

849
2cy.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

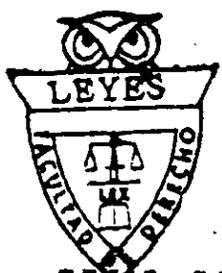
FACULTAD DE DERECHO

LA IMPLANTACION OBLIGATORIA DEL SEGURO
DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA SERVICIOS
MEDICOS

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

JESUS VILCHIS CASTILLO



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D. F.

1998.

269530



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.

A DIOS, GRACIAS.
Por permitirme concluir después de todo,
este trabajo, y espero que no dejes
que sucedan más infortunios.

Con amor
A mi papá el Sr. Jesús Vilchis Ramírez.
A mi mamá la Sra. Ramona Castillo Díaz.

A ellos dos Gracias.

A mi hermano Lic. Rodolfo Vilchis
Castillo.
Por todo.

A mis hermanos Luz María y
Francisco.
Esperando que les sirva de incentivo,
para que refuercen sus aspiraciones.

Al Maestro Iván Lagunes.
Con especial agradecimiento.

A Elisa.
Por su amistad y valiosa cooperación.

Al que ha sido un buen amigo Alfonso
Rivera Fuentes.
Por su incommensurable ayuda.

A Blanca.
Por sus atenciones, gentileza y
cordialidad.

A Eva.
Por su buena voluntad.

A los profesores.
Por su contribución a mi formación.

A las Licenciadas Elvia Flores, Marisol
Matamoros y Verónica Guajardo.
Por su colaboración.

A todas mis amigas y amigos.
Por serlo.

A Sugiely.
Por su aportación.

A todas aquellas personas que de
algún modo u otro han contribuido.

A la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y a las
autoridades de la misma.

A todos ellos GRACIAS.

Jesús Vilchis Castillo.

ÍNDICE

LA IMPLANTACION OBLIGATORIA DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA SERVICIOS MÉDICOS.

Índice.....	I
Introducción.....	IV

CAPITULO I RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1. Responsabilidad.....	1
1.2. Responsabilidad Civil.....	4
1.3. Concepto.....	6
1.4. Origen.....	8
1.5. Fuentes.....	12
1.6. El Hecho Ilícito.....	13
1.7. El Riesgo Creado.....	15
1.8. La indemnización.....	16
1.9. Excluyentes de responsabilidad civil.....	18

CAPITULO II RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.

2.1. El Médico.....	21
2.2. Los requisitos del ejercicio de la medicina.....	22
2.3. Las obligaciones del médico.....	23
2.4. El juramento médico.....	27
2.5. La Ética, la Moral y la Deontología.....	31
2.6. El servicio médico.....	33
2.7. Consecuencias jurídicas del servicio médico.....	35
2.8. Los bienes jurídicamente tutelados que entran en juego.....	36
2.9. Relaciones jurídicas que surgen del servicio médico.....	36
2.10. Fines de la relación.....	37
2.11. Naturaleza jurídica de la relación.....	37

2.12. Deberes y derechos que surgen de la relación.....	43
2.13. Elementos del contrato médico.....	46
2.13.1 Sujetos.....	46
2.13.2 Consentimiento.....	46
2.13.3 Objeto.....	48
2.13.4 Forma.....	49
2.13.5 Extinción del contrato.....	50
2.14. Responsabilidad civil médica.....	50
2.15. Elementos constitutivos de la responsabilidad civil médica generada por un hecho ilícito.....	56
2.15.1 El acto médico.....	57
2.15.2 El daño médico.....	57
2.15.3 La relación de causalidad.....	60
2.15.4 La antijuridicidad.....	62
2.15.5 La culpa médica.....	64
2.16. Elementos constitutivos de la responsabilidad civil médica generada por responsabilidad objetiva o por riesgo creado.....	66
2.16.1 El uso de objeto peligroso en si mismo.....	68
2.16.2 Un siniestro.....	68
2.16.3 Un daño a un tercero.....	69
2.16.4 La licitud del uso del objeto peligroso.....	69
2.17. Eximentes de responsabilidad.....	69
2.18. La carga de la prueba.....	74
2.19. Reparación del daño.....	76
2.20. Responsabilidad por hechos de sus colaboradores.....	77
2.21. Responsabilidad derivada del trasplante y extracción de órganos.....	78
2.22. Responsabilidad derivada del tratamiento de inseminación artificial.....	79
2.23. Responsabilidad derivada de experimentos médicos.....	81
2.24. Otro tipo de responsabilidades.....	82

CAPITULO III

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO EN NUESTRA LEGISLACIÓN .

3.1. Código Civil.....	83
3.2. Ley de Profesiones.....	99
3.3. Ley General de Salud.....	103
3.4. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.....	105
3.5. Comisión Nacional de Arbitraje Médico.....	114
3.6. Jurisprudencia.....	122

CAPITULO IV
NECESIDAD DE IMPLANTAR OBLIGATORIAMENTE UN
SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA SERVICIOS
MÉDICOS.

4.1. El porque de la necesidad de implantar un seguro obligatorio de responsabilidad civil para servicios médicos.....	126
4.2. El seguro de responsabilidad civil del médico.....	130
4.3. Condiciones generales.....	134
4.3.1 Materia del seguro.....	135
4.3.2 Alcance del seguro.....	136
4.3.3 Delimitación territorial del alcance del seguro.....	138
4.3.4 Responsabilidades amparadas y no amparadas en el contrato de seguro.....	138
4.3.5 Extinción de las obligaciones del seguro de responsabilidad civil del médico.....	141
4.3.6 Lugar y plazo del pago de la indemnización.....	142
4.4. Modificación al artículo 79 de la Ley General de Salud para hacer obligatorio el uso de una póliza vigente de seguro de responsabilidad civil para servicios médicos.....	143
CONCLUSIONES.....	147
APÉNDICE.....	150
BIBLIOGRAFÍA.....	152

INTRODUCCIÓN

Como todos los estudiantes o la mayoría de ellos, de esta H. Facultad, al concluir y acreditar las materias que establece el plan de estudios, me encontré en el limbo académico porque el programa ya no me obligaba a estudiar específicamente, pero debía de realizar un trabajo de investigación para tener posibilidades de obtener el Título profesional.

Me di a la tarea de investigar algún tema del ramo civil y una vez inmerso en ella, encontré que en la actualidad existe una laguna que no ha sido llenada por nuestra legislación, como lo es el darle solución a las controversias que se suscitan entre los médicos y sus pacientes, solución que debe de ser, desde luego, favorable para el paciente.

Por tal motivo, fué que se elaboró este trabajo, el cual da solución o pretende dársela, a las mencionadas controversias a través de la obligación impuesta a los galenos para contratar un seguro de responsabilidad civil profesional, a efecto de que de este modo, se indemnice de una manera más efectiva al paciente que ha sufrido un daño, y no del modo ordinario que es lento y engorroso, o uno más rápido pero poco efectivo y que no tiene mucho tiempo de implementado.

Para desarrollar este tema, primero conceptualizamos a la responsabilidad civil en su aspecto general y señalamos cuales son sus elementos de integración. Una vez entendido ese concepto, lo relacionamos con la actividad que realizan los médicos, arrojando como resultado que los galenos en caso de causar un daño, son responsables por cualquier hecho ilícito que realicen así como de sus riesgos que crean, además vimos que tiene ciertas características específicas distintas a las comunes. Esto se

interrelacionó con los ordenamientos legales que de alguna manera regulan la actividad profesional de los prestadores de servicios de salud.

Encontramos del análisis correspondiente, que en la actualidad no existe una normatividad que regule la responsabilidad civil de los médicos de una manera particular y práctica, por lo que nos surgió la obligación moral de pedir por este medio la implementación de un seguro de responsabilidad civil para servicios médicos obligatoriamente, sin el cual no puedan realizar sus actividades, todo esto con el objeto de llevar a la práctica el anhelo de justicia.

CAPITULO I

RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1 RESPONSABILIDAD

La palabra responsabilidad según el diccionario de la Real Academia Española significa: "Deuda, Obligación de reparar y satisfacer, por si o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal, o, cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado".¹

En esta definición que a pesar de no ser de un diccionario de derecho, su contenido es jurídico, ya que nos menciona que responsabilidad es la Deuda, obligación de reparar y satisfacer. La responsabilidad en el caso que nos ocupa es el origen o la causa que le da existencia a la obligación. También cabe aclarar que por lo que se refiere a la segunda parte de la misma definición su contenido es moral, por lo tanto haremos caso omiso de ella, ya que la moral es la disciplina del obrar humano.

Etimológicamente la palabra responsabilidad surge del latín "respondere" que significa "estar obligado". En un sentido estricto "responsum" (responsable) significa: el obligado a responder de algo o de alguien. "Respondere" se encuentra estrechamente ligado con "spondere" que es una expresión solemne en la forma de la stipulatio, por medio de la cual alguien asumía una obligación, así como "sponsio" palabra que designa la forma más antigua de la obligación.

¹ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 20ª. Edición. T. II. Espasa-Calpe. España. 1984. Pag.1180

Eduardo J. Couture define a la Responsabilidad como: "situación jurídica derivada de una acción u omisión ilícitas que consiste en el deber de reparar el daño causado" o también "posición jurídica del obligado concurrente o subsidiariamente a satisfacer una deuda ajena".²

De la definición de Eduardo J. Couture, en términos generales podemos considerarla como casi completa, y decimos que es casi completa porque observa sólo a las conductas ilícitas, sin observar las obligaciones que nacen de una conducta lícita pero de riesgo porque existe la posibilidad de un inminente siniestro.

Según Rafael de Pina "responsabilidad en su acepción jurídica, significa tanto como obligación que una persona tiene con respecto a otra de reparar los daños y resarcir los perjuicios que haya ocasionado como consecuencia de un acto propio o ajeno, o por el efecto de las cosas u objetos inanimados o de los animales."³

Para José María López Olarciregui citado por Atilio A. Alterini "un planteo de responsabilidad se compone con tres supuestos: a) un acto de un individuo, b) un deber, c) una infracción. Cuando su acto no se ajusta a su deber el individuo incurre en responsabilidad"⁴.

Guillermo Cabanellas dice que la responsabilidad es la "obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado. Deuda. Deuda moral. Cargo de conciencia por un error. Deber de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas cometidas por dolo o culpa. Capacidad para aceptar las consecuencias de

² Couture, Eduardo J. Vocabulario Jurídico. 1ª. Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1993. Pág. 523

³ Pina, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. 3ª. Edición. V.III. Porrúa, S.A. México. 1973. Pág. 232.

⁴ Alterini, Atilio Anibal. Responsabilidad Civil. 3ª. Edición. Abeledo -Perrot. Buenos Aires. 1987. Pág. 16

un acto consciente y voluntario".⁵

Henri Capitant conceptualiza a la responsabilidad como la "obligación de reparar el daño causado a una persona, sea por culpa, sea, en ciertos casos determinados en la ley, por el riesgo resultante de la actividad del responsable".⁶

En cuanto a las restantes definiciones podemos decir que si contemplan lo que en esencia es la responsabilidad, la obligación de reparar o resarcir los daños y perjuicios inferidos, por lo que podríamos dar una definición de lo que pensamos que es la responsabilidad: es la obligación de reparar o resarcir los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico.

La palabra responsabilidad vive en cada uno de nosotros y además tiene diversas acepciones que empleamos muy frecuentemente, como por ejemplo, en ocasiones decimos ¡soy muy responsable de mis actos!, queriendo decir con esto que es uno muy recto, muy centrado en las cosas que hace; o también en otras ocasiones preguntamos ¿quién es el responsable de esta dependencia? con lo que queremos saber quien es la persona encargada de hacer que todo funcione bien o más aún cuando afirmamos: el conductor de ese vehículo es el responsable del accidente, dando a entender con esto que es él quien fue el causante de que haya ocurrido el percance.

De todo este tipo de conceptos que se le da a la tantas veces ya mencionada palabra responsabilidad, el que interesa para los abogados es el último en que hicimos mención, debido a que una persona es responsable cuando de acuerdo con lo que establecen las disposiciones legales se le deberá aplicar

⁵ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. T. VII. 21ª. Edición. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires. 1989. Pág. 191

⁶ Capitant, Henri. Vocabulario Jurídico. Ediciones Depalma. 9ª. Reimpresión. Buenos Aires. 1986. pág. 489.

una sanción.

Existen diversos tipos de responsabilidades como son: la moral, religiosa, civil, subjetiva, objetiva, penal.

