Artículo 2607, ya que se deduce que en caso de no existir convenio por escrito en donde consten los honorarios pactados, los honorarios correspondientes al convenio verbal pactado serán determinados conforme al procedimiento contenido en el propio numeral 2607; en tal virtud consideramos que la fuente obligacional de la Responsabilidad Médica en materia civil conforme a nuestro sistema jurídico es contractual. Así también y como se afirmó en líneas anteriores en la Responsabilidad Médica no cabe la Responsabilidad objetiva, para reforzar tal aseveración transcribiremos el Artículo 2615 del Código Civil para el Distrito Federal.

“El que preste servicios profesionales sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito”.⁷⁷

Del análisis del artículo transcrito, encontramos que para que exista obligación del médico para indemnizar por responsabilidad civil en el ejercicio de su profesión al paciente, deben presentarse los siguientes elementos:

- 1.- Culpabilidad o Dolo (la existencia de culpa es requisito fundamental para que el daño causado sea susceptible de reparación).
- 2.- Relación causal con el hecho
- 3.- Daño ocasiona

La disposición contenida en el Artículo 2615, consideramos que contiene lo que Yungano llama las obligaciones de medios a cargo de cualquier profesionista, esto es el médico que compromete a poner los recursos razonables para obtener un resultado, el que de ningún modo puede ser el objeto esencial de la relación.

En resumen consideramos que entre el Cliente y el Médico se forma un verdadero contrato que implica para el profesional la obligación, si no de curar

⁷⁷ IBIOEM

al enfermo, por lo menos proporcionaries cuidados, no cualquiera sino conscienzados, atentos y tener reserva y excepcionales.

En tal situación nos adherimos en todas sus partes a la tesis de Yungano que afirman:

“De acuerdo con la tesis que sostenemos, es decir la aplicación extensiva de la relación y efectos contractuales, a todos los sujetos de vinculación Médico-Paciente, la responsabilidad extra-contractual del profesional quedaria configurada por actos ilícitos y sin perjuicio de una posible acumulación de responsabilidades, que serian el incumplimiento contractual por una parte, e ilícito de Derecho Penal por la otra, ya que como decian los clásicos cuando la injección del contrato degenera de un delito de derecho criminal, surge también la responsabilidad extra-contractual pues el delito implica la violación de un deber independiente de la injección del contrato”.

3.5 LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO POR LOS HECHOS DE SUS COLABORADORES (MÉDICOS) Y DE SUS AUXILIARES Y DEPENDIENTES.

La responsabilidad del médico se extiende a los hechos realizados por los colaboradores médicos que aquél requiere en la atención del paciente ej., un ayudante en acto quirúrgico y por sus auxiliares y dependientes, instrumentadoras, enfermeros, secretarios; en virtud del sistema de responsabilidad indirecta aplicable en materia contractual. En estos casos habría un doble presupuesto de valoración:

subjetivo.- culpa del colaborador, auxiliar o dependiente que realizó el acto del que se derivó el daño y;

objetivo.- responsabilidad del médico por los actos de aquéllos; con respecto a esta responsabilidad ya se descarta el criterio de la culpa en la elección de los colaboradores o en la vigilancia de la conducta de éstos, pues de hecho resulta difícil el control acabado de todos los actos, aceptándose, en cambio, que aquella responsabilidad resulta de contrato mismo o bien si no se quiere aceptar la idea de la responsabilidad convencional implícita aunque inherente al contrato de asistencia médica que se ha caracterizado de una obligación de garantía que es esencial en el cumplimiento integral de cualquier contrato, todo ello sin perjuicio de que la falta del auxiliar pudo originarse en una falta del médico-institución incorrecta; omisión en cuanto a la suspensión de un tratamiento en cuyo caso la responsabilidad de aquél será valorada en función de la culpa existente.

Con respecto a los equipos médico-quirúrgicos ya se ha dicho que existe una tenencia general a establecer una responsabilidad solidaria entre sus integrantes salvo el caso de que el responsable sea indubitadamente identificado sin perjuicio del posterior deslinde de responsabilidades.⁷⁴

En este aspecto referente a responsabilidad de los médicos por los hechos de sus colaboradores, auxiliares, dependientes y técnicos, se encuadran en los delitos tipificados por el Código Penal para el Distrito Federal, en donde se refiere a lo siguiente; como Delitos agravados por la calidad de profesional,

⁷⁴ Yungano y otros, IOEM pág. 139.

técnico o auxiliar de la salud en el sujeto activo, que abarca a los médicos, pero no se limita a éstos. De tal suerte, devienen calificados los delitos contra la salud en materia de narcóticos, previstos en el artículo 194 del Código Penal, cuando la conducta punible sea ejecutada por profesionistas, técnicos, auxiliares o personal relacionado con las disciplinas de la salud en cualquiera de sus ramas, quienes se valen de esa situación para cometerlos (artículo 196, fracc.V). Este es un delito de suma gravedad, tomando en cuenta la pena de prisión aplicable.

La fórmula típica considera tres categorías subjetivas tomadas de la legislación sanitaria: profesionistas, técnicos y auxiliares, y agrega una más: personas relacionadas con las disciplinas de la salud en cualquiera de sus ramas. La palabra "relacionado" tiene un alcance muy amplio; nótese que esta vinculación es genérica, no específica; así, no se contrae a cierta firma de relación, sino comprende en términos literales prácticamente cualquier nexo entre dichos profesionistas, técnicos y auxiliares, por una parte, y las demás personas, por otra. Bajo esta referencia dilatada y hasta exorbitante pueden quedar otros profesionistas cuya actividad concurre con la de aquéllos (como la de los administradores de centros de salud, por ejemplo), y terceros que realizan labores subalternas que nada tienen que ver con las disciplinas de la salud, en sí mismas, pero están "relacionadas" con la persona y el que hacer de los profesionistas: secretarías, intendentes, etc...

No está fuera de lugar preguntarse si bajo este concepto extenso de relación, que no tiene límite en el tipo penal pueden hallarse quienes tienen vínculo familiar, social o afectivo con los multicitados profesionistas, técnicos o auxiliares.

La frontera de estas conductas y la razón de ser de la incriminación calificada se encuentran en una referencia circunstancial del tipo, necesariamente asociada a la calidad del sujeto pasivo para que se reúnan los elementos que reclama la descripción del artículo 196, fracción V: que los sujetos "se valgan" de su calidad o relación para cometer el delito.

En la Ley General de Salud hay varios tipos que recogen la calidad de profesional, auxiliar o técnico de la salud, y esta virtud agravan las consecuencias jurídicas del delito, por adición de la pena de suspensión de derechos, que se suele ampliar cuando hay reincidencia. Así lo estipulan los artículos 459,460,461 y 462 bis.

El Artículo 228 del Código Penal para el Distrito Federal, establece lo siguiente:

“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 perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud”.

Del análisis del Artículo transcrito encontramos que son sujetos activos de los delitos en ejercicio de profesión los siguientes:

- a) profesionistas
- b) artistas o técnicos
- e) los auxiliares de las personas anteriormente mencionadas

Nuestra Ley General de Profesiones no define específicamente in que debemos entender por auxiliar, sin embargo el Artículo 71 de la Ley General de Profesiones, establece que los profesionistas serán civilmente responsables de las contravenciones que cometan en el desempeño de sus trabajos profesionales, los auxiliares o empleados que estén bajo su inmediata dependencia y dirección siempre y cuando no hubiesen dado las instrucciones adecuadas o bien éstas, hubiesen sido causa del daño.

De lo anterior, se desprende que tanto el Código Penal como la Ley General de Profesiones, establecen una responsabilidad civil y penal para sus auxiliares, pero ¿Qué debemos entender por auxiliares? Creemos que la respuesta, la encontramos en la propia Ley General de Profesiones cuando se infiere que son auxiliares los que están, bajo una relación de subordinación con el profesionista, relación de subordinación que debemos entender a la luz de nuestra Ley Federal del trabajo, por tanto podemos afirmar que un auxiliar siempre tendrá la calidad de trabajador del profesionista, así la Ley Federal de Trabajo en su Artículo establece lo siguiente:

De lo anterior se desprende que un trabajador estará sujeto a las instrucciones del profesionista, aunada a la dependencia y relación de

subordinación existente, tales supuestos se contemplan en diversas ejecutorias de nuestros tribunales de amparo.

Como ejemplo podemos citar el siguiente:

Un médico tiene su consultorio especializado en gastroenterología, y tiene trabajando para la realización de los fines del consultorio a las siguientes personas con sus respectivas funciones:

- a) recepcionista
- b) secretaria
- e) enfermera

De lo anterior nos podemos preguntar quien tiene el carácter de auxiliar del médico conforme a nuestro Código Penal para el Distrito Federal y la Ley General de Profesiones, bajo este tenor, resulta claro que el auxiliar del médico es la enfermera, toda vez que por naturaleza de sus funciones auxiliar al profesionista médico en el ejercicio propio de la profesión; sin embargo en términos del Artículo 71 de la Ley general de Profesiones, podríamos preguntarnos, ¿si el médico se haría responsable de los actos realizados por la secretaria, o recepcionista?, si el médico profesionista ordenara a cualquiera de estas dos la aplicación de una inyección a un paciente y dicha inyección por ser mal suministrada provocara la muerte del paciente, conforme a la redacción del Artículo 71 de la Ley General de Profesiones, el médico profesionista sería civilmente responsable del acto u omisión de la secretaria o recepcionista, que actuó bajo las instrucciones del doctor, pero creemos que este Artículo esta fuera de lugar, toda vez que el mismo debió incluirse en el Código Civil para el Distrito Federal y no en la Ley General de Profesiones.

Sin embargo la laguna que citamos anteriormente, se cubre con el Artículo 79 de la Ley General de Salud, que en su Segundo párrafo establece:

"Para el ejercicio de actividades técnicas y auxiliares que requieran conocimientos específicos en el campo de la medicina, odontología, veterinaria, enfermería, laboratorio clínico, radiología, terapia física, terapia ocupacional, terapia de lenguaje, prótesis..., y sus ramas, se requiere que los diplomas

correspondientes hayan sido legalmente expedidos y registrados por las autoridades educativas existentes”.

De lo anterior se desprende que del ejemplo que se expuso una secretaria no podría tener la naturaleza de auxiliar, de un profesional médico, pero si la de un empleado, por tanto concluimos lo siguiente (a la luz de nuestra Ley Federal de Trabajo) :

- a) Para que un médico profesionalista sea civilmente responsable de los actos de una secretaria, esta debe ser su empleada.
- b) Para que un médico profesionalista sea civilmente responsable de los actos de un auxiliar médico en términos de la Ley General de Salud, este auxiliar no necesariamente debe ser su empleado, pero si, este auxiliar debió haber recibido ciertas instrucciones que no signifiquen necesariamente una relación de subordinación.

Por otro lado y en el sentido de la Responsabilidad Penal, el auxiliar como tal que haya obtenido el diploma correspondiente, legalmente expedido por las autoridades educativas competentes es responsable penalmente de los actos u omisiones que constituya un delito en términos del título Décimo Segundo, Capítulo Primero, del Código Penal para el Distrito Federal; obviamente con el alcance de sus funciones o de los delitos especiales que se fijen que se fijen en otras leyes.

Así también es de destacar que la fracción II del Artículo 228 del Código Penal para el Distrito Federal, encuentra su fundamento y correlación en el multicitado Artículo 71 de la Ley General de Profesiones, toda vez que dicha fracción II, establece que los profesionalistas estarán obligados a la reparación del daño por los actos de sus auxiliares, al igual que como establece el citado Artículo 71 de la Ley General de Profesiones; tal situación creamos confirmar nuestra postura en el sentido que son distintas Responsabilidad Penal de la Civil, pero la reparación del daño proveniente del mismo hecho que produjo la Responsabilidad Civil y Penal es la misma.

Para los doctrinarios Argentinos la Responsabilidad del médico se extiende a los hechos realizados por los colaboradores médicos, que el médico requiere en la atención del paciente, ejemplo; un ayudante en un acto quirúrgico, por sus auxiliares y dependientes en virtud del sistema de

Responsabilidad indirecta aplicable en materia contractual , en estos casos habría un doble presupuesto de valoración:

- a) subjetivo; es decir ; culpa del colaborador, auxiliar o dependiente que realizó el acto del que se derivó el daño.
- b) objetivo; Responsabilidad del Médico por los actos de aquellos.

Creemos que lo anterior significa que el médico, objetivamente es responsable de sus actos y los de sus auxiliares en vía Civil, pero a su vez el médico y sus auxiliares tienen responsabilidad subjetiva en materia Penal.

Coincidimos con la doctrina Argentina, al señalar que con respecto a la Responsabilidad citada debe descartarse el criterio de la culpa en la elección de los trabajadores o en la vigilancia de la conducta de éstos, pues de hecho resulta difícil el control definitivo de todos los actos, aceptándose en cambio, que la Responsabilidad de todos los auxiliares, resulta como lo hemos establecido en esta tesis del contrato mismo.

3.6 EXTINTO CÓDIGO PENAL DE 1872

Por lo que a México atañe, y al decir México, me refiero principalmente al Distrito Federal y Territorios, ya que la legislación de éstos es la que habitualmente sirve de norma a los Estados, el asunto de responsabilidad penal, que es el que especialmente quiero mencionar, ha sido tratado en forma diversa en los tres Códigos que hemos conocido: El promulgado en diciembre de 1871 por don Benito Juárez, que estuvo vigente hasta el 15 de diciembre de 1929; el que rigió desde esta fecha hasta el 3 de agosto de 1931 y que fue expedido por el licenciado Emilio Portes Gil, y finalmente el que está en vigor y que fue promulgado en la última fecha mencionada por el Presidente Ortiz Rubio.

El Código de 72 habla de los delitos cometidos por los médicos, y que tienen relación directa con actos profesionales pero que son del orden común: aborto, infanticidio, certificaciones falsas, etc., pero no trata en particular de la responsabilidad médica. Queda ésta, sin embargo, comprendida en el capítulo I, artículo II, que se refiere a los delitos intencionales y de culpa. Define estos últimos en la forma siguiente: Artículo II.- Hay delitos de culpa: I.- Cuando se ejecute un hecho o se incurra en una omisión, que aunque ilícitas en sí, no lo son por las consecuencias que producen, si el culpable no las evita por imprevisión, por negligencia, falta de reflexión o de cuidado, por no hacer las investigaciones convenientes, por no tomar las precauciones necesarias, por impericia cuyo conocimiento es necesario para que el hecho no produzca daño.

Los casos de responsabilidad médica estudiados durante la vigencia de este Código, fueron sancionados de acuerdo con los preceptos del artículo citado, a pesar de las dificultades que se presentaba a menudo para juzgar de un hecho posterior.

El cambio del pensamiento filosófico que servía de base a aquel Código, modificó también el concepto de imputabilidad del delincente substituyéndolo por el de temibilidad y el de castigo por la sanción necesaria para defender los intereses sociales. Este cambio fundamental, al propio tiempo que la acción interventora del Estado en diversos aspectos de la vida individual, con miras de protección social, hizo pensar en la necesidad de formular un nuevo Código, y en el año de 1925 se nombró una Comisión revisora del viejo, produciéndose como resultado final del cambio de orientaciones, la formación del anteproyecto y la expedición más tarde del Código de 1929. En éste hubo un

cambio radical en lo que a la responsabilidad médica se refiere. Obedeció tal cambio al criterio general de los autores del anteproyecto? Fueron las circunstancias de apreciación sobre la actuación de los médicos las que lo originaron. Quizá este último, más que lo primero.

La opinión pública, lo mismo en México que en otros países, se ha modificado mucho con respecto a los médicos, en los últimos años: "juzga con mayor severidad", dice Brouardel, "las faltas cometidas en el ejercicio de la profesión". Las causas de este fenómeno son múltiples y complejas, y dependientes, unas de los médicos, otras de los clientes, otras de las condiciones del ejercicio profesional en los últimos años. La socialización de la medicina, su divulgación hecha con fines diversos, la pretendida ilustración de muchos enfermos sobre sus padecimientos y el tratamiento que debe dárseles, las apremiantes condiciones de la lucha por la vida, han determinado una baja estimación del público para los médicos, y se han reflejado en el carácter francamente restrictivo para sus actividades de algunos Códigos, y entre ellos, el del Distrito Federal y Territorios del año de 1929.

Existe mucho en nuestra época actual divergencia de criterios que bastan para que los médicos expresen públicamente su desagrado en contra de alguno de sus colegas mencionando a continuación un anécdota: "Un médico del hospital de niños enfermos, había atendido en el campo a una joven atacada de disenteria; esta al volver a París, vino a ver al médico acompañada de su madre. El médico no la reconoció, la madre explicaba el tratamiento seguido por su hija, cuando el médico le interrumpió diciendo: ¿Quién es el asno que os ha ordenado todo esto? La madre de la enferma le enseña entonces su propia receta". Esta cruel anécdota da idea de la ponderación que los médicos deben tener en sus juicios, de otra manera son ellos mismos factores de desprestigio para la corporación.

Junto con esta desestimación de los médicos, alentada a veces por ellos mismos, ha habido otros factores de alejamiento y temor del público: el auge cada vez mayor de la cirugía, el radio cada vez más amplio de sus actividades y la fascinación que ejerce sobre los jóvenes médicos por lo que de brillante tiene, los conduce a veces a excesos y audacias, que mal juzgados y peor comentados, acaban por crear un verdadero sentimiento de defensa.

El Código Penal de 1929, parece haber sido redactado bajo la influencia de este sentimiento de defensa exagerada; tíntase ese capítulo:

Delitos cometidos por los médicos, cirujanos, comadronas y parteros, y dice así:

Artículo 831.- Cuando se trate de practicar alguna operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo, cause la pérdida de un miembro o ataque la integridad de una función vital, los cirujanos estarán obligados a recabar la autorización del paciente.

Artículo 832.- La aceptación expresa del paciente, podrá substituirse por la de sus parientes o personas a cuyo cuidado se encuentre, cuando aquél esté incapacitado para manifestarla o cuando el estado de su salud haga temer fundamentalmente que le sobrevenga la muerte o un mal grave por causas emocionales.

Artículo 833.- El padre dará su consentimiento por sus hijos menores de edad. A falta de el padre, bastará la voluntad de la madre, y cuando el niño fuere huérfano, será necesario el consentimiento del tutor. Cuando este lo negare o no pudiere otorgarlo, se recabará la autorización del Consejo Supremo de Defensa y Previsión Social, o del Juez Penal del lugar.

Artículo 834.- Si se tratara de un casado, la aceptación podrá substituirse por la de la de su cónyuge.

Artículo 835.- Cuando el paciente sea un enajenado, el médico deberá también consultar al alienalista.

Artículo 836.- En todo caso el médico advertirá a las personas que otorguen su consentimiento, del resultado probable de la operación. Sólo en caso de urgencia o cuando no se encuentren los parientes o las personas de quien se hace mención anteriormente, será dispensable la aceptación previa.

Artículo 837.- La contravención a lo dispuesto en los artículos anteriores se sancionará con seis meses de arresto a tres años de segregación y multa de 15 a 60 días de utilidad, imponiéndose además en caso de reincidencia, suspensión de un mes a dos años.