1.2 RESPONSABILIDAD CIVIL

Conviene hacer una distinción de lo que es la responsabilidad civil con otros tipos de responsabilidades, por ejemplo, la responsabilidad civil en relación con la penal, las dos requieren de una manifestación de la voluntad, ya sea en sentido negativo o positivo y que se cause un daño o un perjuicio, la diferencia estriba en que si ese daño o perjuicio afecta al orden público se tratará de una responsabilidad penal, y si ese daño o perjuicio atenta contra una persona en particular se estará ante una responsabilidad civil.

La responsabilidad moral se deja al fuero interno de los seres humanos, a su actuar consciente o no y no tiene una sanción coactiva. Igual sucede con la responsabilidad religiosa, cuya sanción queda a cargo de la autoridad divina. Por lo que se refiere a la responsabilidad objetiva y subjetiva en relación con la civil, diremos que las dos primeras dan origen a esta última, es decir, la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo creado, consistente en que, el que emplee cosas que son en si mismas peligrosas y cause un daño con ellas, debe repararlo, aún cuando su conducta sea totalmente lícita; mientras que la responsabilidad subjetiva es aquella que tiene un elemento personal psicológico que es la culpa, la negligencia o el dolo, y mediante este se produce un daño, como vemos, en ambas se produce un daño, daño que debe ser reparado y que recibe el nombre de responsabilidad civil.

Entre las más importantes clases de responsabilidad civil tenemos a la

contractual y la extracontractual. La primera es aquella que surge por no cumplir con una obligación que se había contraído, o como su nombre lo indica es aquella que surge por el incumplimiento de un contrato o cualquier otra obligación de dar, hacer o no hacer, la segunda es aquella que surge por violar una norma de observancia general, es decir, no hay un vínculo anterior entre las personas, sino que surge por cometer un hecho ilícito o por realizar cualquier otra conducta que cause un daño.

Al incumplimiento de un contrato y al desacato de lo estipulado en una declaración unilateral de voluntad se les llama responsabilidad contractual cosa que es errónea ya que como dice Ernesto Gutiérrez y González y también otros autores, "la norma contractual tiene por esencia el que se cumpla, no el que no se cumpla; por lo mismo el "no cumplir", al no ser ni parte, ni de la esencia del contrato, esta fuera de él y de ahí que el incumplimiento sea extracontractual, está "fuera" o "extra" del contrato, aunque se origine con la vida del contrato".⁷

La razón es que todo contrato debe cumplirse, cuando se incumple se comete una conducta contraria a la vida del contrato y por lo tanto se crea un hecho ilícito, ese incumplimiento esta fuera del contrato, o sea, no forma parte de él, es extracontractual, ya que dentro de sus cláusulas no se estipula que no se vaya a incumplir, o que no se pague, o que no se entregue la cosa comprada. Estas conductas son ajenas a un contrato, son extracontractuales y van en contra de él, lo que genera el hecho ilícito, por lo tanto, la responsabilidad sería extracontractual.

Debido a esto, no habría que hacer esa distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual sino simplemente hablar de responsabilidad extracontractual.

⁷ Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 7ª. Edición. Porrúa, S.A. México. 1990. Pág. 471.

1.3 CONCEPTO

Visto el significado de lo que es la responsabilidad, pasaremos, antes de entrar al concepto de responsabilidad civil, a averiguar que quiere decir civil, y así vemos que según el diccionario de la Real Academia Española es: "Ciudadano, perteneciente a la ciudad o a los ciudadanos", pero también nos da una definición de derecho que es: "Perteneciente a las relaciones e intereses privados en orden al estado de las personas..."⁸ de lo que se desprende que la responsabilidad civil es aquella que se da en las relaciones de persona a persona en su carácter individual ya sea particular-particular o particular-público, cuando la entidad pública actúa como particular.

Henri Capitant, define a la responsabilidad civil como: "obligación de reparar el daño causado a una persona por infracción a la ley penal. Esta responsabilidad se ejercita mediante la acción civil".⁹

Para Guillermo Cabanellas la responsabilidad civil es: "El talión económico-jurídico: la obligación de resarcir, en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero, y sin causa que excuse de ello".¹⁰

Por su parte Ernesto Gutiérrez y González dice que: "La responsabilidad civil es la necesidad jurídica en que se encuentra una persona que generó; por acción u omisión un detrimento al patrimonio de otra persona, -ya con culpa, ya en ejercicio de una conducta autorizada por la ley- de devolver las cosas al Estado que guardaban antes de su hecho, y de no ser posible, entonces de pagarle los

⁸ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 20ª Edición. T I. Espasa-Calpe. España. 1984. Pág. 322

⁹ Capitant, Henri. Op. Cit. Pág. 489.

¹⁰ Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Pág. 193.

daños y perjuicios causados".¹¹

Manuel Bejarano Sánchez expone el siguiente concepto: la responsabilidad civil "es la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro, por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo".¹²

Los autores del Diccionario Jurídico Mexicano citan a de Cupis y Carnelutti que definen a la responsabilidad civil como: "la obligación de soportar la reacción del ordenamiento jurídico frente al hecho dañoso...", y continúan diciendo: "también en términos generales se concibe la responsabilidad civil, como la consecuencia de la violación del deber jurídico de no dañar a nadie".¹³

En cuanto a la primera definición que citamos, pensamos que no sólo se trata de una infracción a la ley penal o sea, un hecho ilícito penal, ya que también hay hechos ilícitos civiles, y se puede ser civilmente responsable por causar un daño al emplear un objeto peligroso, figura que recibe el nombre de riesgo creado, por lo que se refiere a la segunda definición creemos que sólo hace referencia a la idea de responsabilidad a la que hemos hecho mención anteriormente, o sea, el hecho de haber sido el causante de los daños, además de que no precisa el origen de esos daños, y por lo que se refiere a las dos siguientes definiciones, pensamos que ambas de un modo u otro contienen los elementos que caracterizan a la responsabilidad civil, sólo que creemos que si bien es cierto que hay la necesidad de reparar los daños y perjuicios, y que necesidad es aquello que no puede dejar de ser, más que una necesidad es una obligación que existe, que se debe cumplir forzosamente; finalmente, por lo que refiere a la última definición al igual que la segunda que citamos, sólo hace referencia a una idea

¹¹ Gutiérrez y González, Ernesto. Código Civil para el Estado de Nuevo León. Anteproyecto y comentarios. T. II. Monterrey. 1991. Pág. 262.

¹² Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. 3ª. Edición. Harla. México. 1984. Pág. 262.

¹³ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. 4ª. Edición. Porrúa.S.A. México. 1991. Pág. 2826.

lisa y llana de responsabilidad, por lo que damos la siguiente definición: Responsabilidad civil es la obligación que tiene una persona de reparar o satisfacer los daños y perjuicios causados a otra persona como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito o la creación de un riesgo.

1.4 ORIGEN.

Para Pierre Voirin el origen de la responsabilidad civil "se encuentra en la regla moral según la cual, no se debe dañar a otro, es decir, nadie está facultado jurídicamente para causar daño a sus semejantes".¹⁴

Según Rafael Rojina Villegas para que exista la responsabilidad civil es necesaria la concurrencia de 3 elementos a saber: 1.- Que se cause un daño o un perjuicio; 2.- que haya culpa o dolo; y, 3.- que exista un nexo causal entre el daño y la culpa.¹⁵

En términos generales es aceptable lo manifestado por el autor citado, sin embargo hay que aclarar que la responsabilidad civil requiere que se cause un daño y como consecuencia de éste se puede o no causar un perjuicio, en su segundo punto creemos que no es acertado encasillar sólo a la culpa y al dolo como elementos, ya que en el riesgo creado no existe culpa o dolo alguno; y en cuanto al nexo causal también es incompleta, ya que el daño puede ser iniciado en el caso de riesgo creado por alguna circunstancia ajena a la voluntad del responsable civil.

Toda responsabilidad civil requiere que se cause un daño y un perjuicio,

¹⁴ Voirin, Pierre. Citado por Martínez Alfaro, Joaquín. Teoría de las Obligaciones. 3ª. Edición. Porrúa, S.A., México. 1993. Pág. 151.

¹⁵ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. T. III. Teoría General de las Obligaciones. 15ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1987. Pág. 296.

que quien causo ese daño haya actuado con culpa o con dolo y además que exista un nexo causal entre el mencionado daño causado y el hecho con dolo o culpa que lo produjo, o sea; si no hay un daño aunque haya culpa y nexo causal no podremos hablar de responsabilidad civil, lo mismo sucede si existe un daño pero no hay culpa, o si existiendo el daño y la culpa no se le puedan imputar las consecuencias a la persona que actúo, o no se determina con precisión la causa que originó el daño, lo que sería el nexo causal.

Ahora bien, debemos entender por daños la pérdida o menoscabo que sufre una persona en su patrimonio, en pocas palabras la disminución del mismo; y por perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que se pudo haber obtenido, es decir, lo que se deja de percibir, en su conjunto estos dos conceptos dan origen a lo que conocemos como daño pecuniario.

Del daño que acabamos de estudiar, como dijimos es un daño pecuniario, pero también hay otro tipo de daño que no es pecuniario, que es el daño moral, o sea, aquel daño que se provoca en los bienes que no son susceptibles de ser valuados en dinero, y son de tipo espiritual, interno, pero producen una afectación a la persona, ya sea en su aspecto social, en su aspecto afectivo o en su aspecto físico-somático. Como este tipo de patrimonio no es valuable en dinero, sería difícil calcular el monto de su reparación, sin embargo no debe de dejarse de aplicar una sanción al agresor, porque sería injusto el hecho de dejar de hacerlo, ya que se debe reparar todo daño, y en este caso habrá una indemnización compensatoria.

Tratemos el siguiente elemento que es la culpa, al respecto Rafael Rojina Villegas la define como: "todo acto ejecutado con negligencia; descuido, falta de previsión, o bien, con la intención de dañar en cuyo caso ya esa culpa toma el

nombre de dolo".¹⁶

Podríamos decir que actúa con culpa todo aquel que realiza una actividad con negligencia, descuido, falta de previsión y también agregaríamos imprudencia, impericia y falta de atención, y se esta en presencia del dolo cuando esa actividad se realiza con la intención, con las ganas, con el propósito de dañar a otro, y cuando se realiza una conducta dolosa o culposa se esta en presencia de un hecho ilícito.

Toda persona al realizar cualquier actividad debería actuar con precaución, cuidado, cautela, recato, prudencia, para que de esta manera no se infringiera el sistema jurídico y fuera posible una convivencia armónica entre todos los miembros integrantes del lugar en que vivimos.

Si bien es cierto que la culpa es elemento esencial para que surja la responsabilidad civil, hay un caso de excepción en el que no es necesaria la existencia de este elemento, ya que el individuo actúa sin culpa, y su conducta puede ser perfectamente lícita y sin embargo se debe responder civilmente, este caso es el riesgo creado, que es el causar un daño por el empleo de cosas que son en sí mismas peligrosas. Sólo incurre en dolo o culpa quien tiene la conciencia necesaria para prever el resultado de su acción.

Lo anterior es en razón de que hay una teoría objetiva y otra subjetiva de la responsabilidad, teorías de las que hemos hecho mención anteriormente y que nuestro propósito no es profundizar en el tema, sino sólo dar conceptos muy generales, para posteriormente entrar en lo que verdaderamente es el objeto de este trabajo.

¹⁶ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 304.

Por lo que se refiere al último elemento de la responsabilidad civil que es el nexa causal, Rojina Villegas dice al respecto: "para que pueda determinarse la responsabilidad civil a cargo de un cierto sujeto, es necesario que no sólo sea culpable del daño, sino además causante del mismo. Propiamente para reputar culpable a alguien, es necesario que sea causante del daño. Es decir, en rigor la noción de culpabilidad entraña necesariamente la de causalidad entre el hecho y el daño. En consecuencia, la relación de causalidad origina el problema relativo a determinar si todo daño originado por un cierto hecho, debe ser reparado".¹⁷

Para que haya responsabilidad civil se requiere de un hecho que debe ser con culpa y además que cause una consecuencia, consecuencia que recibe el nombre de daño, por lo que con este nexa causal se establece quien fue el autor del resultado dañoso o si se puede ser tenido como tal y una vez que se estableció dicho autor, se debe determinar si ese daño debe ser reparado.

Con frecuencia se presenta el problema de determinar cual fue el hecho causante de un daño cuando hay varios hechos que lo han producido, o si esos hechos provienen de una o varias personas. En el primer caso hay que distinguir entre causa eficiente y causa concurrente, en el segundo caso cuando el hecho proviene de varias personas todas ellas responderán solidariamente, pero también debemos saber si alguna de estas personas tuvo más participación que otra.