Artículo 838.- La suspensión de que habla el artículo anterior, se aplicará con el doble de las sanciones mencionadas en el mismo artículo.

cuando de la operación practicada sin los requisitos que exigen los artículos 831 y 832, resultare la muerte, la locura u otro mal trascendental en el paciente. Y si además resultare la comisión de otro delito, se observarán las reglas de acumulación.

Artículo 839.- Los cirujanos que practiquen una operación completamente innecesaria a juicio de los peritos, pagarán una multa de diez a treinta días de utilidad sino resultare daño trascendental. Habiéndolo, duplicará la multa y se suspenderá al facultativo de seis meses a un año en el ejercicio de su profesión, sin perjuicio de seis meses a un año en el ejercicio de su profesión, sin perjuicio de aplicar las reglas de acumulación por el delito que resulte consumado.

Los artículos anteriormente mencionados, es notorio que inspiran de una unilateralidad de criterio y se marca en ellos un sentimiento de exagerada defensa contra actos principalmente quirúrgicos. No es de extrañarse que las comisiones nombradas por esta Academia, junto con las Asociaciones Médicas que bajo los auspicios del Departamento de Salubridad estudiaron el anteproyecto del Código mencionado, objetaron ampliamente el Capítulo VII., no obstante lo cual fue puesto en vigor. Las dificultades de su aplicación y el poco tiempo que duró su vigencia, impidieron apreciar sus resultados. Tal vez de haberse puesto en práctica, hubiese dado lugar a lo que las comisiones de médicos impugnadores del proyecto, decían: "Desde el momento en que el médico se sienta fiscalizado en sus actos, amenazado en su conducta... sentirá rotos los resortes de su espíritu, y unos inventarán... encontrarán la manera de burlar las leyes, y otros se abstendrán del ejercicio profesional... y adiós progreso científico, adiós conquistas y descubrimientos, habrá uno que otro valiente que recetará aspirinas, quedará uno que otro médico que ante un dolor desesperante y cruel, practicará el viejo precepto de Kufeland: "Cuando tu enfermo esté en peligro, arriesga todo por salvarlo, aun tu reputación!".

Los autores del Código Penal que actualmente está en vigor, han sido menos rigoristas y más lógicos al ocuparse de la responsabilidad médica. Conservan la división en delitos intencionales y no intencionales y de imprudencia. Consiste esta última en imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado, que causa igual daño que un delito intencional.

El Artículo 228.- Referente a la responsabilidad médica y técnica, dice lo siguiente: "Los médicos cirujanos y profesionistas similares o auxiliares,

serán penalmente responsables por los daños que causen en la práctica de su profesión, en los términos siguientes:

I) Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean intencionales o por imprudencia punible, se les aplicará la suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión, o definitiva en caso de reincidencia, y ;

II) Estarán obligados a la reparación del daño causado por sus actos propios o por los de sus ayudantes, enfermeros, o practicantes, cuando estos obran de acuerdo con las instrucciones de aquéllos”.

Como se verá, la modificación substancial consiste en la suspensión temporal o definitiva del médico, y en la extensión de la responsabilidad por lo que hicieren sus ayudantes. Sanciona el daño que el médico pueda causar. La dificultad en la aplicación de las sanciones que señalan los artículos citados, va a estribar en la estimación de lo que se considere como daño. Muchos casos podrían citarse a este respecto. Quiero mencionar el siguiente. Un distinguido cirujano del Hospital Juárez, encargado hace algunos años de la Sala de Niños, tenía la costumbre de circuncidar a algunos de los enfermos, asilados en su sala, cuando creía pertinente hacer la operación, con un fin profiláctico. Tuvo que suspender esa práctica, pues estuvo a punto de ser acusado, por originar lesiones a los niños circuncidados. Había realmente daño en el caso? La contestación de la mayoría de los médicos sería negativa, y sin embargo, hubo alguno que afirmaba que cierto médico francés había consagrado largas páginas de un libro para demostrar los serios inconvenientes de la circuncisión. Un juez con igual opinión, tal vez condenaría a nuestro médico de acuerdo con el término de daño expresado en el código vigente.

Las variaciones sufridas a nuestros tres Códigos, a propósito de la responsabilidad médica, ponen de relieve las serias dificultades que hay para precisar lo que debe entenderse por responsabilidad médica. A ello se añade lo difícil que es en la práctica, calificar cuándo un médico ha originado un daño y es acreedor a la sanción correspondiente.

Quiere decir ésto que ante la complejidad del problema, deba propugnarse por la responsabilidad absoluta? De ninguna manera: Si es verdad que por encima de la sanción legal está siempre el ánimo de todos nosotros, la sanción moral de nuestros actos, no es menos cierto que debe de

subsistir aquélla. Ya nuestro juicio el problema queda resuelto y así lo sostuvo la Comisión que estudió el anteproyecto de 1929, restableciendo íntegramente el artículo 11 del Código Penal de don Benito Juárez.

En él están comprendidos todos los casos de responsabilidad médica, y pueden establecerse para cada uno de ellos las sanciones correspondientes, incluso la suspensión temporal en el ejercicio de la Medicina, o la definitiva en el caso de reincidencia o de un delito intencional.

Entre tanto, y conscientes de las obligaciones que para con la Ley y con la Sociedad tenemos, hay que reforzar y mantener incólume, ese alto concepto de responsabilidad moral que es base y fundamento de la Medicina, haciéndolo vivir perenne y fuerte en el ánimo de los jóvenes médicos. Hay también que preparar a los que de las aulas salen, para salvar los escollos de orden legal, dándoles a conocer y mejorando su formación técnica para hacerlos más aptos en las diversas ramas de la Medicina a las que quieran dedicarse. Fortalecer su instrucción y adiestrarlos debidamente antes de permitirles el ejercicio de una especialidad, y especialidades son ahora, casi todas las ramas de la Medicina.

Así se conseguirá que sin burlar la moral ni transgredir la Ley, siguiendo los senderos y disciplinas del estricto método científico, logren en el ejercicio de su profesión si no es en todos los casos una habilidad extraordinaria, si por lo menos aquél desiderátum de que hablaba el Lord Jefe de Justicia en Inglaterra, al juzgar y absolver a un médico: "A un hombre, a un médico en el desempeño de su labor, no se le puede obligar a tener siempre una habilidad extraordinaria. Solamente podemos pedir cierto grado de habilidad normal".⁷⁹

Artículo 228.- Los médicos, cirujanos y demás profesionistas similares y auxiliares serán penalmente responsables por los daños que causen en la práctica de su profesión, en los términos siguientes:

I.- Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean intencionados o por imprudencia punible, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión, o definitiva en caso de reincidencia, y ;

⁷⁹ Dr. José Torres Torija. "Medicina Legal temas para estudios". Librería de Medicina. México, 1961.

II.- Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus ayudantes, enfermeros o practicantes, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.

Artículo 229.- El Artículo anterior se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente.

Artículo 230.- Igualmente serán responsables en la forma en que previene el artículo 228, todos los que causen daños indebidos en el ejercicio de su profesión o un arte o actividad técnica.⁸²

⁸² Idem, pág. 23

3.7 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Una vez que se ha estudiado el origen y la naturaleza de la Responsabilidad Médica, consideramos necesario delimitar cuales son los elementos constitutivos de lo mismo.

Consideramos que para que quede configurada la Responsabilidad Médica, deben concurrir determinados requisitos, a saber:

- a) Obligación preexistente.- es decir lo que asume el médico en virtud del compromiso previo, sea de carácter contractual o de naturaleza legal.
- b) Falta Médica.- elemento así clasificado por el maestro Yungano, falta médica que debe ser estrictamente profesional; la antijuricidad constituye el elemento esencial de la falta médica sancionable; tal antijuricidad se vincula con el quebrantamiento de la obligación previamente establecida.
- c) Daño ocasionado.- conforme a nuestra legislación es necesario que como consecuencia de la falta cometida por el médico, se produzca un daño en el cuerpo o en la salud del paciente; ya sea somático (ocasionar la enfermedad o agravarla), psíquico o moral o bien en los herederos de este se ha provocado su muerte.
- d) Determinismo causal entre el acto médico y el daño causado.

La palabra "causa" deriva del griego y tuvo su origen en sentido jurídico como acusación o imputación, Aristoteles afirmaba que "todo lo que ocurre tiene lugar a partir de algo", osea a toda causa corresponde un efecto.

La relación entre el acto médico y el daño ocasionado juega en el sentido de que no toda falta médica, puede producir un perjuicio, pero todo daño en el cuerpo o en la salud del paciente pueden producirse entre otras causas por una falta médica, es decir; que a través del determinismo causal se puede saber si el daño existente, se puede deber al acto médico y con ello atribuir Responsabilidad y con esta la reparación de las consecuencias dañosas derivadas de su conducta.

e) Imputabilidad.- Cuando el médico se ha tenido por culpable del daño, para lo cual su conducta debió jugar dentro de las condiciones de discernimiento, intención y libertad de acuerdo con las pautas de los Artículos:

7,8,9, y 10 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

En términos generales los elementos de la responsabilidad son, en primer término la conducta y la antijuricidad.

Efectivamente para que se pueda argumentar que existe la responsabilidad, debe existir 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 aun queriéndolos no hubiera previsto sus consecuencias, esta situación no lo exime de la reparación de los daños ocasionados. Por otro lado, la antijuricidad, cuya presencia puede tomar dos facetas, ya sea ser efecto de un acto ilícito o bien, ser el resultado de algún incumplimiento contractual.

En resumen podemos decir, que la responsabilidad significa 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 vinculo previo.

El Código Penal dispone que las "acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente" (artículo 8). Es decir, si no hay dolo o culpa no hay delito, ni se plantea el asunto de la responsabilidad penal. Hasta antes de la reforma de 1983, que introdujo cambios notables y modificó el rumbo de nuestro Derecho punitivo, se presumía que los delitos se cometían dolosamente, salvo prueba en contrario, prueba que, por otra parte, resultaba ineficaz en diversos supuestos.

Esta manera de ver las cosas duró más de 100 años: desde 1871 hasta 1983. En este último año se suprimió la presunción de dolo y se aportaron nuevas denominaciones y sendas descripciones del dolo y de la culpa.

"Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley" (artículo 9, primer párrafo). Se trata de una conducta desplegada con el deliberado propósito de ocasionar un resultado típico, o bien,

a sabiendas de que se producirá ese resultado y admitiendo que así sea. Obviamente, es posible que los profesionales de la medicina cometan delitos en forma dolosa, pero éste no es el caso más frecuente, ni es el que suscita mayores dudas y discusiones.

"Obra culposamente, dice el segundo párrafo del mismo precepto, el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales" (artículo 9, segundo párrafo).

La gran mayoría de los casos de responsabilidad médica, real o supuesta, corresponde a la categoría delictuosa de la culpa. A ella se refiere, según la intención de quien lo utiliza, el término "iatrogenia", aunque literalmente pueda abarcar también el daño causado dolosamente, porque la etimología no distingue en la intención del agente.

Olga Islas de González Mariscal 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 provisible, se haya o no previsto". En esta definición entran en juego cuatro conceptos: previsibilidad, provisióabilidad, previsión y provisión. La autora citada caracteriza así cada uno de estos conceptos: "Previsibilidad quiere decir que el sujeto tiene la posibilidad de prever la lesión del bien jurídico; provisióabilidad significa que el sujeto tiene la posibilidad de poner en juego el cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar, la lesión del bien; previsión es el hecho psíquico real de prever la lesión del bien; y provisión es el poner efectivamente en juego el cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar, la lesión del bien".⁸¹

En la culpa, el agente viola un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias en que ocurrieron los hechos y las condiciones personales en que se encontraba. La observancia del deber de cuidado no excluye la existencia de riesgo, sino lo modera, lo coloca entre las fronteras de lo admisible. De hecho, en el desempeño de todas las actividades humanas existe algún grado de riesgo. La certeza absoluta, se ha dicho siempre no es propia de las cosas del hombre. Lo importante no es actuar sin riesgo,

⁸¹ Olga Islas, "Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida", Editorial Trillas, 3ª. Edición, México, páginas 45 y 46.

que implicaría no actuar en lo absoluto, sino actuar dentro de los límites de un riesgo aceptable: el que sea natura en las circunstancias presentes.

El deber de cuidado, que pesa sobre todas las personas, "existe particularmente cuando se refiere a personas que desempeñan profesiones u oficios en que los riesgos de que se produzca un resultado dañoso es alto, o en que el posible resultado dañoso, si llega a producirse, es en sí muy grave". En esta situación se hallan los médicos y cirujanos.

Todo "tratamiento es un riesgo calculado dice Echeberry, y al concretarse en la personalidad física o psíquica del paciente involucra riesgos potenciales". Los márgenes de seguridad y de peligro estarán influidos, en cada actividad que venga al caso por una serie de factores objetivos y subjetivos; en materia médica, lo estarán considera Künsemüller "por las características de la dolencia del enfermo, por la capacidad individual del facultativo, por el estado de la ciencia en ese momento, por la posibilidad de un diagnóstico preciso, por la urgencia de la intervención, por la eficacia de los factores técnico-instrumentales y de organización y los recursos humanos auxiliares; en fin, por las circunstancias en que se actúa".

Todo esto reviste la mayor importancia, por que si el sujeto no violó un deber de cuidado sino actuó con todo rigor y conciencia, poniendo en juego los mejores recursos a su alcance y realizando todas las operaciones que sugiere la *lex artis*, conforme a las condiciones que informan y limitan su desempeño, el resultado típico no podría serle reprochado a título de culpa. Se habría producido más allá de la mejor posibilidad de preverlo y de proveer los medios para evitarlo, esto es, de la previsibilidad y la provisión, como dice Olga Islas de González Mariscal, y por ende habríamos salido del terreno de la culpa para entrar en el caso fortuito.

Por lo anterior, el Ministerio Público para integrar una averiguación y ejercitar una acción, el defensor para asistir a su cliente y el juzgador para disponer la formal prisión, el sobreseimiento o la sentencia, deben afrontar una serie de cuestiones. Se resumen de esta manera: ¿observó el médico el deber de cuidado a su cargo, en cuanto correspondía a la atención en la que intervino, tomado en cuenta las disposiciones aplicables al caso, las características de éste y las circunstancias en la que se hallaban el usuario y el prestador del servicio médico?

En este campo es preciso tomar en cuenta normas que guían para la identificación de la culpa: así, el artículo 34 de la ley de profesiones que habla de los elementos a considerar en el juicio pericial, y el artículo 60 del código penal, que se refiere a los datos para medir la gravedad de la culpa.

Para que una conducta sea punible debe hallarse prevista en la ley penal. Esta describe las figuras delictivas mediante la presentación y articulación de elementos que constituyen los "elementos del tipo penal". Si cierta conducta no se ajusta precisamente a los requerimientos del tipo penal, no será delictuosa (artículo 15, fracción II). Pongamos por ejemplo que el médico que otorgó responsiva acerca de un lesionado o enfermo, abandona el tratamiento de éste sin causa justificada, pero da inmediato aviso a la autoridad correspondiente. Como el tipo penal contempla la existencia concurrente del abandono sin causa y de la falta de aviso oportuno, y no se presenta más que uno solo de estos elementos, la conducta de la gente no encaja en el tipo previsto por el artículo 229 del Código Penal.

3.8 DIFERENCIAS ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL

Para iniciar el presente tema, creemos necesario delimitar el concepto de Responsabilidad en nuestro sistema jurídico, responsabilidad proveniente de los sujetos de derecho que reconoce el propio sistema jurídico mexicano. A este respecto Gutiérrez y González establece que es preciso que el derecho considere daños a ciertas conductas, pues de otra forma no podría quedar responsabilizado el autor de las mismas, así también el citado autor se pregunta ¿Qué es la responsabilidad?, para Gutiérrez y González se desprenden dos tipos de responsabilidades:⁸²

- 1.- La del hecho ilícito
- 2.- La objetiva

Obviamente el autor en estudio analiza la Responsabilidad desde el aspecto civil, sin embargo consideramos conveniente, estudiar ésta a la par de la Responsabilidad penal, toda vez que como se verá más adelante es común en la doctrina y en la práctica confundir estos dos tipos de responsabilidades y todavía mas se confunde la reparación del daño que cada uno produce.

Responsabilidad viene de responder, y a su vez este verbo deriva, del vocablo latino "responder", según el Diccionario de la lengua Española Responsabilidad significa; "obligado a responder de alguna cosa o por alguna persona".

Obviamente siguiendo corrientes ius-naturalistas la Responsabilidad tiene su principal fuente en la alteridad, sin embargo en nuestro sistema positivista la Responsabilidad, tiene como fuente la Ley en sentido formal y material., la Responsabilidad tiene como efecto inmediato la indemnización a cargo del sujeto de derecho que incumpla con alguna obligación o bien sin incumplir la ley por la realización de determinada conducta sanciona al responsable; obviamente la Responsabilidad va ligada con la libre voluntad, esto es, no pueden ser responsables los sujetos de derecho que la ley considera que no tienen clarificada su voluntad, por ejemplo; las personas en estado de

⁸² Ernesto Gutiérrez y González. "Derecho de las Obligaciones", Editorial Porrúa, Xva. edición, México, 1991.

interdicción, por ejemplo, los menores de edad consagrados en el Artículo del Código Civil.

Todo hecho del hombre implica Responsabilidad, lo que trae, a su vez, agregado el deber de reparación, o sea que la regla legal es concreción del principio moral que prohíbe causar daño a otro, cuando la conducta no se ajusta a la señalada por la Ley, o por el contrato se impone una sanción resarcitoria, es decir el volver las cosas al estado original en el que se encontraban, o bien su equivalencia indemnizatoria si aquella no fuera posible.

La Responsabilidad tiene como fundamento la ley y como naturaleza la obligación, la naturaleza de la obligación a marchado a través del tiempo desde una sujeción personal a una relación jurídico contractual, extra-contractual o legal patrimonial en la que lo que interesa es en sustancia la prestación.

Ha sido habitual establecer diferencias entre los conceptos de deuda y responsabilidad; el primero se entiende como, al Estado o situación de las partes antes de que se opere el cumplimiento de la obligación, la responsabilidad se da en cambio una vez que transcurrido el plazo estipulado no se cumple con la obligación o ésta se ha cumplido mal o parcialmente y con ello se ha causado un perjuicio a la otra parte, sin embargo como cita el Lic. Yungano :

“Los términos responsabilidad y deuda se han subsumido en el concepto obligación”.⁸³

A continuación estudiaremos los elementos de la Responsabilidad:

1.- Acción y Omisión voluntaria o involuntaria; productora de un resultado dañoso.

2.- La Antijuricidad.- Gschmitter define: “ La antijuricidad como la infracción de una norma y a la ley, ya del contrato, ya infrinja la norma expresa, ya ante la finalidad que la misma persigue, o ya lesione principios superiores; debemos establecer que la omisión, puede ser

⁸³ Yungano-López Bolado-Poggi, Bruno, “responsabilidad de los Médicos”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982., pág. 22.

antijurídica cuando existe obligación de evitar un daño, obligación impuesta por la naturaleza del oficio o de la profesión del sujeto.

Dentro de la Responsabilidad, encontramos el capítulo de la Responsabilidad Profesional y dentro de la Responsabilidad Profesional encontramos la Responsabilidad Médica; antes de definir Responsabilidad Profesional debemos de delimitar el concepto de profesión a la luz de las Disposiciones Constitucionales y Reglamentarias de nuestro sistema jurídico.

Consideramos que son tres los Artículos Constitucionales que regulan estas materias:

Artículos: 3ro, 5to, y 31.

El Artículo 3ro. Constitucional; establece la garantía individual del derecho a la educación así como los términos que impartirse la misma.,

El Artículo 31 del Ordenamiento Supremo establece una obligación general a cargo de todos los mexicanos (por mexicanos en este sentido entendemos a las personas con capacidad de goce y ejercicio) de hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria y secundaria.

Así también el Artículo 5to. Constitucional, es la piedra angular del ejercicio de las profesiones en nuestro país, dicho artículo consagra la libertad de profesión, industria, comercio, o trabajo, dicho artículo abunda que la ley de cada Estado determinará cuales son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llevarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlos. Obviamente el numeral en comento estipula ciertas limitaciones para el ejercicio de dicha libertad, estas limitaciones consisten en lo siguiente:

- 1.- Sólo podrá vedarse por determinación judicial.
- 2.- Cuando se ataquen los derechos de terceros.
- 3.- Por resolución gubernamental, dictada en los términos que marque la ley cuando se ofendan los derechos de la Sociedad.

Así también, se establece que los servicios Profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que esta señale. Así también se consagra, que no puede admitirse, esto es no será válido un convenio por esto es no será válido un convenio por el que la persona renuncie temporal o permanente a ejercer a determinada profesión.

Así las cosas existe una Ley Reglamentaria del Artículo 5to. Constitucional, conocida con el nombre de la Ley Reglamentaria del Artículo 5to. Constitucional, relativa al ejercicio de profesiones en el Distrito Federal, esto es, se trata de una ley local tal y como lo establece la Constitución, el Artículo 2do. de dicha ley estipula las profesiones que requieren título para su ejercicio de entre ellas se encuentra la profesión de médico.

El ejercicio profesional para efectos de la ley se entiende como la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto, o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aun que sólo se trate de una simple conducta. No se reputará ejercicio profesional cualquier acto realizado en los casos graves con propósito de auxilio inmediato.

El profesionista tiene a su cargo ciertas obligaciones derivadas de la profesión que eligió y de la cual la ley presume tiene la capacidad y elementos necesarios para ejercerla satisfactoriamente. Así el profesionista se encuentra obligado a poner todos sus conocimientos científicos y recursos técnicos al servicio de su cliente, así como al desempeño de su trabajo convenido.

Ahora bien, la ley establece que los delitos que cometan los profesionistas en el ejercicio de su profesión serán castigados por las autoridades competentes con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal, así también; el Artículo 71 establece que los profesionistas serán también civilmente responsables de las contravenciones que cometan en el desempeño de trabajos profesionales, consideramos aún cuando no se hubiera establecido el Artículo 71 en la ley en comento, la Responsabilidad Civil continuaría existiendo para los profesionistas, en virtud de que el Código Civil la define y regula.

Por lo anterior en la Ley General de Profesiones encontramos las siguientes Responsabilidades:

- 1.- La Responsabilidad Profesional común a todos los profesionistas, por el hecho de haber obtenido un título para ejercer la profesión.
- 2.- La Responsabilidad Civil de los profesionistas, derivada de las actividades u omisiones que realicen en el ejercicio de su profesión, en sus dos modalidades:
 - a) Responsabilidad derivada por hecho ilícito.
 - b) Responsabilidad objetiva en la cual no existe ilicitud.
- 3.- La Responsabilidad común a todos los profesionistas.
- 4.- La Responsabilidad Penal específica de cada clase y tipo de profesión, con los tipos penales condicionados a la existencia de una persona determinada que tenga el título profesional a que se refiera.

Ahora bien, delimitada la Responsabilidad Civil y la Responsabilidad Penal, es necesario delimitar la Responsabilidad Médica, así como obtener una definición de la misma, así, para Gisbert Calabuig, la Responsabilidad Médica significa: "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 y cometidos dentro del ejercicio de su profesión".⁸¹

Para Yungano, y de la lectura de sus ensayos se desprende que la Responsabilidad Civil es totalmente distinta a la Responsabilidad Penal, pero que la reparación del daño no es distinta una de la otra, así las cosas el citado autor establece: "Sabido es que un mismo hecho puede ser ventilado ante la justicia penal a los efectos de decidir si se trata de un delito y en caso afirmativo, determinar su sanción o ante el fuero civil para fijar el monto de la reparación, si la reclamación es procedente".⁸²

Nuestro Código Penal, establece ciertas penas relacionadas con la Responsabilidad Profesional que son la:

-prisión, -multa e; -inhabilitación.

y conforme a la fracción II del Artículo 228, se establece la obligación de reparar el daño a los sujetos activos de los delitos, sin embargo para Yungano,

⁸¹ *Ibidem* pág. 27.

⁸² *Ibidem* pág. 64.

el sujeto pasivo del delito o sus deudos pueden reclamar indemnizaciones ante los tribunales, indemnización, que puede solicitarse ante la justicia de lo civil o de lo penal, siempre que la pretensión civil concurren las siguientes pretensiones:

- a) Que la pretensión privada se base en el mismo hecho, en el que se fundamenta la represiva; esto es en el mismo comportamiento antijurídico.
- b) Que el sujeto pasivo exprese su voluntad de constituirse en actor civil en el juicio penal.
- c) Que la acción penal se encuentre pendiente legalmente promovida o iniciada.

Por otra parte el Código Penal Argentino en la fracción IV del Artículo 29, establece: "Que cuando la reparación civil no se hubiese cumplido durante la condena, se privara de la libertad condicional a quien no cumpla con dichas obligaciones".⁸⁵

De lo anterior se deduce que el legislador Argentino considera que la reparación del daño sólo puede ser una y que si la misma se satisfizo en la causa penal no puede ser objeto en la causa civil.

Ahora bien y apoyando la legislación Argentina, en nuestro particular punto de vista, consideramos que si en juez de la causa penal, determina y juzga que efectivamente el presunto responsable es culpable de los delitos que se le atribuyen y con esto procede imponerle la sanción tipificada en el Código Penal ya su vez se le condena a reparar el daño, el juicio civil que reclamare el pago de daños y perjuicios debería deshecharse en virtud y con fundamento en que el asunto sería cosa juzgada.

⁸⁵ *Ibidem* pág. 211.

3.9 LA DEFENSA O EXCEPCION DE LOS MEDICOS

Por otro lado, también se argumenta por la no responsabilidad profesional del médico, afirmando que si el profesional obra de buena fe, su malpraxis, no es punible, argumentando que la medicina no es una ciencia exacta, exponiéndose quienes la ejercen a errores y a enfrentar los riesgos que le son inherentes.

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

3.10 DEBERES DERIVADOS DE LA RELACION.

El contrato de asistencia médica genera deberes para el médico, para el paciente y para los organismos intermedios, que se enumerarán a continuación, sobre la base del caso general.

1) Deberes del médico :

El profesional debe cumplir su actividad dentro de ciertos presupuestos que se refieren a la forma de tratar al paciente en cuanto al tacto y sentido común y a la sinceridad que debe tener el médico, que comienza con la capacitación suficiente en su especialidad y en las técnicas de la misma, pues la impostura significará siempre, a breve o largo plazo, el fracaso profesional. La jurisprudencia ha señalado que "corresponde exigir al médico la observancia de los principios y técnicas de su disciplina y el mayor celo profesional en la atención del enfermo. Se trata de la razonable diligencia que es dable requerir a todo ser humano a quien se le confían delicados intereses de terceros, tal vez los más preciados, como son la salud y al vida"⁹⁷

a) La historia clínica .-

Es el instrumento con el cual el médico elaborará el diagnóstico, fundamentará el pronóstico y consignará el tratamiento y la evolución del paciente. Existen distintos modelos de historia clínica, si bien la mayoría comprende dos partes: la primera con el interrogatorio de los antecedentes hereditarios y personales, enfermedad y estado actual; y una segunda con el estudio de los informes dados por el laboratorio u otros exámenes complementarios.

La entrevista debe desarrollarse en un plano de amable conversación que facilite la comunicación del paciente y queda

⁹⁷ CNCiv., Sala II, 29/1/79, en "E. D.", 83-131

librada a la habilidad del médico la conducción adecuada para lograr los mejores resultados.⁸⁸

Circunstancias especiales pueden modificar el curso de la historia: el ambiente de la consulta o el estado del paciente, que determina que los datos sean dados por sus familiares.

b) Asistencia del paciente.-

La asistencia del paciente es el acto médico por excelencia y anima todas las formas de la relación y tratamiento. Desde el punto de vista etimológico, asistencia y asistir provienen del latín *ad* y *sistere*, que significa pararse, detenerse o para ayudar, socorrer, estar presente. La asistencia no se agota en un acto sino que significa "una serie de atenciones y presentaciones encadenadas"⁸⁹ y ello se consagra en una de las fórmulas de la "Declaración de Ginebra": "... velar, solícitamente, y ante todo, por la salud de mi paciente..."

c) Diagnóstico.-

El resultado del examen del paciente y de los medios complementarios tienden a la formulación de un diagnóstico de la enfermedad que sea, a u vez, sustentado del pronóstico y del tratamiento. El diagnóstico se inicia como diagnóstico diferencial, formándose poco a poco salvo los supuestos de conclusión evidente. En cualquier caso, como bien sostiene Insúa⁹⁰ el médico debe formularse dos preguntas sucesivas:

"1.- ¿Por qué o sobre la base de qué elementos afirmo yo este diagnóstico?", y;

"2.- Suponiendo que éste sea incorrecto, ¿qué otra cosa puede ser?", y responder ambas preguntas con hechos comprobados y comprobables.

El criterio diagnóstico puede ser:

⁸⁸ Insúa. ob.cit., p.214.

⁸⁹ Gisbert Calvaig, ob. Cit., p. 15.

⁹⁰ Insúa. Ob.cit., págs. 165 y ss.

1.- de urgencia cuando las circunstancias lo exijan ante la gravedad del caso y la imposibilidad inmediata de medios auxiliares ;

2.- terapéutico, que es correlativo inmediato del anterior o en caso de que no se haya efectuado diagnóstico definitivo y se actúe de acuerdo con la sintomatología, y ;

3.- definitivo, sobre la base de los enfoques etiológico, semiológico y patogénico, con la inclusión de los medios auxiliares.

d) Tratamiento.

Tratamiento proviene etimológicamente de tractare y ésta de trahere, o sea traer hacia sí, un acto o serie de actos que significan la materialización de la asistencia.

Todo tratamiento debe reunir ciertos requisitos, a saber :

1.- haber sido autorizado y/o admitido por la autoridad sanitaria y/o las instituciones científicas reconocidas, en su caso ;

2.- ser adecuado al enfermo y a la enfermedad ;

3.- tener entidad tal que la repuesta esperada sea correlativa del estado del paciente y ordenarse conforme con dicho estado. En otras palabras, debe ser reconocido a nivel administrativo y científico y adecuado al estado del paciente.

Además, atañe al deber profesional el cambio del plan terapéutico si el anterior no da los resultados razonablemente esperados o si se ha modificado el cuadro del enfermo. De este modo, la jurisprudencia Argentina ha sostenido que : " el tratamiento que tiende a la curación o mejoría del paciente, o a la superación del dolor, etc., no es un proceso lineal, sino que se halla sujeto a múltiples alternativas en las que son posibles avances y retrocesos, cambios de diagnóstico y de terapia, y la

continuidad y persistencia son, con frecuencia, la condición para el logro del resultado médico buscado".⁹¹

e) Deber de informar.-

Entre los deberes del médico, uno de los más delicados en la relación con su paciente es el relativo al modo de comunicar a éste diagnóstico, pronóstico y posibilidades del tratamiento. Sobre el punto no se deben perder de vista dos viejas pautas de la medicina: manejar con prudencia las "verdades absolutas", es decir los diagnósticos que puedan aparecer rigurosamente indubitables y recordar la simplicidad del principio "no hay enfermedades, sino enfermos". De modo que la información debe ser leal, clara inteligible y adecuada con el estado y nivel del paciente ;

f) La derivación del paciente.-

Si el médico no está en condiciones, por razones atendibles, de asistir a un paciente o por no ser su especialidad la adecuada a la enfermedad de aquél deberá hacerlo saber de inmediato salvo la atención de urgencia en la que no podrá abandonar al paciente hasta que éste sea atendido por el profesional adecuado o sea llevado para su asistencia a un instituto público o privado.

g) Interconsulta.

De acuerdo con el estado y evolución del paciente, el médico podrá indicar la necesidad de una "junta" o "interconsulta" con otros u otros profesionales que sean "más calificados en la materia".⁹²

h) El secreto médico.-

El secreto puede ser :

⁹¹ CNCiv., Sala A, agosto 6/975, "E. D.", 66-320

⁹² Código Internacional de Ética Médica", t. II, 2da., párrafo, in fine.

1) natural.- cuando por la naturaleza del hecho o en mérito de calidades o defectos personales se impone, por tener sentido, su reserva ;

2) prometido.- cuando alguien se obliga, libremente, a mantenerlo, y ;

3) pactado.- cuando en virtud de un contrato, una de las partes se obliga a no revelarlo. En este tipo se ubica el secreto profesional y dentro del mismo, el secreto médico.

El secreto comprende, asimismo, " lo que en el ejercicio de la profesión, y aún fuera de ella, viere u oyere acerca de la vida de las personas y que no deba alguna vez ser revelado..."⁹¹.

En cuanto a la naturaleza del secreto dos criterios se perfilaron desde hace mucho tiempo :

1) el secreto absoluto.- que implica una reserva sacramental, como la expresaba Brouardel : "Silencio ahora y siempre".

2) el secreto relativo.- aparece cuando el carácter anterior se contraponen con intereses sociales, en cuyo caso son éstos y no los del individuo los que deben privar . En tal sentido aparece la obligación del médico de denunciar nacimientos ; defunciones ; delitos o enfermedades infecciosas, o en los supuestos médico-testigo y/o médico-perito, médicos de compañías de seguro, previsionales o de empresas.

i) El certificado médico.-

El certificado médico pertenece a la categoría de los instrumentos privados del Derecho Civil. Emana del profesional a pedido del interesado o de sus representantes legales o en virtud de disposición

⁹¹ "Juramento Hipocrático", 5to., párrafo.

legal. La circunstancia de que el paciente lo solicite implica liberar al médico de mantener el secreto, sin perjuicio de la prudencia con que debe extenderse.

Se consignará la identidad del paciente (nombre, apellido y documento de identidad); fecha de examen, en su caso, con indicación de la hora; su objeto, según se trate de diagnóstico, tratamiento, incapacidad laboral, etc., y debe estar fechado y firmado. El certificado tendrá su propia modalidad según sea el destino para el cual se confecciona: aptitud para ingreso a un empleo; enfermedad de empleados u obreros; embarazos; trance de muerte para contraer nupcias, etc., a lo que debe agregarse lo expuesto sobre el tema en la parte de responsabilidad penal.

j) El médico en relación de dependencia.-

Todos los deberes enunciados corresponden a la actividad médica cualquiera sea la forma como se realice. O sea, que la dependencia laboral que pueda tener el profesional con una institución no lo libera de aquellos deberes, a los que se agregan los que pueda imponer ésta, ya sea desde el punto de vista asistencial para la mejor atención del paciente, ya desde la relación laboral que liga a institución y médico.

II) Deberes del paciente :

El paciente debe cumplir, también, con una serie de deberes cuyo presupuesto está dado por la buena fe implícita en la relación, la sinceridad de su conducta, la aceptación de los planes terapéuticos que fije el médico y, por supuesto, el pago de los honorarios convenidos.

a) Lealtad de información.-

El paciente tiene el deber de informar, fielmente, al médico de todos sus síntomas, así como de responder en la misma forma las preguntas que se le formulen. Puede ocurrir que un paciente sugestionable exagera sus síntomas y que otro por razones no vinculadas directamente con la relación asistencial simule, finja, un estado que no tiene, o disimule y/o oculte otro existente.

El médico debe manejar con prudencia estos casos y ser objetivo en su trato y realista en sus apreciaciones, haciendo comprender que la sinceridad del paciente redundará en su propio beneficio. El médico dispone, habitualmente, de dos métodos para lograr una información fiel: dejar hablar al paciente en una suerte de conversación casi monologada para que explique la forma como se inició la enfermedad, su evolución, sus síntomas anteriores y actuales, la correlación con determinada dieta o actos del paciente, etc., o bien someterlo a un cuestionario ordenado siguiendo los modelos de las historias clínicas. Ambos tienen sus inconvenientes: en el primero puede omitirse algunos elementos de interés, y el segundo llevar a una mecanización de la consulta y al deterioro de la relación de fe por parte del paciente. Por ello, los dos métodos deben combinarse según paciente y circunstancias.

b) Cumplimiento del plan terapéutico.-

El paciente debe cumplir por sí o por quienes lo asistan, el plan que el profesional ha ordenado. Para ello, el mismo debe ser clara, sin

márgenes de error o de dudas en cuanto a lo que deba hacerse y formularse por escrito.

El enfermo no debe vacilar en solicitar todas las aclaraciones ya sea con respecto a un producto farmacéutico, su dosis, dieta, correlación con otros medicamentos, etc. La falta de cumplimiento del plan significará excluir, en principio, la responsabilidad del médico.

c) Nueva consulta.-

Hace a la buena fe con que deben cumplirse los contratos la circunstancia de que si el paciente decide consultar a otro profesional lo ponga en conocimiento del médico que lo ha asistido, quien dejará constancia de ello, preferentemente en la historia clínica. Igual criterio se impone si son los familiares quienes toman aquella decisión cuando el enfermo no está en condiciones de resolver por sí mismo.

Con respecto al paciente que suspende el tratamiento y recurre a otro médico, la jurisprudencia Argentina ha sostenido que: "El enfermo que interrumpe un tratamiento y se confía a otro profesional o a otro servicio médico, excluye la responsabilidad de quienes inicialmente lo trataron y de ningún modo pudieron controlar o influir sobre las secuencias sobrevinientes de su mal",⁵⁴ y "generalmente se ha mirado con disfavor la actitud del enfermo que interrumpe el tratamiento comenzado bajo la asistencia de un profesional o sanatorio y confía su curación a otro porque el tratamiento de las enfermedades, lejos de ser una fórmula matemática, está sujeta a alternativas de toda índole que se traducen en mejorías y declinaciones".⁵⁵

d) Pago de honorarios.-

Los caracteres esenciales del contrato de asistencia médica está su onerosidad. El monto de los honorarios puede ser acordado por las partes previa estimación del profesional y aceptación, en su caso, por el paciente o bien, si se trata de la asistencia prestada en instituciones

⁵⁴ CNCiv., Sala A, 6/8/75, "E.D.", 66-319.

⁵⁵ CNCiv., Sala E, 19/12/77, "E.D.", 77-246

intermediarias, fijadas por éstas o por los colegios profesionales, en cuyo caso el honorario es impuesto a médico y paciente. Si no hay acuerdo o si el médico debe demandar corresponde al juez fijar el monto y si es que el profesional no haya podido probar la cantidad pactada.⁹⁶

e) Paciente afiliado a institución intermedia.-

El paciente que se encuentra afiliado a un organismo intermedio tiene el deber de pagar las cuotas pactadas a veces éstas se descuentan directamente de su sueldo y de cumplir con las normas administrativas pertinentes para poder recibir la asistencia que necesita.