La causa eficiente consiste en saber cual es la fuente, el origen, el nacimiento del daño y la causa concurrente se da cuando convergen el hecho de una persona y un hecho de la víctima, lo que da lugar a el problema de determinar cual fue el hecho que produjo el daño, si el de la propia víctima o el del posible indemnizador.

¹⁷ ibidem. Pág. 309.

Resulta complicado en ocasiones, determinar cual es el hecho causante del daño, por lo que la autoridad judicial deberá examinar cuidadosamente todos los elementos que le sean presentados para poder dar una solución justa.

Tenemos que hacer una distinción entre lo que es la culpabilidad y la causalidad, a este respecto Rafael Rojina Villegas dice: "la causalidad no implica la culpabilidad; pero ésta si entraña o supone aquella. Es evidente que el causante de un daño, no siempre es culpable del mismo. En cambio, el culpable de un determinado perjuicio, necesariamente debe ser causante del mismo, pues para calificarlo de culpable, ha sido necesario antes que haya causado ese daño, ya que si no lo hubiere originado, jurídicamente no podrá reputársele culpable del mismo".¹⁸

El culpable de un daño siempre será el causante de él, pero no todo el que es causante de un daño es culpable del mismo, por lo que la culpabilidad trae aparejada a la causalidad lo que no sucede a la inversa, es decir, la causalidad no contiene a la culpabilidad. Hay casos en los que se carece de causalidad, y por lo tanto también de la obligación de indemnizar.

1.5 FUENTES.

Como se desprende de la definición que dimos anteriormente de lo que es la responsabilidad civil, existen dos fuentes de donde surge, la primera es el hecho ilícito y la segunda el riesgo creado. Un hecho ilícito es la realización de una conducta antijurídica, culpable y dañosa, y el riesgo creado que es el empleo de objetos que son en si mismos peligrosos y que al emplearlos podemos causar daño con ellos.

¹⁸ Ibidem. Pág. 310.

1.6 EL HECHO ILÍCITO.

Manuel Bejarano Sánchez explica que el Hecho ilícito: "es una conducta antijurídica culpable y dañosa, la cual impone a su autor la obligación de reparar los daños y engendra a su cargo una responsabilidad civil, o dicho de otra manera; hecho ilícito es la violación culpable de un deber jurídico que causa daño a otro y que responsabiliza civilmente".¹⁹

Siempre que en una conducta humana concurren los elementos de antijurídica, culpable y dañosa se estará en presencia de un hecho ilícito, el mismo autor citado dice que son hechos ilícitos: "el incumplimiento del contrato, el desacato a lo estipulado en una declaración unilateral de voluntad, la recepción de mala fe por el accipiens en el enriquecimiento ilegítimo y en la gestión de negocios en los casos de una gestión anormal contra la voluntad del dueño o si el gestor realiza su intervención con el propósito de beneficiarse a sí mismo".²⁰ Faltaría agregar, a la violación de un deber jurídico impuesto en una norma de tal naturaleza, también consideramos que el autor aquí citado comete un error al hablar de la voluntad del dueño en la gestión de negocios ya que si media voluntad en dicha gestión de negocios ya no estaríamos en presencia de ésta pues se trataría de un mandato.

Por lo que se refiere a los elementos del hecho ilícito, sólo hablaremos de la antijuridicidad ya que la culpa y el daño fueron tratados al hablar de los elementos de la responsabilidad civil.

Y así antijuridicidad es la conducta contraria a derecho. Manuel Bejarano Sánchez dice: "es antijurídica toda conducta o hecho que viola lo establecido por las normas del derecho. Antijuridicidad es, pues, el dato que califica a una

¹⁹ Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. Pág. 221.

²⁰ Ibidem. Pág. 222

conducta o una situación, la cual choca con lo preceptuado por una regla jurídica".²¹ Continúa diciendo el autor que es un error suponer que es suficiente la culpa y el daño para caracterizar al hecho ilícito, ya que este se manifiesta como una acción antijurídica. También ocurre con frecuencia, que la norma quebrantada por el hecho dañoso no es una disposición expresamente establecida en el régimen legal, sino que se trata de un principio general del derecho como por ejemplo: el deber jurídico de respetar el derecho ajeno, cuando cometemos una acción dañosa en sí misma implica la antijuridicidad, o sea, la sola producción del daño a otro es una acción contra derecho, porque, se está violando el deber de respetar el derecho ajeno.

El mismo autor nos sigue diciendo que muchos tratadistas no consideran a la antijuridicidad al tratar los elementos del hecho ilícito ya que piensan que lo que es la fuente de la obligación es la responsabilidad y tratan ese elemento al tratar esta, lo que da una idea equivocada, ya que todo hecho ilícito es una conducta antijurídica y la causa de la obligación no es la responsabilidad sino el hecho ilícito.²²

Cuando se realiza una conducta antijurídica culpable y dañosa se engendran obligaciones: el hecho ilícito. Estas obligaciones consisten en hacer responsable civilmente al autor de la conducta, al cual se le impone la necesidad de reparar los daños causados. Al respecto de considerar al hecho ilícito o a la responsabilidad civil como fuente de la obligación Ernesto Gutierrez y González considera que: "se consigna como fuente de la obligación a la responsabilidad, si bien en estricta lógica lo que genera la obligación, es el hecho ilícito y la responsabilidad objetiva, pero para el efecto de poder presentar como un todo la materia, pensó que el hecho ilícito y la responsabilidad objetiva son la causa de la obligación, y que ya la fuente resulta ser la responsabilidad, lo cual permite un

²¹ Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. Pág. 223.

²² Vease. Idem.

desarrollo armónico de las normas generales comunes a las dos causas: el hecho ilícito y la responsabilidad objetiva en sus variadas especies".²³

La anterior aseveración del autor mencionado, pensamos que es contradictoria y confusa, ya que considera y acepta que la fuente de la responsabilidad es el hecho ilícito y la responsabilidad objetiva y después afirma que estas son causas de la obligación y la fuente resulta ser la responsabilidad, no dando razones suficientes para considerarla así, sino sólo porque le pareció mejor, ya que causa y fuente en el sentido que se emplea son sinónimos, es decir, significan lo mismo, y lo contradictorio estriba en que lo que da origen no puede ser igual al resultado.

Solo para completar, mencionaremos que hay tres tipos de culpa: grave; leve y levisima, si bien es cierto que una es imperdonable y la otra es muy ligera, esta última no es motivo de que no se produzca la obligación de resarcir el daño causado.

1.7 EL RIESGO CREADO.

Ya anteriormente mencionamos que hay conductas que son perfectamente lícitas y no culposas pero que sin embargo se crea la consecuencia de indemnizar, como es el caso del riesgo creado, situación especial en donde no hay culpa pero hay la obligación de reparar los daños causados, esto daría lugar a pensar que la culpa no es un elemento de la responsabilidad civil, sin embargo como ya dijimos, es una situación especial.

Tenemos que ubicar al riesgo creado y para tal efecto mencionaremos lo que dice Ernesto Gutiérrez y González, que es un tipo de la responsabilidad

²³ Gutiérrez y González, Ernesto. Código Civil para el Estado de Nuevo León. Anteproyecto y comentarios. T. II. Monterrey. 1991. Pág. 264.

objetiva lato sensu ya que hay tres: a) responsabilidad objetiva strictu sensu; b) por riesgo creado y c) por una conducta errónea.²⁴

La responsabilidad objetiva se funda en una idea de inculpabilidad y precisamente es objetiva porque se produce un daño que es necesario reparar.

El mismo autor dice que la responsabilidad objetiva por riesgo creado "es la necesidad jurídica que tiene un sujeto llamado obligado-deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona llamado acreedor, que le puede exigir, la restitución de una situación jurídica al estado que tenía, al momento de producirse la violación de un deber jurídico strictu sensu o de una obligación lato sensu; en que la licitud o ilicitud es irrelevante, y que causa un daño, por empleo de un objeto considerado por la ley, peligroso en sí mismo, que es poseído por el obligado deudor".²⁵

El riesgo creado consiste en poner en inminente peligro a las personas que nos rodean, por el empleo de cosas que son en si mismas peligrosas.

La responsabilidad objetiva por riesgo creado es la obligación de reparar los daños causados, aún sin culpa y obrando lícitamente por el empleo o aprovechamiento de una cosa que es peligrosa, o sea, si usamos una cosa que es peligrosa y causamos un daño, por el sólo hecho de ser peligrosa y causar el daño debemos indemnizar a la víctima aunque no hayamos actuado con culpa y nuestra conducta sea perfectamente lícita ya que está permitida por la ley.

1.8 LA INDEMNIZACIÓN.

²⁴ Véase Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las obligaciones. 7ª. Edición. Editorial. Porrúa, S.A. México. 1990. Pág. 673.

²⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. Pág. 42.

Según el diccionario de la Real Academia Española Indemnizar es "resarcir de un daño o perjuicio" y a su vez resarcir es: "indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio".²⁶

Ernesto Gutiérrez y González la define como: "la necesidad jurídica que tiene una persona de observar una conducta que restituya al estado que guardaba, un derecho ajeno, antes de la realización de un hecho dañoso, culpable o no, que le es imputable a éste, y de no ser posible ello, debe realizar una prestación equivalente al monto del daño y del perjuicio si lo hubo".²⁷

De los anteriores conceptos se desprende que la indemnización puede consistir en restituir las cosas al estado que guardaban antes de la realización del daño y de no ser posible, se debe pagar en dinero el equivalente al daño o perjuicio causado. En el primer caso desaparecen los efectos que causaron el daño, en cambio en la segunda no pueden desaparecer esos efectos, sino sólo se puede calcular aproximadamente su monto.

Existen dos tipos de indemnización: compensatoria y moratoria. La compensatoria consiste en que, cuando no se cumple con la obligación contraída, se le debe dar a la víctima una suma de dinero según sea la afectación que se le cause por no haber cumplido con esa obligación, o sea, se le debe resarcir por el incumplimiento, pero no debemos entender la palabra compensar como una forma de extinción de las obligaciones, sino como ordinariamente se le entiende, premiar a alguien económicamente o no, por alguna cosa que haya hecho por nosotros, pero en este caso concreto no sería un premio sino la reparación del propio daño.

La indemnización moratoria consiste en, como su nombre lo indica, pagar

²⁶ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 20ª Edición. T II. Espasa-Calpe. España. 1984. Pag. 766

²⁷ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. Pág. 499.

los daños o perjuicios causados por el retardo en el cumplimiento de la obligación, el monto será igual al tiempo que dure dicho retardo, pero siempre y cuando se pueda cumplir con la obligación, de lo contrario estaremos en el primer caso de indemnización, señalado en el párrafo anterior.

Se pueden acumular las dos indemnizaciones, ya que si no se cumple oportunamente con la primera, la segunda empieza a generarse.

Tratándose de daños patrimoniales es fácil calcular el monto de la indemnización, cosa que no sucede tratándose de daños morales, ya que no se puede saber cuanto cuestan los sentimientos de una persona, su honor, sus afecciones y tantas otras situaciones que generan un daño moral, pero no por esto se va a dejar de indemnizar y corresponderá al juez determinar dicho monto.

1.9 EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

Existen varios casos que exhoneran de la obligación de indemnizar en el supuesto de que se produzca una responsabilidad civil: el uso de una cláusula de no responsabilidad, por culpa grave de la víctima, por caso fortuito o fuerza mayor y prescripción.

El uso de una cláusula de no responsabilidad se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad, de acuerdo con el cual los particulares puedan celebrar los convenios que crean pertinentes siempre y cuando no vayan en contra del orden público, de las buenas costumbres y de los derechos de terceros; así como del principio de que los particulares pueden hacer todo lo que no les este prohibido expresamente por la ley.

Esta cláusula no tendrá validez si el hecho ilícito se crea con intención, esto es, con dolo, o sea, si se establece una cláusula de no responsabilidad

estará supeditada a que el hecho ilícito se produzca sin dolo, ya que la responsabilidad proveniente de dolo es irrenunciable, y si se estableciera una cláusula de esta naturaleza sería nula.