El incumplimiento de los pagos le hará perder sus derechos y/o determinar, en su caso, el cobro judicial; fácil resulta advertir que tales eventos no hacen a la esencia del contrato médico-paciente pero pueden ser factores para que no se cumpla la prestación.

⁹⁶ Nota: A los efectos de determinar los honorarios deben tenerse en cuenta la experiencia, prestigio y jerarquía científica del médico; características y gravedad de la dolencia; la importancia y calidad de los servicios prestados y la situación económica del obligado (CNCiv., Sala E, 14/2/75; id., Sala F, 26/3/80, en "E.O.", 89-216).

III) Deberes de los organismos intermedios.-

Los deberes de los organismos intermedios son de naturaleza contractual y se corresponden con la naturaleza de la obligación médica de acuerdo con las circunstancias del paciente, tiempo y lugar, por lo cual éste dispone de los medios legales para exigir el cumplimiento de las prestaciones que debe brindar la institución, no sólo en cuanto a la asistencia, sino en lo que se refiere al cuidado, vigilancia y control de todo su personal, dependiente o no y de los instrumentos que se utilicen.

Todo ello sin perjuicio de la supervisión del poder público a través de la autoridad sanitaria, pues tales deberes satisfacen las necesidades sociales y comprometen el orden público.

a) Deber de asistencia.-

Sea que la relación de los hospitales o sanatorios se establezca de modo directo con el paciente o bien sea consecuencia de un convenio celebrado con otro organismo que lo ha contratado para atender a sus socios, afiliados o empleados, el primer deber es prestar la asistencia convenida de acuerdo con las reglas del arte de curar a través de los profesionales que se desempeñan en aquéllos. Por esto, "demostrado el carácter de asociado a una entidad de asistencia médica y que las cuotas correspondientes están al día, no puede negarse la prestación de los servicios asistenciales, no siendo óbice la distinta naturaleza de la obligación que compete al sanatorio, alusiva a la gratuidad u onerosidad de aquéllos".⁹⁷

b) Deberes de cuidado, vigilancia y control.-

La institución que preste la asistencia debe reunir las condiciones exigidas para internación y tratamiento y, además, ejercer todas las tareas de vigilancia y control, así como también informar debidamente al paciente y/o a

⁹⁷ CNCiv., Sala F, 2/3/71, in re "Gargiulo c/ Sanatorio Cruz Palermo", "E.D.", 87-356 (sumario 121).

sus familiares sobre las cuestiones administrativas inherentes a la prestación e inclusive aspectos vinculados con el acto médico.⁹⁸

c) Deber de provisión.-

El instituto en el cual se presta la asistencia tiene el deber de proveer todos los elementos necesarios para la debida atención del paciente: consultorios privados, habilitaciones higiénicas, quirófanos asépticos, personal auxiliar necesario e idóneo y todo lo que sea menester para la prestación: aparatos e instrumental en óptimo estado, medicamentos de urgencia, etc.

⁹⁸ Nota: "Si el paciente no fue avisado previamente acerca de la anestesia que se le iba a aplicar; si por era de urgencia la intervención quirúrgica a la que se sometió; si la sala de operaciones del hospital municipal no contaba con el número de anestésicos necesario para el alto número de enfermos, sólo resta concluir que faltó el deber de cuidado, al no brindarse los medios adecuados que hubieran hecho imposible que se le produjera una parálisis al actor a raíz de la mioparesia" (CNCiv., Sala I, 13/6/72, "E.D.", 44-693).

3.11 LA CULPA Y ANTECEDENTES

La culpa, según Mayuz, ocupa una situación intermedia entre el dolo y el caso fortuito, mientras en el dolo hay intención, deliberación y, por consiguiente, la responsabilidad debe ser y es pena, y el caso fortuito los hechos son extraños al hombre y no pueden serle imputados, en la culpa falta, necesariamente, la intención de dañar, pero hay una negligencia, desidia, impericia, falta de precaución o de diligencia, descuido o imprudencia que produce perjuicio a otro o que frustra el cumplimiento de una obligación, y debe ser imputada a quien la causa.⁹⁹

Ripert y Boulanger, por su parte, refiriéndose al Código Civil francés¹⁰⁰ señalan que todo hecho del hombre por cuya culpa se ha producido un daño trae aparejado responsabilidad, siendo, por lo tanto, la culpa fuente de aquélla.

El derecho romano conoció los *delicta privata* como hechos ilícitos generadores de obligaciones; estaban contemplados en ley especial y el culpable debía pagar la pena a la víctima. Entre los delitos figuraban el *damnum iniuria datum* previsto por la *lex Aquiliana*; injuria era el acto contrario al derecho, distinguiendo en materia de daño, el hecho realizado por una falta "culpa" de aquél ocurrido por azar "casus", admitiéndose que toda falta aun las leves configuraba injuria.

La acción que daba la *lex Aquiliana* implicaba una pena igual al monto del perjuicio, asemejándose tal acción, según Ripert y Boulanger, a la actual acción de responsabilidad.¹⁰¹

Las leyes germanas contenían una tarifa de compensaciones "wehrgeld" que debían pagarse en los supuestos de daños causados a las personas o a los bienes.

En el derecho canónico es culpable el que actúa con imprudencia o ligereza y la responsabilidad legal emerge sobre la responsabilidad moral.

⁹⁹ Rozzónico, "Estudio de las obligaciones", op. Cit., p. 83.

¹⁰⁰ Ripert-Boulanger, *Derecho Civil. Obligaciones*, 2da parte, vol. V, p.23.

¹⁰¹ *idem* p. 16 y 17.

CULPA PROFESIONAL.

La culpa del epígrafe es la que cometen los profesionales de actividad libre o con dependencia, en el ejercicio de su profesión y vinculada con las tareas que han convenido, las que deberán realizarse con cuidado y diligencia y de conformidad con las reglas de la respectiva profesión.

La culpa profesional que es forma de culpa civil será fuente de responsabilidad si se han contravenido las reglas propias de tal actividad, o sea si hubo falta de idoneidad, imprudencia o negligencia, las que determinarán la existencia de culpa.

CULPA MEDICA

La culpa médica es una especie de la culpa profesional y obedece, por lo tanto, a las reglas generales. El criterio sustentado por parte de la doctrina francesa, de apreciación restrictiva en cuanto a las faltas de este tipo exigiendo la existencia de "culpa grave", fue aceptado en algunos fallos de los tribunales argentinos.¹⁰²

El fundamento de tal postura fincaba sobre el carácter hipotético de la medicina y, en general, de las ciencias de tal tipo, ajena, por supuesto, a las reglas de una ciencia exacta o matemática, tal postura recogía expresiones como aquella de Claudio Bernard que decía que "en este mundo donde todo cambia, una verdad que no cambia termina siendo una mentira", pero fácil resulta afirmar que formulaciones de tal tipo no conjugan con lo que debe ser tratamiento específico de un enfermo aunque bien pueden tener validez dentro de la filosofía de la ciencia o dentro de los revolucionarios avances de ésta.

Dos criterios han dominado los sistemas de apreciación de la culpa: uno, de valoración en abstracto según un tipo invariable, y otro, de valoración en concreto, juzga en cada supuesto la culpa del sujeto en atención a la calidad de éste y de las circunstancias particulares del caso.

¹⁰² René Demogue. "*Traité des obligations en general*". París. 1923, p.441 y ss., y Fallos "J.A.", 34-464, "L.L.", 59-273; "E.D.", 71-189, "E.D.", 73-493.

El sistema de la apreciación en abstracto clasifica habitualmente la culpa en: grave o lata (la que puede cometer el hombre común); leve (la que puede incurrir "el buen padre de familia") y levisima (la que no hubiera podido ser evitada más que por una persona muy diligente).¹⁰³

Sin embargo como bien lo expresa Rezzónico¹⁰⁴ los deberes de las personas no son siempre idénticos y, a veces, exigen una diligencia especial en su cumplimiento por lo que, en tal caso, la culpa que se cometa será más grave y la responsabilidad mayor que si se tratara de una obligación cuya ejecución requiera una atención normal, y si en el cumplimiento de un deber está comprometido el orden público, la culpa será más grave que si lo está el interés privado. De este modo, se ha sostenido que cuando está en juego la vida de un hombre, el descuido o la negligencia más leves adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad¹⁰⁵; sin embargo, otra sala sostuvo que, en la práctica, la gran circunspección con que habrá de juzgarse al médico obligará a no condenarle sino en casos de culpa evidente, y la gran circunspección con que habrá de juzgarse al médico obligará a no condenarle sino en casos de culpa evidente, y la evidencia estará en relación directa con su gravedad¹⁰⁶.

De acuerdo con lo que se ha venido exponiendo la obligación de reparar las faltas derivadas de la culpa médica se extiende a todas las personas de las que dependan los autores materiales y aquellas que integran el equipo profesional. Bien puede afirmarse que la responsabilidad se extiende conforme con Gisbert Calabuig¹⁰⁷ al médico-jefe por las faltas cometidas por el personal de su equipo, incluyendo desde los más especializados a los auxiliares (médicos; médicos-ayudantes; internos; terapeutas; auxiliares de clínica, enfermeros, secretarías, etc.), cuya labor está dirigida y supervisada por aquél; al centro hospitalario o clínica por la tarea de los médicos con relación de dependencia o sin ella; por las consecuencias del uso de material o

¹⁰³ Nota: El derecho romano estableció la responsabilidad del doctor por la falta de diligencia o negligencia, y para apreciar ésta era necesario establecer si había obrado como "un buen padre de familia". El Digesto asumió el dolo y la culpa grave (o lata) que existía cuando no tomaba la precaución que debía emplear cualquier persona. Los antiguos textos franceses establecen la clasificación tripartita de la culpa, también es Pothier, sobre la base del Digesto, si bien Le Oran trató de demostrar inútilmente que tal división no había sido hecha en el derecho romano, siendo la misma de aplicación común.

¹⁰⁴ Rezzónico, ob. Cit., p. 88.

¹⁰⁵ CNCiv., sala A, 29/12/77, "E.D.", 74-561.

¹⁰⁶ CNCiv., Sala E, 19/12/77, "E.D.", 77-246.

¹⁰⁷ Gisbert Calabuig, ob. cit., p. 29.

instrumental defectuoso y por el incumplimiento de las órdenes dadas por los jefes o médicos que asisten a un paciente ; y a los organismos intermediarios.

Pero se plantea, a su vez, una cuestión básica en cuanto a la naturaleza de las facultades del juzgador y a su extensión, no en cuanto a los obligados sino en lo que se refiere al límite entre lo fáctico y lo científico. Si bien la separación entre ellos tiene un cono de penumbra, lo cierto es que los jueces no deben pronunciarse en litigios sobre puntos dudosos de la ciencia médica, ya que la culpa comienza donde termina la discusión científica¹⁰⁸, sobre todo si las opiniones están médicamente divididas¹⁰⁹.

Sin embargo, no se comparte el criterio jurisprudencial que sostiene que, saber si un tratamiento ha sido bien o mal ordenado, si no hubiera sido preferente otro, o si tal operación era o no indispensable, son cuestiones científicas a debatirse entre médicos no constituyendo casos de responsabilidad civil ni caen bajo el examen de los tribunales.¹¹⁰

FORMAS DE LA CULPA MEDICA.-

La culpa médica puede darse a través de distintas formas : impericia, imprudencia, negligencia, inobservancia de los reglamentos, error. Pero pueden ellas superponerse en un caso concreto resultando difícil separar, por ejemplo, la impericia de la imprudencia o de la negligencia. A pesar de ello, se procurará precisar las distintas formas.

1) Impericia.-

La impericia es la falta total o parcial de pericia, entendiéndose por ésta la sabiduría, conocimientos técnicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina.

Así, la realización de una intervención quirúrgica sin conocer adecuadamente las reglas técnicas ; no saber asistir un caso de urgencia ; no indicar la terapéutica pertinente en un post-operatorio que cursa con estado

¹⁰⁸ CNCiv., Sala A, 29/7/77, "E.D.", 74-561

¹⁰⁹ CNCiv., Sala C, 12/6/64, "E.D.", 8-269

¹¹⁰ Idem.

febril; no esterilizar la jeringa aunque este supuesto puede constituir negligencia; la lesión que se produce por excesiva exposición a la acción de los rayos X¹¹¹, la ceguera ocasionada en el tratamiento con radioterapia para curar una afección en el rostro sin proteger los ojos con láminas de plomo¹¹²; la amputación que pudo ser evitada de una pierna, a raíz de una gangrena¹¹³.

Es, asimismo, supuesto de impericia el caso del médico que no atendió a la paciente en la forma más conveniente procediendo con técnica inadecuada los antecedentes aconsejaban otro tratamiento operando de urgencia y dejando a la enferma imposibilitada de procrear¹¹⁴; el lavaje de vías genitales con agua en ebullición, lo que determinó luego la muerte de la paciente¹¹⁵, la aplicación de una anestesia raquídea en una operación de hemorroides que ocasionó una paraplejía¹¹⁶, la producción de una descarga eléctrica en el cuerpo de una paciente sometida a la extirpación de un "fibroma", que le ocasionó un paro cardíaco con desecbraición.

a) impericia y terapéuticas peligrosas.-

El tratamiento de algunas afecciones implica el uso de terapéuticas peligrosas; ello debe significar la adecuada preparación del profesional para no caer en la forma de culpa preiniciada debiendo obrar de modo tal que el riesgo que pueda producir sea menor que el daño que debe reparar.

b) impericia y cirugía.-

La muerte del paciente o la existencia de secuelas de diverso tipo son causa de responsabilidad profesional. A los efectos de poder configurar la impericia del médico deben considerarse algunos elementos de valoración:

- 1) el riesgo operatorio y la oportunidad de realización;
- 2) el diagnóstico preoperatorio;

¹¹¹ Nota: Este caso fue fallado por la CNCiv., Sala F, el 30/12/69, si bien se lo calificó como negligencia.

¹¹² Nota: CNCiv., Sala B, 22/12/64, "I.A.", 1965-113-67. En este caso también puede ser calificado como negligencia.

¹¹³ Nota: CNCiv., Sala B, 17/9/81, an "E.O.", 96-622. Sin embargo, en este fallo se consideró erróneamente la falta médica como un caso de culpa y que la responsabilidad delictual absorbe a la contractual.

¹¹⁴ CNCiv., Sala A, 14/9/76, "E.D." 72-524.

¹¹⁵ Cám. De San Nicolás, 10/4/18: "I.A.", 1918-4-571. Se contentó en ambas instancias, apartándose de la peritación médica.

¹¹⁶ CNCiv., Sala F, 17/6/72, "E.O.", 44-694.

- 3) la técnica usada, sin perjuicio del carácter personal de acuerdo con la experiencia propia del cirujano;
- 4) los recaudos previos a la operación (internación, coagulación y sangría, existencia de otras afecciones, posibilidad de anomalías anatómicas, alergias, etc.) y;
- 5) los cuidados postoperatorios, en cuanto a la cirugía plástica.

Las reglas anteriores tienen aplicación y a ellas han de sumarse otras, estudios previos fotográficos; posibilidades de corrección y resultados posibles, información al enfermo cuya falta puede configurar un presupuesto de negligencia.

c) Impericia y anestesiología.-

La impericia en el campo de la anestesiología puede ocasionar desde parálisis o parcias hasta la muerte del paciente. N Los problemas se plantean especialmente con las anestésias raquídeas intra o peridurales. La adecuada aplicación implica el conocimiento anatómico correcto.

d) Impericia y error.-

En su actividad y como resultado casi siempre de su impericia, el médico puede cometer errores que, en su caso, podrán ser motivo de responsabilidad.

1) Errores de diagnóstico :

Comprometerán la responsabilidad del médico los errores de diagnóstico derivados de su ignorancia; de fallos groseros de apreciación; de examen insuficiente del enfermo; de equivoación inexcusable.

En cambio, el médico no será responsable por un error de diagnóstico ante un caso científicamente dudoso; o por haberse orientado por una de las opiniones idóneas en conflicto formulando diagnóstico de acuerdo con reglas autorizadamente aceptadas.

2) Errores de tratamiento :

A pesar del acierto del diagnóstico se puede incurrir en error en el tratamiento ; éste debe adecuarse a la enfermedad y al estado del enfermo. El error puede existir en cuanto a la administración de un producto que no es de elección, o siéndolo, indicarse dosis o vías indebidas.

II) Imprudencia.-

La imprudencia es, obviamente, la falta de prudencia ; realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones. La prudencia debe ser o es una de las virtudes médicas, pues es esencial que el médico ejerza su profesión con cordura, moderación, cautela, discreción y cuidado.

La imprudencia es otra de las formas que puede asumir la culpa y quedará configurada en el supuesto de realizar una transfusión sin establecer antes los grupos sanguíneos o dejar una pinza en la cavidad abdominal durante una operación. Claro está que imprudencia y negligencia entendida ésta como omisión suelen ser caras de una misma moneda : así será imprudencia dejar la pinza y negligencia no sacarla.

La realización de un acto innecesario es también una forma de imprudencia ; del mismo modo, la transmisión de enfermedades contagiosas producida por el médico o los instrumentos que usa.

A veces pueden conjugarse impericia, imprudencia y negligencia : ello ocurrió en el caso en que el médico produjo tres perforaciones en el intestino de una paciente menor, al hacerle un raspaje (impericia) y no vigiló su estado ni dió aviso a sus padres (negligencia) dándole autorización a la menor para que en el supuesto de sentirse mejor, abandonara el sanatorio, constituyéndola en juez de su propio estado (imprudencia).

III) Negligencia.-

La negligencia es sinónimo de descuido y omisión. Desde el punto de vista del derecho y como elemento o forma de la culpa es la falta de diligencia debida o del cuidado necesario en un acto jurídico o en un hecho humano. Puede configurar un defecto de la realización del acto o bien una omisión.

El defecto o la omisión en la realización del ejercicio médico constituye otro de los supuestos de responsabilidad : así no atar al paciente en la mesa de operaciones o en la camilla con la que se lo traslada después del acto quirúrgico, a raíz de lo cual cae y se lesiona ; falta de protección en aplicación de radioterapia ; olvidar instrumentos quirúrgicos en el cuerpo del paciente provocando con ello una lesión o poniendo en peligro su vida u ocasionando la muerte ; no advertir sobre los inconvenientes colaterales que puede presentar un determinado tratamiento ; no informar al paciente, o a sus familiares en su caso, sobre la enfermedad y su pronóstico ; no informar, en supuesto de trasplante, sobre riesgos, secuelas, evolución previsible y limitaciones resultantes, abandonar al enfermo ; no controlar con regularidad y a cortos intervalos la temperatura de la incubadora donde se encuentra un prematuro cuyo estado se agrava o aparece un nuevo cuadro ; dar de alta al paciente que ha hecho una fractura de cabeza o cuello del fémur, por ejemplo, sin ordenar previamente una radiografía de control.

3.12 TIPOS DE DAÑOS E INTEGRACION DE LA REPARACIÓN.

Todo daño que por culpa del médico se ocasione en el cuerpo o en la salud del paciente y que afecte su integridad física o psíquica, debe ser reparado.

El artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, establece lo siguiente :

"... El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima..."

"... La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de los daños y perjuicios..."

Dentro de la norma legal existen dos de los elementos que integran la reparación : el daño emergente y el lucro cesante.

1) Reparación.

a) Daño emergente :

Es, el primer término, el daño ocasionado al cuerpo, o la salud del enfermo : la muerte, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, la lesión estética;¹¹⁷ y en particular en estos últimos supuestos si se genera incapacidad sobreviniente, total o parcial debe ser indemnizado.

En el caso de indemnización por muerte la jurisprudencia Argentina ha oscilado entre dos posturas : aquella para la cual la vida humana es un derecho de la personalidad que no está en el comercio ni puede cotizarse en dinero indemnizable sólo y en la medida en que represente un detrimento para quién

¹¹⁷ El daño estético : que es la desfiguración física, integra el daño emergente y como tal es susceptible de apreciación patrimonial, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y sin perjuicio de la reparación, además, del agravio moral por dicha causa.

reclama la reparación,¹¹⁸ y otra que sostiene que (la vida humana) además del valor que representa en sus aspectos moral y afectivo constituye un "bien económico susceptible de apreciación pecuniaria, pues el hombre es un ente productivo de riqueza".¹¹⁹ Muchas veces se ha establecido sin entrar en el debate doctrinario que la indemnización por pérdida de la vida humana debe ser fijada por los jueces sobre la base de los datos de la víctima, edad, sexo, profesión, estado civil, etc. y lo que su pérdida significa para el sostenimiento de su grupo familiar.

Para que el daño sea indemnizable debe ser cierto : actual o futuro ¹²⁰ y no meramente eventual ; debe subsistir en el momento de la reparación sin perjuicio del derecho de resarcir los gastos efectuados.

Además de la indemnización por muerte y por los daños indicados, integran el rubro el epígrafe todos los gastos que hubiera sido menester realizar como consecuencia del acto médico : gastos funerarios ; gastos por nueva asistencia médica ; gastos de farmacia ; de traslados ; de rehabilitación, etc.

b) Lucro cesante :

Es la pérdida de ganancias o lucro frustrado, o sea la utilidad o beneficios de que se ve privado el paciente como consecuencia del daño sufrido. Como bien se ha dicho, en reiteración jurisprudencial, no consiste en la simple posibilidad de ganancia, sino que requiere, al menos, la probabilidad de dejar de percibir un emolumento que surja de una realidad concreta, según el curso ordinario de las cosas o según las circunstancias particulares y no sobre simples conjeturas no comprobadas de manera fehaciente.

c) Daño o agravio moral.

Según Lafaille ¹²¹, la teoría de los daños y perjuicios no sería completa si no cubriera los intereses afectivos o intelectuales que no son menos apreciables

¹¹⁸ CNCiv., A. 14/2/78, "E.D.", 80-445.

¹¹⁹ La S:C de Buenos Aires ha sostenido que tanto la integridad física como la misma vida humana tienen un valor económico ("Silvestre, Julio A. y otro c/Thompson, Luis M. y otro", 21/5/80, "E.C.", 91-374).

¹²⁰ Nota : El daño futuro es el que necesariamente sufrirá el paciente en tiempo inmediato o mediano pero con nexo de causalidad.

¹²¹ Cit. Por Rezzónico, ob. Cit., pág. 129.

que aquellos susceptibles de una directa apreciación económica ; por ello, si se los vulnera injustamente, la equidad impone su reparación.

El daño moral puede ser definido como la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor en la vida del hombre, que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos, ya sea que se caracterice al daño moral como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales o como el que no menoscaba el patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, o el que se infiere a los sentimientos, a la integridad física o espiritual o a las afecciones legítimas.

El fundamento legal de esta reparación se consagra en el art. 522 del Código Civil Argentino : "En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso".¹²²

Dos criterios procuran, en el derecho actual, justificar la reparación del agravio moral : el criterio del "resarcimiento", según el cual el agravio moral es un daño que se infiere a la seguridad o a la tranquilidad del sujeto, estado que debe restablecerse, compensándolo de manera pecuniaria, y el criterio de "sanción ejemplar" según el cual no se trata de dar una reparación a la víctima sino de castigar de manera ejemplar al autor.

De este modo, ha quedado superada la vieja teoría según la cual la reparación del agravio moral era inmoral porque no se podía poner "precio al dolor", o constituía un enriquecimiento indebido para el afectado, ya que no había sido perjudicado en su patrimonio, o bien porque era imposible fijarla económicamente.

¹²² Código Civil Argentino

3.13 EXCLUYENTES DE DELITOS

El consentimiento del titular del bien jurídico afectado, también excluye el delito y la responsabilidad penal de la persona al que se imputa aquél. En las normas nacionales sobre punitión y salud, el consentimiento ocupa un lugar relevante; sucede a propósito de la investigación sobre seres humanos, la disposición del cadáver y la toma de órganos y tejidos. No basta que exista el consentimiento del ofendido. Para que este sea relevante y alcance a excluir la existencia del delito se requiere de ciertas condiciones que el Código enumera taxativamente (artículo 15, fracción III). Aquí se plantean problemas interesantes: uno de ellos, la información que se suministra al paciente, otro la disponibilidad del bien. La vida humana es un bien jurídico irrenunciable; así, "puesto que la muerte a requerimiento de la víctima obra tan sólo atenuando la culpabilidad señala Maurach, la prestación de un simple consentimiento en el homicidio dejará intacto el injusto del hecho."¹²³

El estado de necesidad justifica la conducta del agente. Se produce cuando aquél obra "por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlos" (artículo 15, fracción V).

Esta excluyente, sobre todo en cuanto a la salvaguarda de bienes ajenos, puede operar en casos relacionados con la práctica médica. Se supone que hay colisión entre dos bienes jurídicos: digamos, la intangibilidad o la integridad corporal, por una parte, y la vida del paciente, por la otra. Para preservar el bien de mayor jerarquía, es preciso lesionar los otros bienes. En este caso, el médico puede actuar como lo aconseja la *lex artis*. El aborto terapéutico es un caso clásico de estado de necesidad; por ello lo despenaliza la ley (artículo 334 del Código Penal).

En esta relación se encuentra la excluyente que ampara al sujeto cuando su acción u omisión "se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se

¹²³ Reinhart Münch. "Tratado de Derecho Penal", t. III, de Córdoba Reda. Editorial Ariel, Barcelona, 1962; t. II, pp. 284 y ss.

realice con el solo propósito de perjudicar a otro" (fracción VI). El cumplimiento de un deber apareja la colisión entre deberes a cargo del agente.

El error constituye otra excluyente de incriminación. Para que esto suceda se requiere que se trate de un error invencible, esto es, insuperable para el sujeto. Si el error es vencible, tiene consecuencias penales atenuadas. Obviamente, el error exculpante no opera en los mismos términos con respecto a todas las personas. Es preciso considerar las características y circunstancias del sujeto, para inferir de ahí se trata de un error superable o insuperable.

Es Excluyente de incriminación la "no exigibilidad de otra conducta", contenida también en nuestro Código. Esta previene que se excluye el delito cuando "atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho" (fracción IX).

La última excluyente que recoge el Código Penal es el caso fortuito (fracción X), que ciertamente puede tener aplicación en la praxis médica. Es lo que en el lenguaje común se denomina "accidente". Es fortuito el resultado, deriva de la fortuna, el azar, lo imprevisible e inevitable, cuando se produce a pesar de que el sujeto tomó todas las medidas necesarias para evitarlo. El tratamiento que pudo alcanzar resultados satisfactorios, pero culmina en un desenlace desafortunado, a pesar de haberse puesto en juego los medios requeridos por la *lex artis*, queda a cubierto de incriminación merced a la excluyente del caso fortuito.

Si hay delito y existe responsabilidad penal, queda satisfecho el supuesto para la aplicación de la pena. Esta constituye un rasgo característico del orden jurídico, al que confiere eficacia como instrumento de control social.

Cuando un sujeto incurre en delito con motivo del ejercicio de cierta actividad laboral o de determinados derechos civiles, es razonable que la ley penal actúe precisamente sobre esa actividad o esos derechos. Son penas características pero no exclusivas para los profesionistas que incurren en un delito con motivo de su desempeño profesional, la suspensión o privación del ejercicio profesional, y la reparación del daño.

En el artículo 228 del Código Penal, norma general, figura la suspensión que se aplica a todos los profesionistas, artistas, o técnicos y a sus auxiliares, "sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional", por los delitos dolosos o culposos que cometan en el ejercicio de su profesión. Puede ser de un mes a dos años o tener carácter definitivo en caso de reincidencia. Por otra parte, en diversos preceptos del mismo Código y de la Ley General de Salud, que operan como normas especiales, está prevista la suspensión en el ejercicio profesional, que suele ser más severas que la contemplada por aquella norma general.

La reparación del daño es otra sanción natural en materia de responsabilidad profesional. En el artículo 30, el Código determina los alcances de la reparación del daño, que son más amplios de lo que su denominación sugiere. Lo aquí resulta más aplicable es la indemnización del daño material y moral causado y de los perjuicios ocasionados, sobre todo después de la reforma de 1993, que aclara la inclusión del pago de tratamientos curativos necesarios para la recuperación de la salud de la víctima.

Cuanto se ha dicho nos pone en la puerta de otro sector del sistema jurídico: el procedimiento, en el que se actualizan la responsabilidad y la sanción a través de una sentencia. Cuando nos referimos a un proceso, invocamos la necesidad de conocer la verdad de los hechos imputados para arribar a una sentencia justa. Saber la verdad requiere de ciertos medios de conocimiento que conduzcan a ella. Se podría decir que todo el proceso penal es un ejercicio probatorio.

Una norma angular del Derecho moderno impone al Ministerio Público la obligación de probar sus cargos; a este deber se asocia la clásica regla de que "se presume a toda persona inocente, mientras no se demuestre su culpabilidad". Todas las pruebas pueden ser relevantes en asuntos derivados de la práctica médica, aunque en este orden poseen importancia particular la inspección y la prueba pericial; sea porque la adquisición de la verdad reclama el juicio de personas versadas en una ciencia, arte o profesión; sea porque la ley lo ordena.

Además de los dictámenes médicos indispensables para la comprobación de algunos delitos, es necesario tomar en cuenta otros supuestos de acreditación médica que tienen suma importancia por la aplicación de la ley penal. Uno de éstos se relaciona con la subordinación del sujeto a la ley penal,

en virtud de tratarse de individuo mayor de dieciocho años, cuando no no sea posible dilucidar el punto mediante acta de registro civil.

Otro caso relevante para la pericia médica, que en la hipótesis será médica-psiquiátrica, es la determinación de la inimputabilidad del autor en el momento de cometer el delito, "en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado..." (artículo 15, fracción VII).

La individualización de la pena requiere, a menudo, la provisión de informes médicos o dictámenes de personalidad, que pueden ser indispensables para la racionalidad de ciertas sanciones, como el tratamiento en libertad de imputables, si en éste se imponen medidas curativas (artículo 27, primer párrafo). La pericia médica es también necesaria para la determinación del tratamiento de inimputables (artículos 67 y sigs.).

La promoción del dictamen pericial para acreditar la pretensión punitiva, incumbe al Ministerio público, por la obligación funcional que le corresponde de probar sus imputaciones. El inculcado y su defensor no tienen una obligación del mismo carácter; pero servirá a los intereses de la defensa acreditar la inexistencia del delito, y para ello será útil disponer de todas las probanzas que concurran a ese fin, entre ellas las periciales.

3.14 PRAXIS Y MALPRAXIS

Como bien lo señalara el Dr. Nardelli presidente del Consejo Federal de Entidades médicas Colegiadas en el acto de apertura del Simposio de Malpraxis realizado en Buenos Aires, el 27 y 28 de octubre de 1979, la praxis médica, en sus distintas modalidades, se fundamenta sobre el conocimiento de las condiciones personales del enfermo y los principios racionales del arte médico. El primer aspecto surge del tipo de relación médico-paciente y lo segundo tiene como punto de partida la Universidad, a lo que se agrega, luego, la labor de los Colegios, Consejos Profesionales perfeccionamiento de posgrado etc.

Cuando se violan las normas del adecuado ejercicio profesional, queda configurada la malpraxis.

El Black's Law Dictionary define la malpraxis como: "La omisión por parte del médico, de prestar apropiadamente los servicios a que está obligado en su relación profesional con su paciente, omisión que da por resultado cierto perjuicio a éste".

CAPITULO 4

4.1 LA IATROGENIA Y SU NATURALEZA JURIDICA

La iatrogenia, que denota su origen griego, vendría siendo algo así como la derivación de varios vocablos helénicos: por un lado los adjetivos "iatrogénico" y "iatrogénica", se encuentran con el siguiente significado: ("del griego iatros, médico, geno e ico) adj: Med. Dícese de toda alteración del estado del paciente producida por el médico"¹²¹ como literalmente lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Conviene advertir que la iatrogenia se latiniza y la "Y" se convierte en "Y" romana, y su consecuencia es la expresión latina ya romanecada, es decir, vertida al idioma español y concretada en la palabra iatrogenia.

En suma el paciente, que ya está enfermo, si no, no sería paciente, resulta agravado por la actividad del médico. no obstante, puede decirse que existen varias conceptualizaciones del mismo, con perfiles científicos muy claramente definidos:

- 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.

Señalando que el denominador común en las conceptualizaciones anteriores, éste sería el relativo a la circunstancia de que no se trataría de un daño deliberado pero aquí entra en juego la eficacia en relación con el ejercicio de la actividad profesional de los médicos.

¹²¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Espasa-Calpe, 2ta.ed., Madrid, 1992, pág.842.

En una forma de síntesis podríamos considerar 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 de medios o instrumental médico.
- 3) Que es muy frecuente " y de aquí nuestra anterior alusión a la etiología", 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.¹²⁵

"Los principios éticos del derecho tienen que establecerse a priori, es decir con completa independencia de los conocimientos experimentales acerca de la realidad".¹²⁶ Y como a la letra dice mi maestro el Dr. Rafael Márquez Piñero: "Esos principios fundamentales constituyen auténticos valores per se , de tal manera que tienen validez y vigencia, incluso cuando pueda darse el caso de que se opongan a ellos los juicios y valoraciones prevalentes, en un sistema jurídico o en una sociedad determinados en los que éstos se apliquen".¹²⁷

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.

¹²⁵ Diccionario Enciclopédico de educación especial, 3ra. reimp., Editorial Diagonal Sanuilana, vol. 41, México, 1990. Pág. 1123. Citado por el Dr. Rafael Márquez Piñero en su escrito "La responsabilidad Profesional del Médico y los Derechos Humanos de los Pacientes", presentada en el Coloquio sobre la responsabilidad profesional del médico y los Derechos Humanos, realizado en el Auditorio " Héctor Piz Zamudio" del Instituto de Investigaciones Jurídicas, los días 11 y 12 de julio de 1994.

¹²⁶ José María Rodríguez Paniagua, "Derecho y Ética", Dc. Teenas, Madrid 1977, pág. 14 y 15. citado por el Dr. Rafael Márquez Piñero.

¹²⁷ Dr. Rafael Márquez Piñero en su escrito "La Responsabilidad Profesional del Médico y los Derechos Humanos de los Pacientes". pág. 34

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, según lo queramos ver, todo lo cual desemboca enlazados a los derechos inalienables de la vida, que bien puede permitirse momentos de reflexión crítica que no disminuya su grandeza científica y profesional.

Conviene subrayar que los principios éticos, derivados sin duda del derecho natural, 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.

Se ha llegado a afirmar que "se tiende a desdeñar como no científico al que habla de casos yatrogénicos"¹²⁸. 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. 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.

¹²⁸ Salvador Borrego Escalante, "Yatrogenia, Dato causado por el médico." Tipografía Editoriales, México, 1991, pág. 7 y 8.

- 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.

Entendiendo que la anterior enumeración, pudiera ser más extensa, pero considero que es ilustrativa, aunque no exhaustiva, respecto a las 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.

La yatrogenia es inquietantemente frecuente, aunque no en cifras alarmantes si como fenómeno que convendría prevenir y, en su caso atajar, y 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 extendida 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), actuando como coordinador de dicho evento el Dr. Rubén Vasconcelos.

La encuesta efectuada tuvo por objeto indagar, entre los profesionistas, si los casos de yatrogenia en México (naturalmente en esta 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 "No 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".¹²⁹

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

¹²⁹ "Yatrogenia y Ética Médica", Academia Nacional de Medicina, México, 1978, pp.28 y 29, tomada del texto referido.

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 y Laventurier señalaron que en los Estados Unidos ocurrían 140 000 muertes anuales de iatrogénicas, el desarrollo vertiginoso de la química y de la ciencia biomédicas 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.

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 mala, 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.

En el caso de los iatrogénicos, entendiendo como tales a las personas enfermas por actividades del médico o provocadas por el tratamiento, conviene establecer nitidamente 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 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 fíctico, en la idoneidad de la misma para producir el resultado final. 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 tutelado 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. 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"¹³¹.

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 estas 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 pronóstico objetivo-posterior. Se habla de pronóstico "posterior"; por que 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, 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

¹³¹ Hans-Heinrich Jescheck, "Tratado de Derecho Penal", trad. Mir Puig y Muñoz Conde, De. Bosch, Barcelona, 1981, vol. 1, págs. 386 y ss.

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 Déceimosegundo. Refiriéndose en su artículo 229 que 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.

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, lo 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, aparte de la responsabilidad civil contractual que puede contraer un médico, cuyos servicios hayan sido contratados por el paciente, es la responsabilidad civil extra-contractual 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 extra-contractual, 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 nitidamente 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 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, estimamos necesario dejar perfilado claramente el concepto de responsabilidad extra-contractual, 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 responsabilidad extra-contractual y, también, de responsabilidad aquiliana. 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 y el daño causado, exista una relación de causa a efecto. El agente puede haber actuado con negligencia culposo o con dolo, pero esto ya entra en el terreno de la responsabilidad penal ya comentada.

Cabe mencionar que existen dos tipos de iatrogenias: la positiva y la negativa, pero la verdad es que nadie lo hace; para todos nosotros, el término iatrogenia sólo se usa cuando al paciente le va mal por causa de la institución, del médico, de las medicinas, del tratamiento o de las enfermeras y el resto del personal que lo atienden.

La iatrogenia negativa (o simplemente, la iatrogenia), es a su vez de dos tipos que podemos denominar como necesaria e innecesaria, o bien como consciente e inconsciente. El caracterizado como necesario, consciente, riesgo calculado o efecto secundario se refiere al daño que las acciones médicas (que pueden ser por comisión o por omisión) le causan al enfermo pero que se realizan con pleno conocimiento de sus riesgos y posibles efectos, por la sencilla razón de que así es la vida, o sea que no hay nada mejor que ofrecer.