Por lo que se refiere a la excluyente de responsabilidad cuando el hecho ilícito es consecuencia de culpa grave de la víctima, Manuel Bejarano Sánchez dice que la víctima, no puede pretender que se le indemnice, "ya que nadie es asegurador de la conducta ajena, salvo las compañías de seguros, previa celebración del contrato respectivo".²⁸

El mismo autor nos continúa explicando que tanto la responsabilidad civil proveniente de hecho ilícito como por riesgo creado no se indemnizarán si se dan por la culpa grave de la víctima, esta es: "la culpa grave, grosera, la falta de conducta inusitada que sólo cometen las personas más desaprensivas y descuidadas."²⁹ De lo anterior podemos decir que el problema viene a ser el determinar los parámetros para saber en que situaciones nos encontramos ante una culpa grave, leve o levisima, ya que una culpa leve o levisima por parte del perjudicado no exonera de la indemnización.

En cuanto al caso fortuito o fuerza mayor, estos son acontecimientos tanto de la naturaleza como del ser humano que pueden ser imprevisibles o pudiéndose prever no se pueden evitar, teniendo como consecuencia que una persona no cumpla con su obligación, ocasionando con esto una responsabilidad civil.

El caso fortuito o fuerza mayor son ajenos a la voluntad del deudor y le impide cumplir con su obligación y será un acontecimiento tanto de la naturaleza como puede ser un temblor, un huracán, una inundación o cualquier otro fenómeno; o un acontecimiento generado por los seres humanos como pueden

²⁸ Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. Pag.298

²⁹ Ibidem. Pág. 299

ser una guerra o una huelga o cualquier otro hecho del príncipe como le llaman a una orden o prohibición proveniente del Estado.

Esta excluyente de responsabilidad exonera de la indemnización, ya que falta un elemento de configuración de la responsabilidad civil que es la culpa.

Ernesto Gutiérrez y González dice que algunos autores hacen una distinción entre lo que es caso fortuito y la fuerza mayor y dicen que el caso fortuito se refiere a los acontecimientos de la naturaleza y la fuerza mayor son hechos del ser humano.³⁰

Existen excepciones al efecto exonerante del caso fortuito o fuerza mayor y estas son: cuando el deudor acepta expresamente indemnizar o cuando a contribuido a él, ya que en este último caso habría culpa.

No hay que dejar de mencionar que el caso fortuito o fuerza mayor no es una excluyente de responsabilidad civil en el caso de responsabilidad objetiva por riesgo creado, ya que esta existe por el sólo hecho de crear el riesgo.

Por lo que se refiere a la última excluyente de responsabilidad civil que es la prescripción, se trata de la prescripción negativa o liberatoria por medio de la cual el deudor se libera de la obligación de indemnizar, por el simple transcurso del tiempo establecido en la ley.

Se podría pensar que esta última no es excluyente de responsabilidad porque la obligación de indemnizar persiste, sin embargo esa obligación no es perpetua y subsiste hasta que se cumple un determinado plazo establecido en la ley, librando así al deudor de la obligación de indemnizar.

³⁰ Vease. Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. Pág.520.

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.

2.1 EL MÉDICO.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, médico es la "Persona que se halla legalmente autorizada para profesar y ejercer la medicina"³¹, a su vez medicina es la "Ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano".³²

No sólo se trata de estar autorizado legalmente para poder ejercer la ciencia médica sino que también hay que estar capacitado intelectual y moralmente, ya que lo que se pone en manos de los médicos es no sólo la integridad física o la salud, sino también en muchas ocasiones la propia vida.

La medicina tiene un objetivo muy noble y apartado del que suelen tener otras profesiones, como es el de mejorar o tratar de mejorar o restaurar el estado de salud del enfermo y proteger la vida.

El médico realiza las actividades propias de su profesión en el cuerpo humano, es decir en el cuerpo de las personas que acuden a ellos por estar enfermas. Un enfermo es aquella persona que padece alteraciones en su salud.

A este enfermo que solicita los servicios del galeno se le denomina paciente, palabra que según el diccionario de la Real Academia Española

³¹ Real Academia Española. Op. Cit. Pag. 891

³² Idem.

significa: "Que sufre y tolera los trabajos y adversidades sin perturbación del ánimo". Una segunda definición es: "Persona que padece física y corporalmente; el doliente, el enfermo".³³

Como podemos ver, la palabra paciente tiene como sinónimos la de enfermo y doliente, pero no hay que perder de vista que la paciencia es una virtud que surge por oposición a uno de los pecados capitales que es la ira, por tanto el paciente es aquella persona que sufre porque esta enferma, pero sin alterarse y guardando la calma.

Otra de las actividades propias del médico es, después de haber examinado al paciente, recetarle medicamentos o darle una terapéutica.

Por receta entendemos aquel documento escrito por el médico que debe reunir ciertas características impuestas por la ley, mediante el cual se le dan instrucciones al paciente acerca de la terapéutica a seguir, y a su vez sirve de base para que sean suministrados por el farmacéutico los medicamentos requeridos.

La terapéutica es según el Diccionario de la Real Academia Española: "Parte de la medicina, que enseña los preceptos y remedios para el tratamiento de las enfermedades".³⁴ Y medicamento es: "Cualquiera substancia, simple o compuesta, que, aplicada interior o exteriormente al cuerpo del hombre o del animal, puede producir un efecto curativo".³⁵

2.2 LOS REQUISITOS DEL EJERCICIO DE LA MEDICINA.

³³ Ibidem. Pág. 991.

³⁴ Ibidem. Pág. 1299.

³⁵ Ibidem. Pág. 891.

Resulta obvio pero no esta por demás decir que para que un médico pueda ejercer la profesión, primero debió de haber adquirido los conocimientos necesarios, esto se logra, claro esta, acudiendo a una Facultad de Medicina y cumplir con todas y cada una de las disposiciones establecidas por el plan de estudios que en la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Autónoma de México es como sigue: En el primer año se cursa Anatomía, Biología del Desarrollo, Bioquímica y Biología Molecular, Biología Celular y Tisular, Salud Pública I y Psicología Médica I; en el segundo año: Farmacología, Fisiología, Microbiología y Parasitología, Salud Pública II, Inmunología y Cirugía I; en el tercer año: Patología, Psicología Médica II, Propedéutica y Fisiopatología, Salud Pública III, Medicina General I, Seminario Clínico y Genética Clínica; en el cuarto año: Cirugía II, Medicina General II, Salud Pública IV, Historia y Fisiología de la Medicina; en el quinto año se lleva un internado y en el sexto año se hace el servicio social y se lleva una asignatura de libre elección entre las que se encuentra: Fundamentos Científicos de la Medicina I a IV, Avances de las Ciencias Básicas I a IV, Tópicos Clínicos Selectos I a IV y Tópicos Selectos en Sociomedicina I a IV.

Pues bien, una vez concluidos los estudios de licenciatura, se deberá además, aprobar el examen profesional y cumplir con todas aquellas disposiciones contenidas en las leyes y que son aplicables a esta materia como son: La Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional y su reglamento; La Ley General de Salud y su reglamento en materia de prestación de servicios de atención médica, como más adelante veremos.

2.3 LAS OBLIGACIONES DEL MÉDICO.

De la relación que se establece entre el médico y su paciente, surgen una serie de obligaciones a cargo de aquel, llámense obligaciones, debido a que el paciente esta pagando una cierta cantidad de dinero que el médico recibe a

cambio de la prestación de sus servicios profesionales.

Es así como surgen varios tipos de obligaciones a cargo del médico, como son: obligaciones de medios, obligaciones de resultados, obligaciones de hacer, obligaciones de seguridad y obligaciones alternativas.

Las obligaciones de medios son aquellas en las cuales el médico se compromete a hacer todo lo que este al alcance de su mano para obtener un resultado favorable, pero no el resultado mismo, ya que el galeno no se compromete a obtener ese resultado favorable sino a hacer todo lo necesario para lograr el que sea mejor. Por lo tanto el médico será responsable si no actúa con la diligencia, cuidado o precaución necesarios para obtener el resultado que aseguro. Pero no hay que confundir finalidad con fin como nos dice Alfredo Achával "una cosa es finalidad y otra es fin, aquella es un móvil que justifica medios destinados a obtener el fin deseado pero no es éste. Los medios son los que normalmente conducen a ese resultado".³⁶

Las obligaciones de resultado son aquellas en las que el médico promete un resultado favorable en el tratamiento que va a llevar a cabo en un paciente para erradicar la enfermedad, lo cual indica que de no obtenerse el resultado prometido el médico será responsable, a menos que demuestre que hubo una causa ajena a él.

En cuanto a las obligaciones de hacer estas consisten, como sabemos, en realizar una conducta de acción a favor de una persona que se denomina acreedor, en este caso paciente.

Como expone Ricardo Luis Lorenzetti: "el obligado a hacer, debe ejecutar

³⁶ Achával, Alfredo. Responsabilidad Civil del Médico. Segunda Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1992. Pág. 25

el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fuera la intención de las partes que el hecho se ejecutara... " y continúa diciendo "la obligación de hacer que pesa sobre el médico adviene en razón de una elección basada en las especiales cualidades personales del profesional escogido, por lo que en líneas generales se trata de una obligación *intuitu personae*".

El tiempo propio se refiere a que el médico al atender a un paciente debe de actuar con la rapidez que se requería para erradicar satisfactoriamente la enfermedad, por lo que deberá valerse de sus conocimientos científicos con lo cual determinará la rapidez de su actuar y así obtener un resultado favorable, de lo contrario corresponderá al juez mediante la ayuda de peritos determinar si actuó o no con la prontitud que el caso requería.³⁷

Nosotros, cuando vamos a ver a un médico, lo hacemos porque sabemos que ese médico es una persona competente, ya sea que nos lo hayan recomendado o lo conozcamos por cualquier otro motivo, pero tenemos la seguridad o al menos la confianza de que dicho médico nos tratará de curar del mal que nos acoge, pues bien, a eso se refiere la elección *intuitu personae*, acudir a un médico porque sabemos que una persona capaz, que ha curado a todos o la mayoría de sus pacientes, o en fin, porque existen una serie de circunstancias que nos hacer recurrir a él.

Por lo que hace a la afirmación de que existe una obligación *intuitu personae*, habremos de señalar que no existe obligación de tal cualidad, porque *intuitu personae* se refiere a que una persona escoge a otra motivado por las características de la escogida, ya que esta acción consiste en una manifestación unilateral de voluntad y por tanto sólo tiene repercusión en quien hace la elección, porque la obligación del galeno surge en el momento en que este acepta atender

³⁷ Lorenzetti, Ricardo Luis. Responsabilidad civil de los médicos. Primera Edición. Rubinzal y Culzoni S.C.C. Argentina. 1986. Págs. 118 a 120.

al paciente y en el momento en que se da esta circunstancia (aceptar) se perfecciona un acto jurídico llamado contrato de prestación de servicios profesionales y por tanto la obligación no surge del *intuitu personae* sino que emana del acto jurídico bilateral.

Las obligaciones de seguridad, no son otra cosa más que la precaución, el cuidado el esmero que debe observar el médico en el desempeño de sus actividades propias, ya sea al emplear equipo, substancias, medicamentos o cualquier otro implemento que hoy en día con el avance de la tecnología se hacen más complejos en su manejo o utilización y por lo mismo se pueden causar daños si no se saben emplear adecuadamente, y toca al profesional actualizarse para que no incurra en responsabilidad por impericia.

Como consecuencia de la tecnología a la que hacemos mención y de los avances especiales de la ciencia médica, el galeno requiere de ciertos profesionales que coadyuven con éste a efecto de obtener un resultado positivo en el ejercicio de su profesión.

Por último, las obligaciones alternativas, como sabemos, son aquellas en las que existen varios objetos de los cuales el deudor elegirá uno de ellos para hacer el pago correspondiente y así liberarse de su obligación.

Henoch Aguiar citado por Ricardo Luis Lorenzetti, nos dice que la obligación alternativa es una especie de la obligación de medios en razón de que esta última en un principio su objeto es indeterminado, y se determina durante su cumplimiento, se dice que es indeterminado en un principio por que no se sabe cual es el medio que se elegirá, sino hasta el momento en que se realiza la obligación.³⁸

³⁸ Lorenzetti, Ricardo Luis. Op. Cit. Pág. 123.

Por lo visto estas últimas obligaciones se encuentran implícitas en las de medios, dado lo anterior su importancia no es tan relevante y algunos autores no las consideran.