EJEMPLOS DE IATROGENIA: (mediante la explicación de así es la vida), Según el Dr. Juan Ramón de la Fuente:

"El cirujano que decide amputar la pierna de una muchacha de 17 años que tiene un sarcoma osteogénico sabe muy bien que, su su paciente cura, todo el resto de su vida lo estará maldecido porque la condenó a ser coja".¹³¹

"El reumatólogo que receta dosis altas de prednisona para tratar una glomerulonefritis lúpica, está consciente de que expone a su enferma a un alto riesgo de infecciones oportunistas, que pueden terminar con su vida".¹³²

"El psiquiatra que receta psicoestimulantes a un paciente deprimida lo hace con pleno conocimiento del riesgo inicial de suicidio por agravamiento de la depresión; etc.."¹³³

En todos estos casos la iatrogenia es real, los pacientes que la sobreviven no piensan que sus encuentros con la medicina han sido positivos, y aunque los que no la sobreviven no pueden opinar, están sus familiares y otros testigos

¹³¹ Dr. Juan Ramón de la Fuente. "Iatrogenia". En su ponencia en el simposio organizado el Colegio Nacional conmemorando sus 50 años de vida. México. 1993.

¹³² IOEM

¹³³ IDEM

para documentar la existencia y la malignidad de la iatrogenia. Pero a este respecto los médicos no pueden hacer otra cosa que explicarle con toda delicadeza y toda claridad al enfermo y a sus familiares los riesgos del tratamiento que su padecimiento impone y las medidas que se debe estar listos para tomar en caso de que la iatrogenia ocurra. Es en donde los médicos dicen que no se puede hacer nada más porque así es la vida.

De manera que la iatrogenia consciente o necesaria es real, es un hecho. Desde luego, no es ni nueva en la historia ni exclusiva o predominante en los países subdesarrollados, como México; algunas de las estadísticas más aterradoras y de los ejemplos más dramáticos de iatrogenia consciente o necesaria se han generado en los países del 1 Mundo. Si esta forma de iatrogenia no es ni nueva en la historia ni nunca ha sido patrimonio exclusivo de la pobreza, ¿de dónde sale, cuál es su origen? Creemos que la respuesta a esta pregunta, que podría servir para construir una filosofía de la medicina, es muy simple: de nuestra ignorancia. Esto a través de ejemplos comparando épocas de el siglo XVIII a fines del Siglo XX en París, donde los médicos de Broussais en el Hospital de Val-de-Grace se oponía al tratamiento clásico de su época, que preconizaba sangrias, purgantes y dietas variables a sus pacientes de Neumonía y en cambio recetaba la aplicación de sanguijuelas en la pared del hemitórax afectado, dietas estrictas y sorbitos de agua azucarada y con gotitas de limón. En cambio, hoy las neumonías se manejan con penicilina, sueros y dieta normal, tan pronto como el enfermo la tolere, que como regla general es muy pronto. Es obvio que los pocos pacientes neumónicos que sobrevivían al tratamiento preconizado por Broussais lo hacían a pesar de éste y gracias a su resistencia, tanto al neumococo como a las medidas terapéuticas utilizadas. Se comprueba que antes eran mucho más ignorantes de lo que ahora somos nosotros, pero el fin de aquéllos médicos y de los nuestros tiempos, siempre ha sido el mismo "Curar", la diferencia fundamental es "el conocimiento". Es por eso que nos cuestionamos ¿si se le puede llamar entonces iatrogenia a las consecuencias de la ignorancia de aquéllos médicos, si a pesar de sus buenas intenciones y de que en su tiempo no había ninguna otra cosa mejor que ofrecer?

Sin embargo la iatrogenia de Broussais está más cerca de la omisión que de la comisión, osea que la muerte se debía más bien a la inefectividad de las medidas adoptadas para combatir a la enfermedad que a su acción nociva en el paciente. En cambio, los médicos parisinos enemigos de Broussais (que eran muchos de los miembros más distinguidos de la ecote de París, entre ellos el

gran Laennec) que sometían a sus enfermos neumónicos a sangrías más o menos frecuentes y copiosas, estaban cometiendo iatrogenia por comisión, porque no hay duda de que a un paciente con neumonía la anemia aguda no le viene nada bien.

Pero hay otra forma de iatrogenia, que antes hemos caracterizado como innecesaria, inconsciente, estúpida o criminal, que es a la que nos referimos la gran mayoría de las veces cuando hablamos de iatrogenia, pero en una forma de ignorancia que es éticamente inadmisible e imperdonable, porque dados los conocimientos biológicos y médicos de la época, no tendría por qué ocurrir...

Aquí el culpable del daño innecesario que sufre el enfermo como consecuencia de su interacción con la medicina es en primer lugar el equipo humano que la representa y la ejerce, pero también la institución en cuyo marco se da esa específica relación médico-paciente. Para seguir con el ejemplo del manejo terapéutico de la neumonía en las primeras décadas del siglo XIX en París, en esos mismos años Pierre Louys publicó en la *Presse Médicale* sus extensos estudios anatomoclínicos y estadísticos sobre el efecto nocivo de la sangría en el tratamiento de la neumonía. A partir de ese momento sangrar a los pacientes neumónicos se transformó de una iatrogenia consciente o necesaria en una iatrogenia innecesaria, estúpida y hasta criminal, porque se hacía a pesar de que la información necesaria para evitarlo ya era conocida. Los médicos que a pesar de los datos publicados por Louys siguieron sangrando a sus enfermos de neumonía lo hicieron principalmente por una de las siguientes tres razones:

- 1) no leyeron la publicación de Louys;
- 2) la leyeron y no la entendieron o no la creyeron; y
- 3) la leyeron, la entendieron y la creyeron, pero tuvieron miedo de ir en contra de una tradición tan antigua y tan arraigada que hasta los enfermos y sus familiares esperaban que se llevara a cabo.

Aquellos que cayeron en los grupos 1 y 2 fueron culpables de iatrogenia innecesaria y estúpida, mientras que la iatrogenia del grupo 3 debe calificarse como innecesaria y criminal. Pero hay algo que estos tres grupos distintos de

iatrogenia innecesaria, estúpida y criminal conparten, y es que son producto de la ignorancia.

De modo que si se buscan las causas de los distintos tipos de iatrogenia, al final siempre se llega a una vía final común, que es la ignorancia. Para las formas de iatrogenia conscientes y necesarias, la explicación es que todavía no conocemos mejores formas de alcanzar los mismos resultados con nuestra terapéutica con menos riesgos o consecuencias negativas para el paciente, o sea que somos unos ignorantes. Y para los tipos de iatrogenia clasificados como inconscientes, innecesarias, estúpidas o criminales, la explicación también es que los culpables de estas acciones desconocen a la medicina moderna y al código ético correspondiente, o sea que también son unos ignorantes. Pero tal conclusión nos permite terminar este capítulo con una nota de optimismo, porque no hay duda de que la ignorancia, cuando la aceptamos como una realidad, también puede funcionar como un reto al que debe responderse y una trinchera que debe quitarse.

Es obvio que se trata de una carrera infinita, en vista de que el conocimiento no sólo sirve para comprender mejor a la naturaleza y a nosotros mismos, sino para plantear con más claridad y mejor definición lo que todavía no se sabe. Y la ignorancia tiene su remedio que es el estudio y la investigación de la realidad, ya que por medio del estudio continuo podemos ir reduciendo nuestra ignorancia, y por medio de la investigación podemos ir aumentando nuestros conocimientos.

Mi gran maestro el Dr. Márquez Piñero y en concordancia con él dice que: "La solución del problema iatrogenia y los enfermos iatrogénicos no se encuentra en un aumento del rigor punitivo, sino más bien en una adecuada política médica, basada en fundamentos 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 cotas de alta perfección, jamás

podría desempeñar su finalidad adecuadamente si no contará con el ineludible elemento de eficacia sociopolítica, de ahí que no creamos que la regulación normativa solucionaría los problemas; ella es necesaria pero con el aditamento de una convicción social que la respalde y la haga efectiva. De otra forma, estaríamos literalmente escribiendo en el aire¹²⁴.

¿Que diferencia existe entre iatrogenia y complicación? La lesión de un nervio laríngeo durante una tiroidectomía, con el consiguiente deterioro vocal, es una iatropatogénesis. En oposición a una hemorragia después de una tiroidectomía difícil, constituye una complicación y no se considera un daño iatrogénico; los límites entre complicación y iatrogenia resultan en la mayor parte de las ocasiones bien delimitados, aunque en otras, la verdad es que estas diferencias pueden resultar muy tenues. Una complicación puede llegar a causar un grave daño al paciente, sin que el médico haya llegado a violar los cánones de una práctica impecable. En el daño iatrogénico existe definitivamente culpa, en la complicación no. Deberíamos asimismo considerar el daño como iatrogénico al derivado del alto riesgo de un determinado procedimiento, cuando existe la alternativa de uno con mucho menor peligro; y, definitivamente, el que se infiere por falta de conocimientos del médico; así como, desde luego, el que acontece por negligencia, lo que en español significa, llanamente, descuido u omisión, a lo cual ya los griegos, que aludían a la misma raíz llamaban iatromelia.

El daño iatrogénico en medicina interna, hoy, no es sólo el que se manifiesta por el efecto adverso de los medicamentos, sino que abarca los años tardíos, los efectos psicológicos y económicos de las acciones y las consecuencias hasta ahora no identificadas, si bien el problema resulta más complejo porque el efecto dañino a largo plazo es a veces impredecible.

La negligencia por acción u omisión no se está permitida a los que ejercen la medicina, cualesquiera de sus actividades o abstecciones que deben tomar en cuenta los riesgos, la seguridad de lo que hacen, el costo beneficio de cada uno de los procedimientos de diagnóstico o de tratamiento y, desde luego, consagrarse siempre al paciente.

El médico debe explicar claramente al paciente y, o a sus familiares, las distintas opciones que existen para su tratamiento y, una vez establecido este

¹²⁴ Dr. Rafael Márquez Piñero OP-CIT., pág 52-53.

acuerdo mutuo, el médico debe aceptar la responsabilidad de llevar a cabo todas las acciones necesarias para devolver la salud al enfermo, por lo que es su obligación estar actualizado y entrenado adecuadamente en los modernos procedimientos y contar con los conocimientos necesarios para obtener este motivo.

Hay seres humanos buenos y malos, y los médicos no escapan a esta división.

El problema de la mala práctica de la que se deriva el daño iatrogénico en el paciente, reviste graves proporciones y resulta además de una gran complejidad. Por una parte, los errores en la práctica médica son temidos, terriblemente, por los médicos y las instituciones. Los pacientes que lo sufren, y esto no ocurre siempre, encuentran en ocasiones compensación a ello mediante demandas legales, y los hospitales y los culpables, lamentablemente, tratan de librarse con mayor apremio de éstas que de las causas que han precipitado o llevado al error.

En el aspecto legal es necesario reconocer que complicación de un procedimiento diagnóstico o terapéutico, no es sinónimo de culpabilidad, y que el médico, además, como cualquier mortal, no es infalible, de tal forma que juzgar un acto como producto de mala práctica resulta en ocasiones muy difícil y en ello debe estimarse, no si la actuación del médico se encontraba justificada en la forma en que llevó a efecto su o sus procedimientos dentro de los cánones de una adecuada práctica médica.

En algunos países la interpretación y los excesos en las demandas de mala práctica han llevado a lo que se llama una medicina defensiva, en la cual los médicos no toman decisiones terapéuticas en función de lo que es mejor para el paciente, sino aquello que represente la mayor protección para el profesional, ante un proceso legal. El médico se ampara en previsión de cualquier eventualidad exigiendo un mayor número de estudios con la finalidad de demostrar que ha cubierto hasta el último resquicio en el diagnóstico.

Las pólizas de mala práctica alcanzan cantidades estratosféricas, los médicos se levantan en huelga en contra de las aseguradoras, los sistemas legales intervienen y, en la última instancia, quien recibe la consecuencia de todo ello es la calidad y el costo de la atención médica.

Lo utópico no es inmiscuirse en el error sino evitarlo, por que , tal como apunta el Dr. Rafael Márquez Piñero : “Las leyes, por muy perfectas que sean, distan bastante de serlo...”¹³⁵ Más que castigar el error se debe evitar mediante una mejor educación del estudiante, la constante supervisión de los programas y cursos de enseñanza de posgrado, una mayor vigilancia en los hospitales, con comités de tejidos que impidan el gran porcentaje de intervenciones quirúrgicas innecesarias que se llevan a efecto y un mejor control en la introducción de medicamentos o de procedimientos terapéuticos que no cuenten con una adecuada valoración clínica. El profesorado médico debe pugnar por mantener, ante el gran crecimiento tecnológico, ese imprescindible binomio que llamamos relación médico-paciente y, por encima de todo, educar y cultivar en el médico la medicina humanística,

¹³⁵ Idem. Pág. 61

4.2 DERECHO COMPARADO

México, ha ingresado ya al grupo de las naciones que sostienen su política económica en la apertura comercial, en la que la globalización de las economías mundiales es el eje rector. Como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado del Libre Comercio se han realizado un sinnúmero de ejercicios dirigidos al análisis del mareo en que el intercambio comercial entre las naciones de América del Norte se desarrollará en forma común; el sector de la salud no escapa a este análisis, aunque en el establecimiento de políticas de salud y de control sanitario, así como normativas, no habrá en lo general para México un impacto directo.

Como una de las ventajas potenciales del TLC, se ha identificado el establecimiento de un mercado común de servicios médicos que implicaría la libre movilidad del consumidor y de recursos diagnósticos transfronterizos, la movilidad temporal del personal médico entre los países, el aumento en la importación de tecnología médica, y se avizora la presencia en México de los proveedores extranjeros de servicios médicos.

En efecto, una de las más importantes consecuencias para el ejercicio profesional del médico, será la posibilidad del intercambio transfronterizo de servicios, aunque debemos recordar que los médicos norteamericanos y canadienses, así como cualquier otro extranjero, a partir de enero de este mismo año, pueden ejercer en nuestro país cualquiera de las profesiones reguladas por sus leyes, siempre que éstos cumplan con los requisitos que para el efecto se establecen.

El gremio médico debe preocuparse por que en México no se desarrolle el fenómeno adverso que ocasiona graves problemas al sistema judicial norteamericano. Nos referimos al excesivo abuso de acciones jurídicas en contra de los médicos y, en general, de los diversos profesionales de la salud. Quisiéramos citar como referencia algunos datos que el representante jurídico de la Asociación Médica Americana presentará en nuestro foro trinacional a finales del año pasado. Se dice que alrededor del 40% de los médicos será demandado alguna vez en los Estados Unidos por negligencia médica durante su carrera, aunque alrededor del 60% será exonerado. En los casos de negligencia médica, el costo promedio del veredicto contra los médicos se

estima en 180,000., dólares aunados a los costos de Tribunal, honorarios y gastos de abogados y peritos, que bien pueden ser otros 100,000 dólares o más.

En el citado foro se dijo que , con frecuencia, en los Estados Unidos los juicios son llevados a cabo por razones ajenas a la negligencia médica, lo que a formado una brecha entre los pacientes y sus médicos además que se están elevando los costos del cuidado médico, al grado de que muchos galenos están simplemente tomando la decisión de limitar sus prácticas, como en el caso de las ginecológicas y las obstétricas.

El sistema judicial norteamericano requiere de un jurado para la resolución de casos sobre mala práctica que, como ustedes saben, no lo integran peritos sino gente de la comunidad. Los abogados , por su parte, con frecuencia oscurecen los hechos por los aspectos emocionales involucrados. Estos hechos son en ocasiones tan complejos, que incluso los médicos expertos no llegan a un acuerdo en cuanto al curso apropiado del tratamiento. Es por ello que en muchos de estos casos el jurado se deja llevar más por la emoción que por la evidencia ; al ver al menor deformado o con retraso, los miembros del jurado quieren ayudarlo en la única forma en que pueden hacerlo, otorgando grandes indemnizaciones por negligencia médica, a pesar de que no existan fallas reales por parte del médico.

Como consecuencia, muchos galenos se han vuelto incomprensivos con relación a posibles acciones de negligencia médica, y están practicando lo que se llama la "medicina defensiva". Para convencer a un jurado de que hicieron todo lo posible para diagnosticar y tratar correctamente a sus pacientes, ordenan pruebas y procedimientos adicionales "sólo para estar a salvo", lo cual incrementa significativamente los costos por los consumidores.

Es lógico pensar que un intercambio comercial mutuo estas prácticas viejas pueden importarse también, ; de ahí que los médicos de nuestro país se enfrentan, desde nuestro muy particular apreciación, a la necesidad de competir internacionalmente con un sistema jurídico adecuado.

Deseamos que tomemos en cuenta que el ejercicio de las especialidades en los Estados Unidos de América y en el Canadá, es reconocido por instituciones gremiales que cuentan con una acreditación oficial y desarrollan sus actividades dentro del marco de una legislación específica, regida por organismos denominados Boards, los cuales certifican la calidad de los

profesionistas y de los especialistas mediante la práctica de exámenes periódicos.

En México, como ustedes saben, para que los profesionistas desarrollen su profesión en el contexto de la legalidad, es necesario que obtengan un título y una cédula profesionales expedidos por las autoridades educativas. Como se aprecia, los órganos gubernamentales se reservan el derecho de regular el ejercicio de las profesiones. En cambio, las especialidades de las disciplinas de la salud son reconocidas en su mayoría por organismos no gubernamentales, dotados sólo de valor moral, denominados consejos de especialidad, cuyas certificaciones, desde luego, no son obligatorias. Esta situación nos coloca en una franca desventaja frente a nuestros vecinos y socios comerciales, porque mientras los médicos mexicanos deben acreditar en los otros países una serie de procedimientos obligatorios para el ejercicio, tanto de su profesión como de su especialidad, los extranjeros no tienen obligación alguna de hacerlo en México.

El reto consistirá entonces, en dotar a estas entidades de un reconocimiento jurídico idóneo que les permita mantener su autonomía y vigilar el ejercicio de las especialidades médicas.

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, 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 sólo puede ser realizada por otro profesional con nivel académico y profesional similar o superior.

Vemos pues, que en todas las épocas de la historia, la responsabilidad jurídica de los médicos ha existido. Desde aquéllas épocas pretéritas hasta nuestros días y con las modalidades que, como ya he dicho, imprime el medio y los fundamentos de cada Código, todos los países de Europa y entre ellos Alemania, Austria, Inglaterra e Italia, han creado sanciones para las faltas cometidas por los médicos en su ejercicio profesional. La mayoría de ellas por imprudencia, inatención, negligencia e impericia en la profesión. En Estados Unidos es frecuente ver que exijan fuertes indemnizaciones a los médicos por lo que allá se llama BAD PRACTICE, lo que ha obligado a nuestros colegas norteamericanos y a las grandes instituciones de asistencia pública o privada en aquel país a prevenir toda suerte de reclamaciones.

4.3 NUEVAS TENDENCIAS EN DERECHO MEXICANO "LA COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO"

DECRETO POR EL QUE SE CREA LA COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO.

ERNESTO ZEDILLO PONCE DE LEON, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, en ejercicio de la facultad que me confiere la fracción II del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con fundamento en los artículos 20., 17, 31 37 y 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 2do., 3ro., 13 inciso A), 23, 34, 40, 45, 58 y 416 al 425 de la Ley General de Salud, y

CONSIDERANDO

Que el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 plantea el mejorar la calidad de los servicios médicos a través de la reestructuración de las instituciones, así como atender las legítimas demandas de los usuarios para que los servicios operen con mayor calidad y eficiencia;

Que los mexicanos reciben servicios médicos en los que participan instituciones públicas y privadas, así como profesionales de la salud que ejercen libremente su actividad, con el objeto común de proteger, promover y restaurar la salud de los habitantes del país;

Que en las actuales circunstancias resulta necesario que la población cuente con mecanismos que, sin perjuicio de la actuación de las instancias jurisdiccionales en la solución de conflictos, contribuyan a tutelar el derecho a la protección de la salud, así como a mejorar la calidad en la prestación de los servicios médicos;

Que para lograr tal objetivo, es pertinente contar con un órgano al cual puedan acudir los usuarios y prestadores de servicios médicos para dilucidar, en forma amigable y de buena fé, posibles conflictos derivados de la prestación de dichos servicios, con lo cual se contribuirá a evitar grandes cargas de trabajo para los órganos jurisdiccionales, sin sustituirlos;

Que de igual manera, es indispensable que esa instancia especializada, garantice a los usuarios y prestadores de servicios médico, la parcialidad en el análisis, dictamen y resolución en las controversias que conozca, y

Que la creación de un órgano administrativo con autonomía técnica para recibir quejas, investigar las presuntas irregularidades en la prestación o negativa de prestación de servicios médicos y emitir sus opiniones, acuerdos y laudos, responde a los legítimos reclamos de los actores de la relación que genera la prestación de servicios médicos, he tenido a bien expedir el siguiente:

DECRETO POR EL QUE SE CREA LA COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO.

Artículo 1ro.- Se crea la Comisión Nacional de Arbitraje médico con plena autonomía técnica para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos.

Artículo 2do.- La Comisión Nacional de Arbitraje Médico tendrá por objeto contribuir a resolver los conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de dichos servicios.

Artículo 3ro.- En términos del Título Tercero de la Ley General de Salud, se consideran prestadores de servicios médicos, las Instituciones de Salud de carácter público, privado o social, así como los profesionales, técnicos y auxiliares que ejerzan libremente cualquier actividad relacionada con la práctica médica. Los usuarios de un servicio médico son las personas que solicitan, requieren y obtienen dicho servicio de los prestadores de servicios médicos para proteger, promover y restaurar su salud física o mental.

Artículo 4to.- La Comisión Nacional tendrá las siguientes atribuciones:

- I.- Brindar asesoría e información a los usuarios y prestadores de servicios médicos sobre sus derechos y obligaciones;
- II.- Recibir, investigar y atender las quejas que presenten los usuarios de servicios médicos, por la posible irregularidad en la prestación de servicios a que se refiere el artículo 3ro. de este Decreto;

III.- Recibir toda la información y pruebas que aporten los prestadores de servicios médicos y los usuarios, en relación a las quejas planteadas y en su caso, requerir aquéllas otras que sean necesarias para dilucidar tales quejas, así como practicar las diligencias que correspondan;

IV.- Intervenir en amigable composición para conciliar conflictos derivados de la prestación de servicios médicos por alguna de las causas que se mencionan:

- a) Probables actos u omisiones derivadas de la prestación del servicio;
- b) Probables casos de negligencia con consecuencia sobre salud del usuario, y
- c) Aquéllas que sean acordadas por el Consejo.

V.- Fungir como árbitro y pronunciar los laudos que correspondan cuando las partes se sometan expresamente al arbitraje;

VI.- Emitir opiniones sobre las quejas de que conozca, así como intervenir de oficio en cualquier otra cuestión que se considere de interés general en la esfera de su competencia;

VII.- Hacer del conocimiento del órgano de control competente, la negativa expresa o tácita de un servidor público de proporcionar la información que le hubiere solicitado la Comisión Nacional, en ejercicio de sus atribuciones;

VIII.- Hacer del conocimiento de las autoridades competentes y de los colegios, academias, asociaciones y consejos de médicos, así como de los comités de ética u otros similares, la negativa expresa o tácita de los prestadores de servicios, de proporcionar la información que le hubiere solicitado la Comisión Nacional. Asimismo, informar del cumplimiento por parte de los citados prestadores de servicios de sus resoluciones, de cualquier irregularidad que se detecte y de hechos que en su caso, pudieran llegar a constituir la comisión de algún ilícito;

IX.- Elaborar los dictámenes o peritajes médico que le sean solicitados por las Autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia

X.- Convenir con Instituciones, organismos y organizaciones públicas y privadas, acciones de coordinación y concentración que le permitan cumplir con sus funciones;

XI.- Asesorar a los Gobiernos de las Entidades Federativas para la constitución de instituciones análogas a la Comisión Nacional;

XII.- Orientar a los usuarios sobre las instancias competentes para resolver los conflictos derivados de servicios médicos prestados por quienes carecen de título o cédula profesional y ;

XIII.- Las demás que determinen otras disposiciones aplicables.

Artículo 5to.- Para el cumplimiento de sus funciones la Comisión Nacional contará con:

I.- Un Consejo;

II.- Un Comisionado;

III.- Dos Subcomisionados; y

IV.- Las Unidades Administrativas que determine su Reglamento Interno.

Artículo 6to.- El Consejo se integrará por diez Consejeros y por el Comisionado, quien lo presidirá. Los Consejeros serán designados por el titular del Ejecutivo Federal. La designación recaerá en distinguidas personalidades de la sociedad civil de reconocida trayectoria profesional. Los presidentes en turno de las Academia Nacional de Medicina y Mexicana de Cirugía serán invitados a participar como Consejeros. El cargo de Consejero será honorífico y durará cuatro años, a excepción de los Presidentes de las Academias mencionadas quienes estarán sujetos al tiempo que duren en el encargo. Los demás Consejeros no podrán ser confirmados para el periodo siguiente.

Artículo 7mo.- El Consejo sesionará por lo menos una vez cada tres meses; las decisiones se tomarán por mayoría de votos y, en caso de empate el Comisionado tendrá voto de calidad.

Artículo 8vo.- Corresponde al Consejo:

- I.- Establecer las políticas generales a que deba sujetarse el órgano;
- II.- Aprobar y expedir el reglamento interno y las demás disposiciones que regulen a la Comisión Nacional;
- III.- Aprobar y expedir el reglamento de procedimientos para la atención de las quejas observando las disposiciones jurídicas aplicables a los mismos;
- IV.- Conocer de los asuntos que someta a su consideración el Comisionado;
- V.- Nombrar y, en su caso, remover a propuesta del Comisionado, a los Subcomisionados;
- VI.- Analizar, y en su caso, aprobar el Informe que el Comisionado presentará anualmente al Titular del Ejecutivo Federal;
- VII.- Evaluar periódicamente el funcionamiento de la Comisión Nacional y formular las recomendaciones correspondientes al desempeño y resultados que obtengan, y
- VIII.- Las demás que le confiera otras disposiciones aplicables.

Artículo 9no.- El comisionado será nombrado por el Presidente de la República.

Artículo 10mo.- Para ser nombrado Comisionado se requiere:

- I.- Ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles,
- II.- Tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos al día de la designación, y ;

III.- Haberse distinguido por su probidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de las actividades que se vinculen a las atribuciones de la Comisión Nacional.

Los Subcomisionados deberán cumplir con los requisitos establecidos en las fracciones anteriores y tendrán las funciones que les otorgue el Reglamento Interno.

Artículo 11vo.- Son facultades y obligaciones del Comisionado:

- I.- Ejercer la representación de la Comisión Nacional;
- II.- Someter a consideración del Consejo las designaciones de los Subcomisionados, así como nombrar y remover al demás personal de la Comisión Nacional;
- III.- Conducir el funcionamiento del órgano vigilando el cumplimiento de sus objetivos y programas;
- IV.- Establecer de conformidad con el Reglamento Interno las unidades de servicio técnicas de apoyo y asesoría necesarias para el desarrollo de las funciones de la Comisión Nacional;
- V.- Celebrar toda clase de actos jurídicos que permitan el cumplimiento del objeto de la Comisión Nacional;
- VI.- Ejecutar los acuerdos emitidos por el Consejo;
- VII.- Informar anualmente al Titular del Ejecutivo Federal sobre las actividades de la Comisión Nacional, procurando que este informe sea difundido ampliamente entre la sociedad;
- VIII.- Someter a la aprobación del Consejo y Reglamento Interno, el Reglamento de Procedimientos y demás disposiciones internas que regulen a la Comisión Nacional;
- IX.- Solicitar todo tipo de información a los usuarios y a los prestadores de servicios médicos y realizar las investigaciones

pertinentes a efecto de cumplir cabalmente con las atribuciones del órgano;

X.- Llevar a cabo los procedimientos de conciliación y arbitraje a que se refieren las fracciones IV y V del artículo 4to. de este Decreto y de conformidad con el reglamento que al efecto expida el Consejo;

XI.- Emitir los acuerdos, laudos y opiniones en asuntos de la competencia de la Comisión;

XII.- Vigilar el cumplimiento de las resoluciones, así como de los convenios que deriven de los procedimientos de conciliación y arbitraje respectivos;

XIII.- Establecer los mecanismos de difusión que permitan a los usuarios y prestadores de servicios médicos y a la sociedad en su conjunto, conocer sus derechos y obligaciones en materia de salud así como las funciones de la Comisión Nacional, y

XIV.- Las demás que establezcan otras disposiciones aplicables.

Artículo 12vo.- La Vigilancia de la Comisión Nacional estará a cargo del Delegado designado a la Secretaría de Salud, por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, quien ejercerá las funciones que establecen las leyes aplicables. El control interno de la Comisión Nacional estará a cargo de una Contraloría Interna que tendrá las facultades que establezca el Reglamento Interno, sin perjuicio de las que en los términos de las disposiciones legales aplicables le competen a la Contraloría Interna de la Secretaría de Salud.

Artículo 13vo.- La formulación de quejas así como los procedimientos que sigan ante la Comisión Nacional no afectarán el ejercicio de otros derechos o medios de defensa de los que dispongan los usuarios o prestadores de servicios médicos conforme a la Ley.

Artículo 14vo.- La Comisión Nacional remitirá a la Comisión Nacional de Derechos Humanos la documentación y los informes que le solicite ésta última, a fin de que atienda a las quejas de su competencia.

TRANSITORIOS.

PRIMERO.- El presente decreto estará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO.- El Consejo deberá integrarse dentro de los 30 días hábiles posteriores a la fecha de entrada en vigor de este Decreto.

TERCERO.- Para efectos del artículo 6to., del presente Ordenamiento, por única ocasión los Consejeros se designarán de la siguiente manera: dos por un año; dos por dos años; dos por tres años y dos por cuatro años, con excepción de los Presidentes de las Academias Nacional de Medicina y Mexicana de Cirugía.

CUARTO.- La Comisión Nacional de Arbitraje Médico no conocerá de las quejas o inconformidades presentadas ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal o de las Entidades Federativas, que ya hubiesen sido resueltas por la mismas a la entrada en vigor del presente Decreto.

QUINTO.- El Reglamento Interno a que se refiere este Decreto deberá ser publicado en el Diario Oficial de la Federación en un término no mayor de 60 días hábiles posteriores a la fecha de entrada en vigor del presente Decreto.

REFLEXIONES Y CONCLUSIONES:

CONCLUSIONES :

Con lo expuesto en este trabajo nos inclinamos en pos de la teoría que indica la necesidad de una regulación penal de las responsabilidades del médico. No obstante, esta opinión no es pacífica, puesto que hay otra que asienta el principio de la irresponsabilidad criminal.

Para decidirnos por la primera posición nos situamos en un plano objetivo de apreciación¹³⁶. Y en ese plano se toma inevitable el recuerdo de las palabras de Alvarez Sierra : "El médico trabaja con materiales directos, con el hombre y la vida, los dos enigmas eternos que no se sabe cómo empezar ni cuál es su camino. Mejor dicho : la medicina tiene por misión curar las enfermedades y, sin embargo, la muerte no se puede evitar".

Se invoca en favor de una completa irresponsabilidad la suposición de capacidad que emerge del título profesional y de su habilitación ; el carácter todavía conjetural de la medicina ; la exigencia de su progreso ; la conveniencia de los propios pacientes, que gozarían de los mejores servicios si el médico no estuviera coartado por el temor de ser responsable penalmente ; la dificultad judicial de apreciar los errores cometidos ; etc.

Pero la verdad es que estos argumentos no destruyen la afirmación esgrimida por Silva Riestra, que compartimos : " La habilitación de los títulos profesionales crea siempre una presunción de capacidad en su poseedor ; sin embargo, en algún caso se alza, frente a esa presunción, una necesidad más fuerte que ella : la del resguardo social, atento al carácter de la materia a que aplica su quehacer. El médico que trabaja sobre los más preciados de los bienes que el Derecho tutela la vida y la salud, no puede eludir sanciones legales cuando esa presunción desaparece por su incompetencia evidente, por su ignorancia, por su temeridad irresponsable o por su negligencia arbitraria".

Y asimismo, como ha dicho otro autor, no ha de olvidarse que "se solicitan sus auxilios profesionales, principalmente por su ciencia y pericia, y su criterio y opinión se respetan y captan a menudo con ciega confianza".

¹³⁶ Juan Silva Riestra "Responsabilidad Médica Ante la Ley", Revista del Colegio de Abogados de la Plata, año 9, tomo 18, enero-junio 1967, p. 62.

¿Cómo, pues, no ha de ser responsable si le faltan aquellas condiciones de modo tal que no sepa distinguir los límites de su propia imprudencia o, en su caso, de su negligencia? ¿Cómo no ha de ser responsable si es imperito, cuando es principalmente esa pericia lo que concede e imprime su especial carácter?

En fin, con estos alcances ha de tener plena vigencia el pensamiento de Lacassagne: "El principio de la responsabilidad médica es una seguridad para los médicos instruidos, concienzudos y prudentes; es una amenaza constante para los temerarios, los audaces sin escrúpulos y los ignorantes imperturbables y es, al mismo tiempo, una barrera infranqueable contra las reclamaciones fantásticas, los caprichos y el mal humor de los pacientes".

Estas afirmaciones se compatibilizan con la regla que sostiene que un individuo es penalmente responsable cuando pueden cargarse a su cuenta el delito y sus consecuencias (Fontán Balestra).

Pero el criterio para determinar dónde principia y dónde termina la responsabilidad penal médica no debe ser ni excesivamente liberal ni extremadamente severo. Lo primero, llevaría a consagrar prácticamente la impunidad, lo cual sería un grave peligro para el enfermo, en el caso de profesionales que no siempre consultan los verdaderos intereses de éste. Lo segundo implicaría hacer imposible el ejercicio de la medicina, porque es necesario no perder de vista que en el ejercicio profesional hay siempre, como en todas las cosas humanas, pero quizás en más alto grado, la posibilidad de error.

La solución está dada en justo medio, en una consideración y análisis equitativo de todos los antecedentes y circunstancias de cada caso, en una apreciación serena y meditada de las condiciones en que se ha encontrado el facultativo, para exigir de él, única y exclusivamente, la prudencia, la dedicación y los conocimientos que normalmente se le pueden requerir, criterio éste válido para juzgar tanto su responsabilidad penal, como la civil.

Para establecer este criterio es imposible pensar en una regla absoluta y más imposible todavía querer trazar una línea categórica de demarcación para delimitar dónde empieza y dónde termina la responsabilidad médica en nuestro

caso, de orden penal. En verdad, corresponde a los tribunales la trascendente tarea de resolver al respecto; de decir; en cada caso, con un alto sentido de justicia y equidad, si aquélla se encuentra o no comprometida.

Para esta evaluación judicial ha de tenerse presente que el médico debe obrar con independencia científica, propio de su profesión liberal, lo que implica el goce de la más grande libertad en el ejercicio de sus funciones, y a la vez que en estos aspectos no puede subordinarse negativamente al hospital público o privado o a la clínica donde se desempeña.

Y como contrapartida, el profesional del arte de curar debe tener siempre presente que la medicina comporta un deber humanitario y altruista de consagrar al enfermo todos los estudios y afanes a que el título universitario obliga. En este sentido, lo que debe guiar a la actividad profesional, sobre todas las cosas, es algo espiritual y elevado, y no el sólo pago de una remuneración. Y su responsabilidad es más incontrovertible cuando está en juego la vida de una persona, pues la menor imprudencia, descuido o negligencia más leve, adquieren una dimensión que le confiere una singular gravedad. No hay cabida para culpas pequeñas. El recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes artificiales.

Esto surge indudablemente del Código de Ética de la Confederación Médica Argentina, aprobado el 17 de abril de 1955, que en su artículo 1., aconseja: "En toda actuación el médico cuidará de sus enfermos atendiéndose a su condición humana. No utilizará sus conocimientos médicos contra las leyes de la humanidad. En ninguna circunstancia le será permitido emplear cualquier método que disminuya la resistencia física o mental de un ser humano, excepto por indicación estrictamente terapéutica o profiláctica determinada por el interés del paciente, aprobada por una junta médica. No hará distinción de nacionalidad, de religión, de raza, de partido o de clase; sólo verá al ser humano que lo necesita".

En este estudio hemos de referirnos a la actividad médica profesional considerada desde el punto de vista jurídico, particularmente en su relación con el derecho penal. Hemos examinado las posibilidades de una responsabilidad penal del médico ante las tareas relacionadas con el desempeño de su profesión.

“Al hacerse cargo del tratamiento de un enfermo, acepta el médico una gran responsabilidad; se trata nada menos que de la salud y de la vida del paciente. Y ante el médico se abre en toda su complejidad la personalidad del enfermo, con todas sus preocupaciones y necesidades. Al médico se le ofrece una visión de la esfera íntima del paciente, que éste razonadamente intenta esconder a los demás. El enfermo debe confiarse por completo al médico, con absoluta exclusión de otras injerencias. El paciente desconoce las medidas terapéuticas del médico, que, para que tengan éxito, deberán ser estrictas; de su adopción y realización o de su omisión, pueden resultar consecuencias decisivas no sólo para la salud, sino también para la vida particular y profesional del paciente.

Debido a todas estas circunstancias, la relación entre médico y enfermo debe estar condicionada por una amplia confianza. La relación entre ambos es mucho más que una relación contractual jurídica; se basa en consideraciones morales mutuas y se desarrolla sólo en lo que concierne al cuidado de la salud del enfermo, llegando hasta donde esa relación alcance, según la forma en que la misma se establezca”¹³⁷.

Esto es importante para el enfoque jurídico penal. También, la ética profesional no se halla desprovista de cierto carácter legal, e influye en esas relaciones jurídicas entre médico y paciente. Lo que la deontología exige del médico, la ley lo hace un deber legal. Mucho más que en otras modalidades de relación social, se funde lo ético con lo legal en el ámbito de la profesión médica; aquí se presupone que el derecho tiene por finalidad el cumplimiento de aquellos deberes impuestos por la moral profesional.