Como punto final citaremos a Alfredo Achával que dice: "En la gran mayoría de los casos, la obligación que asume el médico es de medios. El médico que es contratado para la atención de un paciente puede prometer cuidado y competencia, pero no el resultado de salvarle la vida ni erradicar por completo la enfermedad. Hay razones de ética, legales de ejercicio profesional y aún tipificadas penalmente, que le impiden comprometerse a curar. Finalmente hay razones de fuerza mayor, que llevan irremediabilmente al hombre con enfermedades agudas o crónicas y aun con ellas en latencia -con total desconocimiento de signo y síntomas- a la muerte, y esas razones surgen de su realidad humana".³⁹

Consideramos que Alfredo Achával no tiene en cuenta que en los últimos tiempos la medicina no sólo tiene por objeto el curar una enfermedad sino que últimamente los avances en la cirugía estética por ejemplo, han cambiado este concepto, ya que como es de todos sabido puede haber cirugías tendientes a mejorar el aspecto físico, en donde, el objeto o fin lo es el obtener un resultado y si no se da éste, estaremos en presencia de un hecho ilícito.

2.4. EL JURAMENTO MÉDICO.

Con respecto a este punto, Alfredo Achával dice que "la función médica se inaugura éticamente con el juramento médico, y legalmente con la habilitación profesional. De allí para adelante comienza la profesión, el ejercicio de la medicina" y más adelante continúa: "el juramento lo sigue al médico como su

³⁹ Achával, Alfredo. Op. Cit. Pág. 25.

sombra, es una norma para actuar después que la ley le permite actuar y antes de que la ley pene su mal actuar. Los pueblos, sus componentes, exigen y temen al médico y su garantía es el juramento y la ley".⁴⁰

En la carrera de médico como en cualquiera otra se deben calificar los conocimientos del aspirante solo que de una manera un poco más severa ya que el examen es teórico práctico, y después de deliberar, el sínodo toma el juramento al alumno.

El mismo autor nos hace una semblanza histórica del juramento médico y dice que no es correcto llamarle juramento hipocrático debido a que posiblemente se escribió en el siglo IX influenciado por la escuela pitagórica.⁴¹

Recordemos que Hipócrates era un médico griego contemporáneo de Sócrates y Platón, llamado el Padre de la Medicina.

El mal llamado juramento hipocrático consta de dos partes: un código ético y un convenio. El código contiene una serie de reglas que fundamentalmente dicen, por ejemplo; que hay que conservar la vida hasta sus últimos momentos, abstenerse de realizar cualquier acto que vaya en contra de la dignidad de las personas, no violar el secreto profesional, así como otras tantas de carácter moral, contiene finalmente una sanción que sería también de carácter moral.

En resumen, este código ético es de observancia interna y su cumplimiento acarrearía, dependiendo de cada individuo, un remordimiento de consciencia.

⁴⁰ Ibidem. Págs. 135 a 137.

⁴¹ Ibidem. Pág. 135

En cuanto al convenio podemos decir que éste contiene un juramento propiamente religioso, ya que se jura por una serie de Dioses, el hacer las cosas de acuerdo a la capacidad y juicio de cada profesional que promete, así como otra serie de reglas de lealtad hacia la persona que le ha enseñado el arte de curar.

"Jurar es un acto que se repite desde la antigüedad, tanto en las sociedades primitivas como en aquellas otras organizadas con sentido moderno. Se origina no en el cumplimiento, en el creer, en el realizar, sino en el castigo, el temor de no realizar. Muchas veces ha sido cábala, otras, más evolucionadas culturalmente, es adquisición de compromiso frente a un testigo respetado: Dios, Patria, Leyes, Símbolos religiosos, etcétera".⁴²

El juramento médico se ha realizado de diferente forma a través del tiempo, ha pasado por las antiguas costumbres en que se hacía ante un sacerdote, después fue de carácter eclesiástico, hubo también algún tiempo en el cual no se practicó, se retomó, y se juraba hincado con la mano sobre el Evangelio pero ya con un contenido ético, finalmente se aceptó la regla de la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial de 1948, que se llevó a cabo en Ginebra.

El texto actual que contiene principios del viejo juramento hipocrático, quedó como a continuación se transcribe:

El acto de juramento que vais a realizar y mediante el cual se os admite como miembro de la profesión médica, constituye una invocación a Dios o a aquello que cada cual considere como más alto y sagrado en su fuero moral, como testimonio del compromiso que contraéis para siempre jamás.

⁴² Ibidem. Pág. 136.

En el momento de ser admitido entre los miembros de la Profesión Médica os comprometéis solemnemente a consagrar vuestra vida al servicio de la humanidad, y juráis:

"Conservar a vuestros maestros el respeto y el reconocimiento a que son acreedores".

"Desempeñar vuestro arte con conciencia y dignidad."

"Hacer de la salud y de la vida de vuestro enfermo la primera de vuestras preocupaciones".

"Respetar el secreto de quien se os haya confiado a vuestro cuidado".

"Mantener en la máxima medida de vuestro medio el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica"

"Considerar a los colegas como hermanos."

"No permitir jamás que entre el deber y el enfermo se interpongan consideraciones de religión, de nacionalidad, de raza, de partido o de clase".

"Tener absoluto respeto por la vida humana desde el instante de su concepción."

"No utilizar, ni aún bajo amenaza, los conocimientos médicos contra leyes de la humanidad".

Después de que se contesta "Si, Juro", prosigue:

"Si cumplieréis íntegramente este juramento, que podáis gozar de vuestra vida y de vuestro arte de disfrutar de perenne estima entre los hombres."

"Si lo quebrantáis, que vuestra conciencia y el honor de la Profesión Médica, en la que acabáis de ingresar, os lo demanden".

Como podemos observar, este juramento compromete al que lo realiza, el cumplirlo, por lo que considere que es lo más sagrado para él, ya sea Dios o alguna persona, y a de cumplirlo para siempre, el contenido de sus disposiciones

es de carácter ético pero también de carácter moral.

Para finalizar este punto, citaremos lo que dice Arturo Ricardo Yungano: "tan antiguo como la profesión médica ha sido la necesidad de reunir codificadamente la actuación de los médicos de acuerdo con normas éticas precisas, tradicionalmente impuestas por las características que el ejercicio de dicha profesión implica. Porque es la medicina donde con mayor rigor se exige el acatamiento y cumplimiento estricto de los profesionales médicos a tales exigencias de orden moral".⁴³

Esto nos deja en claro que desde la antigüedad se ha tenido el cuidado de procurar comprometer a los que han de ejercer la profesión de médico, que cumplirán cabalmente con las normas que le han sido impuestas de acuerdo a la razón humana.

2.5 LA ÉTICA, LA MORAL Y LA DEONTOLOGÍA.

Comenzaremos este punto dando el significado de cada uno de los vocablos mencionados, de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española. La palabra Ética proviene del griego *ethos*: costumbre, uso, manera de conducirse, y se define como: "parte de la Filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre".⁴⁴

Por su parte el término moral procede del latín *mos, moris*: costumbre, forma de conducirse y significa: "Pertenciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia".⁴⁵

⁴³ Yungano Arturo Ricardo. Responsabilidad Profesional de los Médicos. 2° Edición. Universidad. Buenos Aires. 1992. Pág. 343.

⁴⁴ Real Academia Española. Op. Cit. Pág. 613.

⁴⁵ Ibidem. Pág. 927.

Por último la palabra Deontología deriva del griego deontos: deber, logos: estudio, tratado y su definición es: "Ciencia o tratado de los deberes".⁴⁶

Arturo Ricardo Yungano nos dice: "y si hablamos de ética profesional la usamos en el sentido de aquellas costumbres que son admitidas por los que ejercen tal profesión y es norma y obligación ajustarse a ellas en el desempeño de la misma.

Lo ético en su contenido es lo esperable y aprobado por el medio. Atañe a la conducta del individuo - en nuestro caso del médico - en sus manifestaciones como ser social y en el manejo de aquellas normas impuestas por ese medio para una mejor relación interpersonal, tratando de lograr perfecta convivencia y equilibrada armonía.

Hay una forma de la ética que aparece codificada y el no cumplimiento de la misma implica una sanción para quien transgrede tales normas. Se trata de normas jurídicas o reglamentarias, que deben ser elaboradas en base a normas éticas previas".⁴⁷

De lo anterior podemos concluir que la Etica es el conjunto de normas que han surgido de los usos y la costumbre, las cuales rigen la conducta de los individuos para que haya una completa convivencia y armonía entre los mismos, además estas normas éticas pueden ser incluidas en normas jurídicas, cuyo incumplimiento traería como consecuencia una sanción.

El mismo autor con respecto a la moral dice: "Esta tiene varias acepciones, aunque desde nuestro punto de vista debemos interpretar como la ciencia que trata de las acciones humanas en orden a su bondad que no

⁴⁶ Ibidem. Pág. 453

⁴⁷ Yungano Arturo Ricardo. Op. Cit. Pág. 299.

conciernen al orden jurídico sino al fuero interno o al respeto humano. Es decir a las acciones de los médicos en orden a sus propias cualidades humanas, a las obligaciones de su conciencia en relación a toda sociedad.

Como vemos, las relaciones entre Etica y moral son tan íntimas que se confunden prácticamente y ambas deben constituir el numen obligado que guíe y oriente la conducta del médico... "El concepto deontológico médico debe llevar implícito el de la dignidad humana, es decir el respeto por la vida humana y todo lo que concierne al bienestar de nuestros semejantes".⁴⁸

Por su parte Eduardo Vargas Alvarado señala que: "bajo la denominación de deontología médica se puede entender el estudio de las obligaciones y derechos del profesional en el arte de curar. El concepto lleva implícito aspectos éticos y legales".⁴⁹

Visto todo lo anterior podemos concluir que la Etica es la que se encarga de decir como se deben realizar los actos, la moral es la forma de actuar de cada persona de acuerdo, o no, a lo establecido por la ética, finalmente la Deontología contiene elementos de las dos disciplinas anteriores, ya que se encarga de establecer tanto los deberes como la manera de actuar del individuo.

2.6 EL SERVICIO MÉDICO.

El servicio médico no es otra cosa que aquel que prestan los profesionales de la salud a todas aquellas personas que así lo solicitan, con el fin de procurar el remedio a sus males, el servidor médico aplicará sus conocimientos para lograr tal fin, ya sea cuando examina, diagnostica, previene,

⁴⁸ Ibidem. Pág. 300.

⁴⁹ Vargas Alvarado, Eduardo. Medicina Forense y Deontología Médica. Primera Edición. Ed. Trillas. México. 1991. Pág. 841.

prescribe, y realiza toda una serie de actos que le son propios.

Es importante aclarar que los profesionales de la salud o prestadores de servicios médicos, no son sólo los médicos sino que lo son, todos aquellos profesionales que de una u otra manera tiene relación con la ciencia médica y tan es así que ya existen ordenamientos que regulan el ejercicio de dicha actividad, así tenemos que la Ley General de Salud considera como profesionales de la salud a aquellos dedicados a las áreas 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 otras disposiciones legales aplicables, y el decreto que crea a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico considera los anteriores profesionales como servidores médicos, no es novedoso ni extraordinario el que haya tantos servidores médicos o profesionales de la salud ya que el avance de la medicina ha sido tal que en una sola persona o que una sola persona pueda tener todos los conocimientos relacionados con la ciencia médica, es por ello que en la actualidad existen tantas especialidades.

Sin embargo hay que aclarar que aún con esta gran variedad de profesionales el médico es el que prescribe y conduce tanto los medicamentos como la terapéutica tendiente a obtener la salud del paciente.

En este punto, hay que tratar el de la llamada iatrogenia, "palabra que proviene del griego (yatros, médico; genos, engendrar) y puede definirse como los efectos que en el paciente origina la intervención del médico."⁵⁰

Otra definición sería "síndrome no punible, caracterizado por un daño inculpable en el cuerpo o la salud, consecuente a una aplicación terapéutica

⁵⁰ Ibidem. Pág. 873.

exento de responsabilidad profesional".⁵¹

Una última opinión dice que: "la iatrogénia es el "caso fortuito" de la Medicina, es el verdadero accidente, "es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse"... "Es la lesión o enfermedad que, por su ejercicio profesional correcto, produce el médico"... "debemos ubicar los medios que usa el médico, instrumentos o medicamentos como causas; ambos pueden ser usados con intención, sin intención, pero con culpa, y sin intención ni culpa: esta última es la situación de la iatrogenia".⁵²

Vistas las definiciones anteriores podríamos decir que la iatrogénia son todos aquellos efectos que se producen en el organismo del paciente y que lo dañan, pero sin tener la culpa el médico, ni inclusive, el propio paciente, sino que por circunstancias ajenas a ellos dos, se produjo un resultado indeseado.

Aunque parezca repetitivo, pero para que quede claro, estamos en presencia de la iatrogénia cuando no hay culpa por parte del médico en el tratamiento que dio al paciente, y este siguió todas las instrucciones al pie de la letra, o sea, el médico sabía perfectamente el resultado de su medicación, porque ya la había dado a otros pacientes, o por cualquier otra circunstancia, pero por motivos que no pudieron preverse o evitarse no se produjo lo esperado, por lo tanto es necesario investigar, si efectivamente no hubo culpa del médico, ya que de lo contrario, todo error que cometieran los médicos se prestaría para que dijeran que fue iatrogénia y de este modo quedarían impunes sus malas actuaciones.

2.7 CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL SERVICIO MÉDICO.

⁵¹ Riu, Jorge Alberto. Responsabilidad Profesional de los Médicos. Primera Edición. Lerner Editores Asociados. Buenos Aires. 1981. Pág.50.

⁵² Achával, Alfredo. Op. Cit. Pág. 112.

Consecuencia es el resultado de un hecho o acontecimiento, entonces como todo acto jurídico, las consecuencias que surgen de la prestación del servicio médico son que el médico atienda al paciente con todo cuidado, esmero y profesionalismo, por una parte, y por otra que el paciente remunere económicamente al médico lo correspondiente a sus servicios realizados y que conocemos como honorarios. Por otro lado pueden surgir responsabilidades a cargo del médico, ya sea por violar una norma jurídica vigente o por violar el acuerdo de voluntades que tuvo con la persona que solicita sus servicios, por lo que estamos en presencia de la responsabilidad extracontractual y contractual.

2.8 LOS BIENES JURIDICAMENTE TUTELADOS QUE ENTRAN EN JUEGO.

Un bien es aquella cosa material o inmaterial susceptible de producir algún beneficio de carácter patrimonial.

Un bien jurídicamente tutelado es aquel objeto de protección de las normas jurídicas mediante la imposición de una sanción.

Los bienes jurídicos que están tutelados en materia médica, son: la vida, la integridad física, la salud, la belleza, la intimidad, el honor y otros que pudieran escapar de esta enumeración.

2.9 RELACIONES JURIDICAS QUE SURGEN DEL SERVICIO MÉDICO.

Son múltiples los tipos de relaciones que pueden surgir de la prestación del servicio médico, por citar algunas tenemos a la relación médico-paciente que es aquella consistente en que el paciente acuda por su propia voluntad, a

consultar al médico; pero hay otros casos en que no existe la voluntad del paciente, por encontrarse incapacitado para ello, ya sea por estar accidentado, inconsciente o por cualquier otro motivo, en este caso deberán mediar terceros para dar su consentimiento, y este sería otro tipo de relación distinta a la primera. También existen casos en donde haya una previa relación del patrón con alguna clínica, ya sea privada o pública para que tengan asistencia médica sus trabajadores, y es así como surge una relación indirecta del médico con el paciente.

2.10 FINES DE LA RELACIÓN.

De la relación entre médico y paciente surgen también una serie de fines que van de acuerdo a sus necesidades, Arturo Ricardo Yungano, menciona una serie de fines como son: asistencia preventiva, asistencia para cumplir con un requisito legal, asistencia clínica, asistencia quirúrgica que puede ser de necesidad y estética.⁵³

En el primer tipo tenemos todos aquellos recursos a los que se acude para prevenir enfermedades, en el segundo tipo tenemos el caso de que necesitemos algún certificado médico, por ejemplo, como requisito para obtener algún empleo o para contraer matrimonio, en el tercer caso se trata de acudir a recibir atención especializada, en el supuesto de enfermedades más complicadas; el cuarto caso se da cuando es necesario que se realice una operación para dar fin o controlar un mal, y la última es simplemente para verse mejor.

2.11 NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACIÓN.

La relación que se establece entre el médico y el paciente se rige a través

⁵³ Yungano Arturo Ricardo. Op. Cit. Pág. 115.

de un contrato, del cual estableceremos de que tipo es y así tenemos que puede ser, según Arturo Ricardo Yungano un mandato, una locación de servicios, una locación de obra, un contrato innominado, un contrato variable o múltiple y finalmente propone un contrato de asistencia médica.⁵⁴

Por su parte Ricardo Luis Lorenzetti, habla de la teoría del mandato, la teoría de la locación de servicios, la teoría de la locación de obra, el contrato innominado y el contrato multiforme.⁵⁵

Ambos autores coinciden en las figuras jurídicas que tratan con la única diferencia de que mientras aquel habla de contratos el último habla de teorías y no así todas, ya que a los dos últimos los llama contrato innominado y contrato multiforme; otra diferencia sería que utilizan sinónimos pero que al final de cuentas expresan lo mismo, como lo hacen al hablar, uno de un contrato variable o múltiple y el otro un contrato multiforme, pero dejémonos de estas pequeñas observaciones y expliquemos los puntos de vista de cada uno de ellos.

En cuanto al mandato, el primer autor menciona citando a Acuña Anzorena que no puede ser un mandato debido a que el mandato puede ser gratuito u oneroso y la actividad intelectual que desarrolla un médico si se puede valorar económicamente, además al otorgar un mandato faculta al mandatario a realizar por cuenta del mandante uno o varios actos jurídicos, lo que no se ajusta a las necesidades del paciente ni con la actuación que el médico realiza.

El segundo autor señala también que no puede hablarse de mandato debido a que no hay representación ni mera ejecución en el acto celebrado entre el médico y el paciente, además aquél, no sólo celebra actos jurídicos sino también realiza actos materiales.

⁵⁴ Véase. *Ibidem*. Pág. 89 y ss

⁵⁵ Véase. Lorenzetti, Ricardo Luis. *Op. Cit.* Pág. 103 y ss.

Por nuestra parte consideramos que en nuestro sistema jurídico tampoco podría ser considerada a la relación médico paciente como un mandato ya que el mandato es un contrato por virtud del cual una persona llamada mandatario se obliga a hacer por cuenta de otra persona llamada mandante los actos jurídicos que ésta le encomiende, y nos adherimos a las ideas explicadas anteriormente, ya que si bien es cierto que el mandatario puede realizar algunos actos jurídicos por cuenta del mandante como sería el contratar a enfermeras o a anestelistas, el mandato es exclusivo para realizar actos jurídicos y no hechos materiales que es la actividad que realiza el médico, los actos que realiza el mandatario repercuten en la esfera jurídica del mandante, y en el paciente no sólo hay repercusión en su esfera jurídica sino también en su organismo.

Por lo que se refiere a la segunda figura jurídica que es la locación de servicios, esta es un "contrato por el cual una persona pone su actividad profesional a disposición de otra, trabajando bajo la dirección de ésta mediante una remuneración llamada salario".⁵⁶

El primer autor de los mencionados con anterioridad, dice que no puede tratarse de una locación de servicios debido a que el médico no promete un resultado, sino poner todo el cuidado requerido para erradicar el mal, otro aspecto es que en este tipo de contrato hay una subordinación del que presta el servicio a quien lo solicita, lo cual sería absurdo, que el médico dependiera de su paciente y más aún, que éste le diera indicaciones de cómo hacer las cosas, y en fin, existen otros elementos que no se ajustan a los que entran en juego en la relación médico paciente, en estas últimas reflexiones, también coincide el segundo autor de los citados.

Nosotros podemos mencionar que este tipo de contrato no existe en

⁵⁶ Capitant, Henri. Op. Cit. Pág. 356.

nuestro sistema legal, pero sería homólogo al contrato de trabajo.

Por lo que respecta a la locación de obra, en este contrato al igual que en el anterior, implica la necesidad de un resultado, ambos autores coinciden en señalar, como se ha dicho anteriormente, que el médico hace todo lo posible por lograr la curación, o sea, realizar una obligación de medios, pero jamás puede prometer un resultado, por lo tanto no puede establecerse que la relación entre el médico y el paciente sea una locación de obra, además el segundo autor hace ver que la locación de obra no es tan fácil de rescindir como el contrato médico en el que hay una libre rescindibilidad.

Este tipo de contrato tampoco se contempla en nuestro sistema legal y sería equiparable a una obligación de hacer, además de que en algunos casos el médico sí puede prometer un resultado.

Otro de los contratos que mencionan los autores es el contrato innominado del cual los dos, afirman que al no encuadrar la relación médico-paciente en ninguno de los supuestos anteriores, se estaría ante la presencia de un contrato innominado, o sea, un contrato que no está específicamente designado por la ley pero que sin embargo existe y produce efectos, sólo que, según Ricardo Luis Lorenzetti, este sería un recurso para evitar clasificaciones complicadas, pero nada explica ni decide, también dice que hay tipicidad si existen los elementos esenciales del contrato aunque no se encuadre con determinados elementos accesorios.⁵⁷

Con respecto a la última figura jurídica de las que habla Arturo Ricardo Yungano, que es el contrato variable o múltiple dice lo siguiente: "según este criterio se estaría en presencia de un contrato que, según los casos y de acuerdo

⁵⁷ Lorenzetti, Ricardo Luis. Op. Cit. Pag 75.

con el contenido de la prestación médica, podría configurar una locación de servicios o de obra; de ahí la nominación multiforme o proteiforme aunque en rigor sean pocas las posibilidades de variación".⁵⁸

Ricardo Luis Lorenzetti que habla también de un contrato multiforme dice: "dada la heterogeneidad de relaciones que emergen de la prestación de salud, no puede pensarse en una sola figura jurídica que sea onmicomprensiva..." "En algunos casos la relación puede revelarse como una locación de servicios, en otros como locación de obra, como contrato de trabajo, como mandato, o bien en supuestos excepcionales deberá intentarse la recurrencia a los principios generales del derecho".⁵⁹

Por las razones que han quedado anteriormente expuestas, no podemos decir que en ocasiones la relación médico-paciente puede tratarse de un tipo de contrato y otras veces en otro, ya que, como vimos, en algunos ni siquiera puede pensarse que encuadraría en la figura jurídica señalada, tampoco podríamos situarla dentro de los contratos innominados, porque en ocasiones se tiene que recurrir también a la analogía.

Finalmente, Arturo Ricardo Yungano propone al que denomina contrato de asistencia médica y al respecto dice que: "como en los últimos tiempos nuevas situaciones han determinado la necesidad de creación de nuevas figuras..." "también las relaciones que se generan entre el médico y el paciente, su origen o iniciación, su desarrollo, la intervención de otros elementos o sujetos..." "la apreciación de la culpa médica - como capítulo dentro de la culpa profesional y ésta dentro de la general -, la naturaleza y forma de la responsabilidad o de las respectivas obligaciones, han implicado la necesidad de una figura específica comprensiva de todos los elementos y matices y con una denominación acorde

⁵⁸ Yungano, Arturo Ricardo. Op. Cit. Pág. 94.

⁵⁹ Lorenzetti, Ricardo Luis. Op. Cit. Pág. 76.

con tal especificidad. Por estos motivos considero que la relación médico-paciente, en forma directa o a través de organismos intermedios implica la existencia de un contrato específico con matices propios y contenidos determinados que debe ser calificado como "contrato de asistencia médica".⁶⁰

También da las características de su contrato y dice que es *intuitu personae*, aunque a veces dada la urgencia, el paciente no escoge libremente a su médico; bilateral, porque las partes se obligan recíprocamente; oneroso o no, pero si es gratuito no exime de responsabilidad al médico, desde luego es civil; no esta sujeto a forma determinada, aunque en algunos casos se requiere autorización expresa; es conmutativo porque hay medio de curación y honorarios pero también puede ser aleatorio por el riesgo que existe en todo tratamiento; es consensual, salvo en algunos casos; es principal y trae aparejados ciertos contratos accesorios.⁶¹

Nosotros pensamos que la relación médico-paciente puede estar encuadrada sin ningún problema y con algunos casos de excepción, en el contrato de prestación de servicios profesionales, que es un contrato por medio del cual una persona que es el profesional se obliga a realizar un servicio de carácter técnico en beneficio de otra persona que recibe el nombre de cliente, a cambio de una retribución llamada honorario.

Este contrato esta situado dentro de los contratos de prestación de servicios, dichos servicios son técnicos y consisten en actos materiales que lleva a cabo el profesional actuando a nombre y por cuenta propios.

Es un contrato bilateral, porque engendra obligaciones para ambas partes; es oneroso y conmutativo porque hay prestaciones recíprocas las cuales son

⁶⁰ Yungano, Arturo Ricardo. Op. Cit. Pág. 96.