Y esto es tanto más importante en la actualidad, cuanto que el desarrollo de la vida moderna, con su tecnología y evolución social, ha destruido hasta los menores residuos de las otrora valiosas relaciones que unían a la familia con el médico de cabecera. La relación de confianza entre médico y paciente ya no se desarrolla de manera natural, como en otros tiempos, cuando aquél atendía a una familia continuamente, durante algunas generaciones inclusive. Hoy, esta relación es, generalmente de carácter impersonal, surgida muchas veces de los servicios sociales a que el paciente muchas veces de esos servicios sociales a que el paciente pertenece o está asociado, en tanto que el facultativo tiene una

¹³⁷ Albert Ponsold, “Manual de Medicina Legal”, Editorial Científico-Médica, Barcelona 1955, ps. 1-2.

mareada dependencia con la institución hospitalaria o social de que depende y donde se desempeña.

Por parte del enfermo, su relación con el médico muchas veces viene determinada en sumo grado por los éxitos de éste, sobre los cuales se emiten con frecuencia las suposiciones más peregrinas. Por otra parte, pocos son los pacientes que alcanzan a comprender las dificultades y riesgos que entraña la profesión médica. Ponsikd sostiene que si el médico no logra rápidamente los éxitos deseados o esperados para la salud del paciente, no tardará en escuchar los reproches y las acusaciones de falta de cumplimiento de sus deberes profesionales. Y por ello que los tribunales tienen que conocer, a menudo, sobre cuestiones de responsabilidad médica, tanto penal como civil.

Vemos, por consiguiente, que la situación del médico es seria, pues el riesgo de una responsabilidad de derecho penal es muy grande, ya que en el caso de un proceso, aunque sólo se le acuse de negligencia, se le podría fijar una condena privativa de la libertad aunada a una inhabilitación para el ejercicio profesional, y además, podrán aplicársele sanciones de derecho administrativo y disciplinarias por un tribunal de ética. Si ésta fueran las sentencias, la carrera del médico se vería afectada notablemente, cuando no terminada.

En general se acepta que los mecanismos idóneos para garantizar la calidad de los servicios profesionales de salud no son ni las demandas legales ni las quejas. Si el acceso a las instancias de denuncia está distribuido de manera inequitativa o si la propensión a utilizar los mecanismos legales se relaciona con las características de los usuarios individuales, entonces estos sistemas no constituyen sino uno de muchos medios para mejorar la calidad de los servicios, dentro de los que destaca de manera prominente la vigilancia cotidiana del desempeño por parte de los propios cuerpos profesionales.

Los sistemas públicos de regulación deben juzgarse en función de la medida en que logran estimular la autoevaluación y la autodisciplina profesionales, y diseñarse, sobretudo para incentivarlas.

Sin embargo, en México, el consumidor de servicios de salud se encuentra en una situación de franca desprotección: Es muy pobre la cultura de la defensa de los derechos relacionados con la salud; son pocos los cuerpos profesionales que vigilan el desempeño cotidiano de sus afiliados, y los

mecanismos jurídicos existentes y el monto que tradicionalmente reciben los agraviados por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la actividad profesional de médicos, y otro tipo de personal de salud han desestimulado el uso de las instancias legales de queja. Por estas razones, en un primer momento sería necesario tomar algunas medidas, para hacer respetar los derechos más elementales de los consumidores.

Lo que aquí pretendemos es que se cree un aparato judicial, ya fuera dependiente de algún órgano jurisdiccional, o algún órgano independiente como por ejemplo, la creación de una Procuraduría de Salud en donde los individuos o en este caso los consumidores tuviesen acceso a este aparato para la protección de sus derechos. Así como para la presentación de sus quejas y demandas, para llevar su caso con debida atención, con las características de un arbitraje es decir en la rapidez y agilidad del proceso así como de su sentencia pero no como la Comisión de Arbitraje médico ya que esta no cuenta con medios coactivos, más que sólo puede resolverse mediante el sometimiento a una amigable composición, además quien resolvería estos asuntos en este nuevo aparato sería un Arbitro, quien conocería perfecto los puntos del conflicto a resolver, ya que este Arbitro es perito en la materia a diferencia de un juez, que este para la resolución del caso o del juicio necesita la ayuda externa de peritos en la materia.

Por supuesto que no se pretende estimular la creación de un aparato judicial que permita un exceso de demandas. Lejos de defender cabalmente al consumidor, este tipo de aparatos eleva los costos y los riesgos, pues obliga a los profesionales a practicar una "medicina defensiva" que conduce a realizar todo tipo de estudios innecesarios para garantizar al médico que nada pasó desapercibido. Con las recomendaciones que se presentan a la continuación se busca más bien estimular el desarrollo de un sistema mixto participativo de regulación del desempeño profesional, donde la mayor parte de los casos se resuelva en el nivel de los colegios profesionales y las academias de medicina.

Con toda honestidad debemos afirmar que los procedimientos jurídicos 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 prolongados y costosos.

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

Por otro lado las 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.

PROPUESTAS

- Promover la cultura del consentimiento informado entre la población mexicana, de tal manera que todos los pacientes cuenten con la información requerida antes de someterse a cualquier tipo de procedimiento diagnóstico o terapéutico.
- Hacer más accesibles y utilizables las instancias creadas para la protección del consumidor de los servicios públicos de salud a través de tres mecanismos básicos :
 - 1- publicitar su existencia y los resultados de su gestión.
 - 2- simplificar para la presentación y el procesamiento de quejas y;
 - 3- fijar límites de tiempo razonables para la resolución de conflictos.
- Someter a evaluación de los cuerpos disciplinarios de las instituciones públicas de salud todos los casos en los que exista una clara responsabilidad profesional.
- Promover la creación y el fortalecimiento de cuerpos disciplinarios en los colegios médicos nacionales y estatales, que cuenten con medidas efectivas de vigilancia del desempeño profesional y con mecanismos de sanción.

- Proporcionarle al consumidor de servicios de salud información sobre sus derechos como paciente y asesoría legal en los casos en los que exista una franca responsabilidad profesional.
- Proponer la revisión de los tabuladores que rigen los límites de indemnización en los casos de daño físico, material o moral producto de la actividad médica profesional, para adecuarlas a las condiciones y preferencias sociales contemporáneas.
- Incorporar a la ley la participación obligatoria de peritos imparciales y de reconocido prestigio (Academia Nacional de Medicina, colegios profesionales en los asuntos civiles y penales relacionados con la práctica médica.
- Evaluar la posibilidad de crear instancias de arbitraje para la resolución de conflictos menores de responsabilidad profesional en el campo de salud, parecidas a las de la Procuraduría Federal del Consumidor y de la Secretaría del Trabajo, para así dejar en manos de las instancias jurídicas sólo los casos que realmente lo amerita.

1.- A raíz de la creación en este sexenio de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se ha creado en la sociedad mexicana una "cierta cultura" sobre lo que un ciudadano puede esperar de una autoridad administrativa en términos de atención y de servicio; los derechos humanos, se están convirtiendo en un mínimo o el standard de la calidad de los servicios públicos.

2.- En esta forma hemos visto como la sociedad mexicana se ha volcado a exigir de las autoridades un respeto de sus garantías y una eficiencia en la prestación de los servicios.

3.- Sobre una gran parte de la administración pública, la CNDH, ha recibido quejas por violación de sus derechos o por la mala atención recibida. En este sentido, el sector salud, ha sido un área sensible a éstas quejas y en particular, en torno a la malpraxis médica de algunos miembros.

4.- Bajo la lógica de las demandas y quejas presentadas hacia miembros de instituciones de salud, se han sugerido diversas vías de solución, donde aparece el arbitraje como medio de solución del conflicto. Sin embargo, sin dejar de reconocer, las facilidades en la agilidad en los trámites y 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 para la efectiva defensa de sus intereses y la fiel reparación de los daños sufridos, es necesario, garantizar a la comunidad un juego igualitario en las condiciones.

5.- Es evidente que frente al proceso de apertura y globalización que vive el país, los servicios públicos en el área de la salud habrán de sufrir grandes transformaciones, tanto en filosofía como en operatividad, ya que la mejoría del ingreso, el empleo y el acceso a los satisfactores exigirán de la población una mejoría en la calidad y eficiencia de quienes los prestan.

6.- En esta lógica no sería de extrañar, que a pesar de los reticente 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 delimite y garantice, los límites así como, los alcances, tanto de los servicios médicos como los de su conducta profesional propiamente dicha.

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

8.- 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.

9.- Abandonar la prepotencia y la vanidad de considerarse como un ser por encima de los demás.

10.- Espíritu y ánimo investigativos, con la suficiente capacidad crítica para aceptar y corregir los errores propios,

11.- No aceptar, indiscriminadamente, la propaganda de la industria farmacéutica sobre productos fabricados por ella en la cual algunas veces los fines comerciales preponderan sobre los científicos.

12.- Otorga mayor importancia, en las facultades de medicina, a los estudios de farmacología, orientándolos para un mejor conocimiento de los mecanismos

de acción y los efectos secundarios derivados de los medicamentos, que liberen al médico de la exclusiva confianza en la propaganda de los medicamentos.

13.- Considerar el respeto a los derechos fundamentales del ser humano, como una parte integrante del concepto más amplio de Derechos Humanos.

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

15.- 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.

16.- La relación médico-paciente es responsabilidad del enfermo, ya que la autonomía del paciente constituye, en que es el enfermo quien decide si acepta o no algún procedimiento de diagnóstico o de tratamiento.

17.- La ética del médico exige que este bien preparado, ya que el médico tiene en sus manos la salud y, muchas veces la vida de los pacientes, y su labor debe ser de excelencia, lo que sólo se logra mediante el estudio continuo y la capacitación.

18.- Hemos venido estudiando la viabilidad de crear una instancia que con autonomía operativa y financiera resuelva las controversias existentes entre los pacientes y los profesionales de 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 proponemos para este organismo podrían resumirse en las siguientes :

- Llevar a cabo audiencias obligatorias 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 clínico-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 dentro de nuestro juicio ofrecería la creación de este organismo, enumeraríamos el fenómeno 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, consecuencia 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 disminuiría los tiempos de resolución de las controversias que se entablen para el pago de daños y perjuicios.

Finalmente, estimamos 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.

BIBLIOGRAFIA

- Abeille, L. "Los Médicos en la Antigua Roma" Publicaciones de la Cátedra de Historia de la Medicina, Edición de la U.B.A., Bs. As., 1942.
- Academia Nacional de Medicina "Yatrogenia y Ética Médica", , México, 1978, pp.28 y 29, tomada del texto referido.
- Academia Nacional de Medicina. "El Tratado de Libre Comercio y los Servicios Médicos." 2a.Edición citado por Marcia Muñoz de Alba, Página 12.
- Ahuatl A.M.J., "Salud y Enfermedad", Centro de Ciencias de la Salud, México, 1986
- Andre Damien, "Le Secret Necessaire". Paris 1989
- Bejarano Sánchez Manuel "Obligaciones Civiles" Editorial Arla, México, 1980.
- Bobbio N., "Liberalismo y Democracia". FCE, México, 1989 (Breviarios, 476)
- Borrego Escalante Salvador, "Yatrogenia, Daño causado por el médico" Tipografías Editoriales, México. 1991. pág 7 y 8.
- Bustamante Alsina. "Responsabilidad Civil del Médico por Omisión de Asistencia", en "L.L.", 12/2/80.
- Bustamante Alsina Jorge. "Teoría General de la Responsabilidad civil". Abeledo-Perrot. 3ra. Edición. Buenos aires, 1980., pág.447.
- Burgos Ignacio "Garantías Individuales", Editorial Porrúa, S.A. México. 1988.

- Carpizo J. "Derechos Humanos y Ombudsman" UNAM, CNDH 1993, México, D.F. páginas 137-145
- Carrara Francisco. "Programa del curso de derecho criminal", Editorial. Temis, Bogotá, 1956.
- Casares J. "Diccionario ideológico de la Lengua Española". Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 1979.
- Cazac George. "Responsabilidad Profesional: aspecto preventivo". Revista Médica Mundial, mayo-junio 1970, pág. 63.
- Cuello Calón citado en: García Maynez E. "Introducción al estudio del Derecho".
- De la Fuente Dr. Juan Ramón. "Iatrogenia". En su ponencia en el simposio organizado el Colegio Nacional conmemorando sus 50 años de vida. México, 1993.
- Diario Oficial el 26 de mayo de 1945.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Espasa-Calpe, 21a.ed., Madrid, 1992, pág.842.
- Diccionario de la Real Academia Española. Tomo II. Espasa Calpe. 21 edición., pág. 1836.
- Diccionario Enciclopédico de educación especial, 3ra. reimp., Editorial Diagonal Santillana, vol. III. México, 1990. Pág 1123. Citado por el Dr. Rafael Márquez Piñero en su Escrito "La responsabilidad Profesional del Médico y los Derechos Humanos de l
- Diccionario Jurídico Mexicano Tomo P-Z. Editorial Porrúa. segunda edición. pág. 2667.
- Du Pasquier citado en García Maynez E. "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa. 29va edición. México. D.F. 1978.

- Dubós R., "El Espejismo de la Salud". FCE, México, 1972
- Fischer, Dombush, Simalense, "Economía". Mc Graw Hill, México, 1992
- Gañido Garfias "Responsabilidad Profesional"
- García Maynez E Aflación citado en: "Introducción al estudio del Derecho"
- García Pelayo R. "Larousse" Español Moderno. México. D.F. 1983.
- García Pelayo R. "Larousse" Pequeño Larousse México. D.F. 1972.
- Gisbert Calabuig Juan Antonio, "Medicina Legal y Toxicología". Fundación García Muñoz, reimpresión, 1979, pág. 21.
- Gisbert Calabuig Juan Antonio. "Medicina Legal y toxicología". Fundación García Muñoz, Valencia, reimpresión 1979,pág.21.
- Gutiérrez y González Ernesto. "Derecho de las Obligaciones". Editorial Porrúa, 8va. edición, México.1991.
- Hans-Heinrich Jescheck, "Tratado de Derecho Penal", trad. Mir Puig y Muñoz Conde, De. Boseli, Barcelona, 1981, vol. I, págs. 386 y ss.
- Hemingway Benton Helen "Encyclopaedia Britannica" Human Rights 1978 Chicago
- Iglesias Juan, "Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado", Editorial Ariel, México.
- Islas Olga, "Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida", Editorial Trillas, 3ra. Edición, México, página 45 y 46.
- Iturraspe Mosset, "Responsabilidad Civil del Médico", Editorial. Astrea, Buenos Aires, 1979, pág 33.
- Josin Dr.. "Responsabilidad Médica a la Responsabilidad General". Revista Médica Mundial, mayo-junio 1969, pág. 69.

- López Bolado, J. D. : "El Secreto Profesional de los Médicos y el Deber de Denunciar Delitos", Rev. La Ley, 1979, n 136.
- Márquez Piñero Rafael Dr., "La responsabilidad Profesional del Médico y los Derechos Humanos". Comisión Nacional de Derechos. 1a. Edición ; México.D.F., febrero, 1995.
- Márquez Piñero R. "Protección Penal a la Salud". En Comisión Nacional de Derechos Humanos. Seminario sobre Salud y Derechos Humanos. CNDH. México, D.F. 1991.
- Márquez Piñero Rafael Dr. en su Escrito " La Responsabilidad Profesional del Médico y los Derechos Humanos de los Pacientes". pág. 34, 52-53.
- Martínez Bullé V. "El Derecho a la Salud Como Derecho Humano". En: Comisión Nacional de Derechos Humanos. Seminario sobre Salud y Derechos Humanos. CNDH, 1991, México, D.F.
- Mosset Iturraspe Jorge. "Responsabilidad Civil del Médico", Editorial Astrea, Bs. As., 1979.
- Ponce de León L. "El Derecho de Protección a la Salud". En: Comisión Nacional de Derechos Humanos. Seminario sobre Salud y Derechos Humanos. CNDH, 1991, México, D.F. páginas 49-55.
- Ponsold Albert "Manual de Medicina Legal", Editorial Científico Médica, Barcelona, 1955.
- Programa de Reforma del Sector Salud 1995- 2000. II. Propósitos, objetivos y lineamientos de la reforma del Sector Salud; Y. La salud en el Desarrollo. Poder Ejecutivo., pág. 9, 10-11.
- Ramírez Tena "Derecho Constitucional", Editorial Porrúa, S.A. México. 1982.
- Reinhart Maurach. "Tratado de Derecho Penal", trad. de Córdoba Reda. Editorial. Ariel, Barcelona. 1962 ; t.II, pp. 284 y ss.

- Revista del Colegio de Abogados de la Plata, Responsabilidad Médica ante la Ley, año 9, num.18, enero-junio 1967.
- Rodríguez Paniagua José María, "Derecho y Ética", De. Tecnos, Madrid 1977, pág. 14 y 15. citado por el Dr.Rafael Márquez Piñero.
- Ruiz D.C., "Sistemas de Bienestar Social en Norte América". Análisis Comparado, SEDESOL / El Nacional, México 1994.
- Secretaría de Salud. "La especialización Médica", como acercarse a la Medicina. México.D.F. 1990.Págs. 41-52.
- Secretaría de Salud. México. "La Medicina y los Problemas de Salud", como acercarse a la Medicina, D.F. 1990, págs. 166-171
- Silva Riestra Juan "Cirugía Estética y Delito de lesiones", en Revista Penal y Penitenciaria", año 3, num.7.
- Sinónimos y Antónimos. "Larousse". México. D.F. 1986.
- Solís-Soberón F. La cultura del seguro de responsabilidad civil. Trabajo presentado en el foro trinacional "El Ejercicio Profesional del Médico ante la Apertura Comercial", celebrado en la Ciudad de México el 18 y 19 de noviembre de 1993.
- Torres Torija José Dr. "Medicina Legal temas para estudios". Librería de Medicina. México. 1961.
- Uribe Elías Roberto "Reflexiones Sobre Educación Médica" página 582.
- Uribe Elías Roberto. "El Ejercicio de la Profesión Médica". Reflexiones sobre Educación Médica. Pág 591. Cap.V., pág. 624-626.
- Van Ryn Jean. "Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif". Paris.1933.

- Velázquez J. "La responsabilidad Médico-Legal en México". Trabajo presentado en el foro trinacional, "El Ejercicio Profesional del Médico ante la Apertura Comercial", celebrado en la Ciudad de México el 18 y 19 de noviembre de 1993.
- Yungano y otros, "Responsabilidad Profesional de los médicos". Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, pág. 19, 24-27.

ORDENAMIENTO LEGAL

- Código de Ética de la República Argentina, Revista de la Asociación Médica Argentina, mayo-junio 1976.
- Código Civil Argentino.
- Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, S.A. México. 65va Edición. 1996.
- Código Penal de la Nación Argentina, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1978.
- Código Penal para el Distrito Federal Artículo 228 del., reformado en el D.O. 10 de enero de 1994.
- Código Penal para el Distrito Federal Artículo 229 del., Editorial Porrúa, México D.F.
- Código Penal para el Distrito Federal. Ediciones ALF. México, D.F.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. 11va. edición. México, D.F. 1996.
- Jurisprudencia 133, de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Apéndice del Semanario Judicial de la Federación, 1917-1985, Segunda Parte, Primera Sala, p. 273, bajo el rubro: "Imprudencia, delitos por prueba de la responsabilidad"

- **Jurisprudencias de la Nación Argentina, Bs. As.**
- **Ley de Ejercicio de las Profesiones. Editorial Libros Económicos, México, D.F. 1993.**
 - **Ley General de Salud. Secretaría General de Salud, Dirección General de Asuntos Jurídicos, México, D.F. 1992.**