⁶¹ Idem.

perfectamente conocidas; es principal, porque existe por sí mismo; es consensual ya que la ley no exige una forma para su validez y es *intuitu personae*, porque se celebra atendiendo las características del profesional.

Por supuesto que la aseveración anterior es en un aspecto general, esto es, una regla genérica, pero como toda regla admite una excepción, ésta se dará cuando no existe un contrato de servicios profesionales sino que haya una manifestación unilateral de voluntad que puede darse por ejemplo cuando un médico abre un consultorio y hace una promoción de éste obligándose a no cobrar la consulta a un determinado número de pacientes, o bien, cuando por alguna circunstancia un amigo galeno se compromete a emplear las técnicas terapéuticas tendientes a mejorar la salud del otro.

2.12 DEBERES Y DERECHOS QUE SURGEN DE LA RELACIÓN.

Los deberes y derechos que surgen de la relación entre el médico y el paciente, son muy variados; se trata de deberes del médico que se traducen en derechos para el paciente, y deberes de éste que se traducen en derechos para aquel.

Entre los deberes del médico tenemos por ejemplo, la asistencia del paciente, la palabra asistencia proviene del latín *ad* y *assistere*, que significa pararse, detenerse para ayudar, socorrer, estar presente; es el principal y más importante de los actos médicos y consiste en hacer todo lo conducente a lograr la salud; es también una serie de actos tendientes a vigilarla.

El realizar un diagnóstico es otro de los deberes, y puede definirse como el resultado que se obtiene de examinar al paciente ya sea verbalmente o por

medios auxiliares como son los análisis clínicos, para saber el tipo de enfermedad y así dar un tratamiento, el cual también es un deber y tiene por objeto lograr o tratar de lograr la curación o mejoría del paciente, debe ser acorde con el enfermo y la enfermedad y estar reconocido científicamente, esto es, no se deben realizar experimentos. Se puede cambiar según se tengan o no resultados favorables.

Otro deber, es el hacer la historia clínica, que es un expediente que se hace, del paciente, para registrar en él todos sus datos personales, así como algunos otros datos trascendentales; también se registra el diagnóstico que se realiza, el pronóstico fundamentado y el tratamiento que se da, así como la evolución que va teniendo dicho paciente.

Un deber que hay que manejar con mucho cuidado es el informar, ya que consiste en decirle la paciente que clase de mal es el que tiene y cual va a ser el tratamiento a seguir. La información debe ser clara, sencilla, leal, entendible y sobre todo que sea de acuerdo con el estado de salud del paciente, ya que decirle, si es el caso, que tiene una enfermedad grave, podría empeorar su estado de salud, por eso se debe de manejar con mucha prudencia y en todo caso es mejor informarle a sus familiares directos.

El secreto médico es otro de los deberes que más que un deber es una obligación, ya que la violación al mismo constituye un delito sancionado por las leyes penales, y consiste en que el médico no revele lo que su paciente le ha confiado con motivo de su enfermedad, además de que, si hay la revelación y esta es injusta, causara un daño al paciente o sus familiares o ambos.

Al respecto Arturo Ricardo Yungano, establece: "el secreto médico además de ser uno de los deberes esenciales del profesional atañe a la relación de éste con el paciente en cuanto al aspecto de vínculo de fe con que se inicia y se desarrolla aquella relación, ya que mantener el secreto es un modo de

conservar la confianza del enfermo. Por último, el secreto podrá ser revelado cuando el paciente expresamente lo autorice, cuando ello sea en su beneficio y/o de sus familiares, o cuando la ley lo establezca".⁶²

Si el paciente pide que se le expida un certificado médico, este hecho libera al facultativo de mantener el secreto, ya que en el mencionado certificado se consignan diversos datos entre los que pueden estar los que son objeto de dicho secreto médico.

La enunciación de los deberes del médico no es una mención aislada y sin sentido, ya que la consecuencia de faltar o transgredir a alguno de ellos, es por supuesto incurrir en responsabilidad civil, penal o administrativa, dependiendo del deber que se incumpla.

Ahora bien, entre los deberes que tienen el paciente, tenemos uno que es muy importante: lealtad de información, que consiste en que el paciente informe fielmente, sinceramente, verídicamente al médico sobre los síntomas que presenta y que responda de la misma manera a todas las preguntas que le sean formuladas, para que de esta manera el galeno pueda hacer un pronóstico más exacto de la enfermedad. Si bien este es un deber del paciente, no se traduce en un derecho para el médico, ya que el dar una información errónea o sólo parcial, va en perjuicio del enfermo que es el que sufre las consecuencias, al no poder el médico dar un tratamiento adecuado o exacto.

Un deber más que tiene el paciente es el de seguir el tratamiento que el médico le ha dado, el cual debe de ser claro y preciso, si hay alguna instrucción que se pudiera prestar a confusión, el paciente no debe dudar en pedir las aclaraciones necesarias, y si el paciente no sigue al pie de la letra dicho

⁶² *Ibidem*. Pág. 112.

tratamiento sería una causa de exclusión de la responsabilidad que se le pudiera atribuir al médico.

Otro deber para con el galeno es, aunque no muy importante, el pago de honorarios, su monto se fijará de acuerdo a lo que establezcan las partes o según tenga su propio arancel el médico, o en fin, esta situación es tan variante y subjetiva que resulta impreciso determinarla.

2.13 ELEMENTOS DEL CONTRATO MÉDICO.

Como en todo acto jurídico, en el contrato que se establece en la relación médico-paciente, se requiere, para que exista, del consentimiento o voluntad y del objeto como veremos a continuación.

2.13.1 SUJETOS.

Los sujetos de la relación contractual a la que nos estamos refiriendo son dos, por un lado el galeno, quien debe de reunir las cualidades tecnico-morales y por el otro tenemos al paciente, y son sólo estos dos sujetos los que integran esta relación, aun cuando en apariencia pudiera creerse que en ciertos casos existen más sujetos, como por ejemplo cuando una persona está impedida para dar su consentimiento por no estar en pleno uso de sus facultades mentales bien temporal o permanentemente, pero si analizamos tal situación, nos podemos percatar de que el que otorga el consentimiento lo hace como gestor de negocios.

2.13.2 CONSENTIMIENTO.

El consentimiento es la manifestación de la voluntad de una persona para ponerse de acuerdo con otra, en la realización de un acto jurídico. La voluntad de

las personas es uno de los elementos esenciales para que exista el mencionado acto jurídico, por lo tanto, la falta de este traería como consecuencia la inexistencia de dicho acto jurídico.

La voluntad humana esta regida por un principio llamado precisamente "autonomía de la voluntad", según el cual las partes que celebran un acto jurídico pueden hacerlo a su plena libertad, gusto y antojo; elegirán a su arbitrio su contenido, claro, con la única restricción de que esa voluntad no afecte a los derechos de terceros y no vaya en contra del orden público o las buenas costumbres.

El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos y será tácito cuando resulte de hechos o de actos que lo presupongan.

Con respecto al consentimiento pueden surgir una serie de situaciones, ya que como dijimos anteriormente, hay ocasiones en que el presunto paciente no lo puede dar. Por ejemplo, si el paciente es menor de edad, debe darlo su representante legal como son: su padre, madre, tutor, parientes próximos.

Otro ejemplo lo tenemos cuando el paciente se ha accidentado y no puede externar su voluntad por estar privado de razón, por lo tanto dicho consentimiento lo dará su representante, sus familiares o la persona autorizada para ello.

Si se diera el caso de que no estuvieran presentes ninguna de las personas mencionadas anteriormente y la urgencia de prestar asistencia médica sea tal, que no admita dilación alguna, entonces el galeno debe de actuar por el deber de prestar asistencia, encuadrándose tal situación en una gestión de

negocios.⁶³

Hay ocasiones en que el consentimiento es irrelevante por existir un interés general o estar comprendido el orden público, como por ejemplo una epidemia o cualquier otro hecho que altere la salud de la población, en tal virtud estaremos en presencia de uno de los supuestos del artículo 29 Constitucional y por tanto abra una suspensión de garantías individuales.

2.13.3 OBJETO.

El objeto en general consiste en la producción de consecuencias de derecho, en realizar la prestación debida o entregar la cosa. Atento a lo anterior el objeto puede ser directo, crear y transferir derechos y obligaciones; indirecto, dar hacer o no hacer; también el objeto puede ser la entrega de la cosa que es materia del contrato.

Según Arturo Ricardo Yungano, "el objeto de la relación médico paciente está dado por la recuperación - o la conservación - de la salud integral del segundo, y en ello la medicina como ciencia está ligada al arte de curar...". "La salud del paciente aparece, entonces, como el gran objeto de la vinculación..."⁶⁴

Entonces, el objeto en la relación médico paciente consiste en que el médico haga todo lo conducente para lograr la curación de su paciente; un enfermo acude a un médico sin otro propósito más que el de saber cual es el mal que le aqueja y que le de un tratamiento para poder erradicarlo o mitigarlo, entonces el médico realizará dos conductas: una, comprometerse, en la medida de sus posibilidades, a lograr la curación; y otra, aplicar toda su capacidad técnica

⁶³ Fernández Costales, Javier. Responsabilidad civil médica y hospitalaria. 1ª Edición. Edilex, S.A. Madrid, 1987. Pág 91.

⁶⁴ Yungano, Arturo Ricardo. Op. Cit. Pág. 106

y humana para lograrla.

El objeto o fin de los contratos en general debe de reunir las siguientes cualidades:

- 1°.- Tal objeto debe existir en la naturaleza;
- 2°.- Ser determinado y determinable en cuanto a su especie, y
- 3°.- Debe de estar en el comercio.

Asimismo, tal objeto debe ser posible y además lícito

En el caso que nos ocupa y para que quede más claro, el objeto del contrato consiste en que el galeno se comprometa a ejecutar la terapéutica y a utilizar las sustancias y medios idóneos para obtener un mejoramiento en la salud de su contraparte, así tenemos que dicha actividad de servicio médico existe en la naturaleza, además de que también es determinable, como también se encuentra dentro del comercio, es lícito y posible.

Será lícito siempre y cuando no sea contrario a la ley o a las buenas costumbres, en tal virtud podemos deducir que la eutanasia (ayudar al bien morir) no puede ser objeto de un contrato de servicios médicos ya que la ley prohíbe el homicidio en cualquiera de sus formas, aún cuando en una opinión meramente subjetiva consideramos que en algunos casos debiera la ley autorizarla.

2.13.4 FORMA.

La forma, es el modo, manera, estilo en que se plasma, en que se realiza, en que se hace, en que se efectúa un acto jurídico de acuerdo a lo establecido en la ley.

La mayoría de las veces, cuando acudimos a consulta, no firmamos con el facultativo un documento en donde se establezcan los derechos y obligaciones de cada uno de nosotros, sino que, decimos los problemas o molestias que tenemos y nos dan un tratamiento adecuado o no.

Pero habrá casos en que por la gravedad de la enfermedad, se requiera más que un simple tratamiento, por ejemplo, una intervención quirúrgica, es entonces, cuando si se requiere de un documento escrito en el cual se otorgue el consentimiento; documento que no requiere de un formalismo específico más que los requeridos para la elaboración de los contratos y los que exige la naturaleza y tipo de la relación, como veremos más adelante.

2.13.5 EXTINCIÓN DEL CONTRATO.

Hay reglas generales que se aplican a la extinción de los contratos y estas mismas son aplicables a este contrato.

La forma natural de terminarlo es cumpliendo con el mismo; por un lado el médico debe hacer lo necesario para lograr la curación; por el otro, el paciente debe pagar los honorarios pactados; entonces, lograda la curación y cubiertos los honorarios la relación queda extinguida.

Otras formas de terminar con la relación, son: por muerte ya sea, del médico o del paciente; por estado de interdicción del profesional; por estar afectado de nulidad; por rescisión o resolución, o por la imposibilidad legal de realizar la prestación, aunque en esta última podríamos pensar que ni siquiera surge la relación.

2.14 RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.

Haciendo un poco de historia acerca de este tema vemos que es muy antiguo, ya que se encuentra regulado en el Código de Hammurabi, artículos 217 y 218, porque premiaba con plata a los médicos que salvaran la vida o el ojo del hombre herido, pero también, lo condenaba a muerte o la amputación de la mano si no atendía al hombre con la prudencia y cuidado necesarios.

"En Egipto y Grecia se formaron colegios secretos y actuando conforme con las reglas y fórmulas admitidas, no se incurría en responsabilidad cualquiera que fuera la suerte del enfermo; ello no era así si se apartaba de aquellas reglas, pudiendo el médico ser castigado con severas penas, aún la de muerte....". "En Atenas estaban expresamente prohibidos el aborto y la castración; abusar de la debilidad de las mujeres, y se sancionaba la violación del secreto, hasta que, con la escuela de Cos-Hipócrates- la medicina griega apoyada sobre un criterio racional y natural alcanzan su mayor apogeo."⁶⁵

En el derecho romano no existe la responsabilidad civil como tal pero existía la responsabilidad consistente desde una afectación al patrimonio hasta una pérdida de personalidad, es decir que el infractor podía perder la calidad de persona.

En el antiguo Derecho Español en la Partida VII, Título VIII, Ley VI, se castigaba con el destierro por cinco años en alguna isla, al médico que actuara con gran culpa o hiciera lo que no sabía verdaderamente; y se castigaba con pena de muerte al médico que maliciosamente tratara de curar algo de lo cual no tuviera conocimiento. En la Partida VII, Título XV, Ley IX se castigaba al cirujano que provocaba la muerte del siervo o bestia, con el resarcimiento de los daños al propietario, o si los desamparaba, recibía la pena que impusiera el juzgador.⁶⁶

⁶⁵ Ibidem. Pág. 29

⁶⁶ Fernández Costales, Javier. Op. Cit. Pág. 72.

En Francia en el siglo pasado, hubo dos casos los cuales sirvieron para empezar a valorar el juzgamiento en la responsabilidad civil médica. El primero de ellos fue cuando un médico que atendió un parto distócico, amputó ambos brazos del todavía no nacido cuando estos se presentaron, sin haber intentado alguna maniobra obstétrica, una vez denunciado, se le condenó a pagar una indemnización vitalicia al menor. El segundo caso surgió, cuando el médico que trato de detener una hemorragia no lo hizo adecuadamente y el paciente empeoró, negándose posteriormente a atenderlo. Debido a esto, fue necesaria la amputación del brazo del paciente, se le demandó y lo condenaron a pagar una indemnización vitalicia por haber actuado con negligencia, imprudencia, impericia grosera e inexcusable.⁶⁷

Cabe aclarar que los hechos antes mencionados fueron aislados y que no tuvieron mucha repercusión en el ámbito jurídico mundial, además los médicos siguieron gozando de cierta solapación por parte de la sociedad y del orden jurídico y no es hasta últimas fechas en que se ha cuestionado el actuar de los galenos.

El tema de la responsabilidad civil del médico a tenido mucho auge en la actualidad, debido a los avances científicos y a la necesidad cada vez mayor, de reparar los daños causados, ya que como ha puesto de relieve Javier Fernández Costales "como un hecho social básico, la necesidad de la regulación legal de la asistencia médica y hospitalaria, pues la medicina de hoy en día tiene una trascendencia social sin precedentes, de la que se deriva una estrecha conexión con el Derecho..." "Fundamentalmente se deriva del progreso de la ciencia médica...". "y de las propias funciones de la responsabilidad civil en la concepción contemporánea de la misma: la prevención de los comportamientos antisociales, la indemnización de las víctimas, la dispersión de la carga de los daños y,

⁶⁷ Véase Yungano, Arturo Ricardo. Op. Cit. Págs. 30-31

fundamentalmente, ser garantía de los derechos de los ciudadanos".⁶⁸

Continúa diciendo este autor, que por medio de la responsabilidad, se garantiza a las personas la posibilidad de la reparación del daño o perjuicio causado por motivo de una persona, dando de esta manera cierto ambiente de seguridad con lo que se logra cierta equidad y "una justicia social e individual, constituyendo la responsabilidad una de la piedras angulares del sistema jurídico".⁶⁹

"La responsabilidad legal esta constituida por la necesidad jurídica y social de que todo médico responda ante las autoridades humanas, competentes y legalmente constituidas de los perjuicios causados por los daños cometidos con sus actos voluntarios o involuntarios en el ejercicio de su arte, ciencia, oficio y profesión contra las reglas legalmente establecidas."⁷⁰

Como podemos observar, existe la necesidad cada vez mayor de que se indemnice a las personas que resienten los daños causados por el médico en el ejercicio de sus funciones, sea con culpa o no, e independientemente de que constituya un delito; el daño debe ser reparado porque así lo exige la comunidad y mucho más las personas afectadas, para que exista la equidad que tanta falta nos hace.

El médico debe de actuar con la estricta técnica que demanda su profesión, ya que su actividad esta específicamente regulada por la misma, la medicina impone al profesional que la ejerce, el deber de actuar con especial diligencia sobre sus reglas mismas, ya que si las ignora o las desacata incurriría en responsabilidad.⁷¹

⁶⁸ Fenández Costales, Javier. Op. Cit. Pág. 71.

⁶⁹ Vease. Ibidem. Pág. 73.

⁷⁰ Ibidem. Pág. 79.

⁷¹ Véase. Ibidem. Pág. 81.

Arturo Ricardo Yungano dice: "como toda persona, el médico está sujeto a la obligación de responder por los daños que ocasione a terceros..." "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".⁷²

Se define a la "responsabilidad profesional de los médicos, como la condición fundamental para el ejercicio de su actividad, cuya incorrecta aplicación, lo colocara en la obligación de responder ante la justicia por el correspondiente reproche que esta le formule".⁷³

Arturo Ricardo Yungano explica que alrededor de la responsabilidad profesional del médico existen adversarios acerca de su aceptación, y sus aseveraciones son las siguientes: "señalan que si se obra de buena fe no se 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. Otros basan su posición en la premisa de que el título académico confiere la idoneidad necesaria y suficiente a quien lo posee y expresan su preocupación acerca del peligro que entraña la intervención judicial, al ser los actos médicos juzgados por legos en la materia. Hay quienes se definen opositores por interpretar que el progreso científico y el prestigio de la medicina se ven gravemente afectados, dado que ante la amenaza de un juicio, los profesionales se limitarán sólo a prácticas ya consagradas y rutinarias, con el consecuente perjuicio para los enfermos."⁷⁴

Como podemos observar, en todos los casos se trata de justificar la existencia de responsabilidad por parte del médico, nosotros pensamos que ninguna de las posturas antes mencionadas es correcta, ya que el tratar de

⁷² Yungano, Ricardo Arturo. Op. Cit. Pág. 269.

⁷³ Riú, Jorge Alberto. Op. Cit. Pág. 18.

⁷⁴ Yungano, Ricardo Arturo. Op. Cit. Pág. 270.

justificar a la responsabilidad quiere decir no incurrir en esta, lo que se traduciría en una situación excluyente de responsabilidad y por tanto en una no indemnización a la víctima, lo que sería injusto para ella.

"El ser médico no otorga privilegios y cuando, por no prevenir lo previsible, por no cumplir las reglas de la profesión, por omitir o descuidar por actuar con falta de tino, cayendo en el exceso o en la temeridad, se ocasione un daño al paciente, se debe rendir cuentas acerca del mismo".⁷⁵

Creemos que, el párrafo anterior dice todo por sí solo, y como seres humanos que somos, estamos expuestos a cometer equivocaciones, que en algunos casos resultan muy caras, pero que sea cual fuere el motivo que la causó, en el caso de la profesión médica, se debe reparar el daño resultante de ese desatino.

Ahora bien, expondremos las ideas de Javier Fernández Costales acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica, primero diremos que, la naturaleza jurídica es el conjunto de características que permiten identificar entre las diversas figuras o instituciones jurídicas, cual es la que más se asemeja a la que estamos comparando, o también, es la razón de ser de una figura jurídica.

El autor que citamos habla de una responsabilidad contractual o extracontractual, y como sabemos, la responsabilidad contractual surge de la violación a las disposiciones contenidas en un contrato y la extracontractual es aquella que surge fuera de un contrato, o cuando no existe tal, por la violación a lo establecido en una norma de derecho, o si el perjudicado es un tercero, o bien el contrato es contrario a derecho, o también, si no existe consentimiento del

⁷⁵ Ibidem. Pág.

paciente, y después habla de una responsabilidad obligacional o extraobligacional, ya que el médico entabla con sus pacientes relaciones jurídicas obligatorias por existir un acuerdo de voluntades.⁷⁶

Como podemos observar, esta otra clasificación de responsabilidad obligacional o extraobligacional es exactamente lo mismo que la contractual o extracontractual, ya que el contrato es la principal fuente generadora de obligaciones.

Existe la posibilidad de que estos dos tipos de responsabilidades se acumulen, "ya que el médico, como cualquier otro profesional, además de cumplir las obligaciones derivadas de contrato, ha de observar la obligación genérica de no dañar a otro".⁷⁷

Visto lo anterior, entraremos ahora a estudiar la estructura de la responsabilidad civil médica.

2.15 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA GENERADA POR UN HECHO ILÍCITO.

Una vez que se ha establecido la relación médico paciente ya sea de manera contractual o extracontractual, puede configurarse la responsabilidad civil cuando, concurren los siguientes elementos:

Uno, el acto médico consistente en una acción u omisión;

Dos, un daño ocasionado como consecuencia de ese acto;

⁷⁶ Fernández Costales, Javier. Op. Cit. Pág. 87 y ss.

⁷⁷ Fernández Costales, pág. 94.

Tres, que exista una relación de causalidad entre el acto médico y el daño producido;

Cuatro, que ese acto médico sea contrario a derecho, es decir, que contravenga alguna disposición tanto civil, penal o administrativa, y;

Cinco, que ese acto médico dañoso y antijurídico sea culpable, es decir, que exista culpa al actuar en sus diferentes tipos.

2.15.1 EL ACTO MÉDICO.

El acto médico puede darse en dos formas: como una acción en estricto sentido o como una omisión, esto es, que puede manifestarse mediante actuares positivos o negativos.

El acto médico en estricto sentido, es todo hecho realizado por los profesionales médicos cuando ese hecho es voluntario y capaz de modificar el mundo exterior, al hablar del mundo exterior nos referimos a que puede modificar la salud de sus pacientes, o también, lo podemos entender como el movimiento corporal que se proyecta hacia, como ya lo dijimos, el mundo exterior y por esto determina una variación en el cuerpo o en la salud de su paciente.

La omisión consiste en un abstenerse de obrar, en dejar de hacer lo que se debe de realizar, podemos aclarar que la omisión es la forma negativa de la acción o del acto médico, la omisión debemos considerarla o entenderla como aquella abstención que realiza el galeno cuando este debe de ejecutar una acción y no la ejecuta, repercutiendo dicha abstención en la salud de su paciente.

2.15.2 EL DAÑO MÉDICO.

En materia penal se habla de una conducta típica, esto es que dicha conducta se encuadre perfectamente al precepto normativo, cosa que en materia civil no se da, sin embargo podemos hacer una comparación y decir que debe existir una conducta dañosa para poder estudiar los siguientes elementos de la responsabilidad civil por hecho ilícito, ya que si no existe un daño no puede existir siquiera la responsabilidad porque el objeto de la responsabilidad es precisamente la indemnización y no habiendo daño no existe la obligación de indemnizar.

Por lo tanto es importante señalar que el daño es, sin miedo a equivocarnos, el elemento más importante, ya que si no existe, no es posible entrar al estudio de los demás elementos constitutivos de la responsabilidad civil médica y en general de cualquier otro tipo de responsabilidad civil, es decir, una vez que existe el daño, se revisará si existió antijuridicidad y culpa.

Para iniciar el estudio del segundo elemento de la responsabilidad civil a consecuencia de un hecho ilícito debemos considerar al daño en sentido amplio, pues bien, debemos preguntarnos ¿Qué es lo que puede ser dañado? a lo que responderíamos, de los atributos de la personalidad sólo puede ser dañado el patrimonio, en virtud de que los mencionados atributos son: capacidad, nombre, domicilio, estado civil y patrimonio, y por tanto lo único que se daña es el patrimonio.

De la anterior puntualización deducimos que sólo existe en las personas el daño patrimonial, esto es, que el daño se puede dar en los elementos integrantes del patrimonio los cuales son: bienes, derechos, obligaciones y cargas.

Como podemos observar pueden existir daños en los bienes y en los derechos solamente, por lo tanto podemos afirmar que existen dos tipos de daños: en los bienes y en los derechos, ambos por supuesto son daños patrimoniales.

La doctrina en general sostiene que existen otros tipos de daño, por ejemplo, Manuel Bejarano Sánchez al definir al daño señala que es: "la pérdida o menoscabo sufrido por una persona en su patrimonio, en su integridad física, o en sus sentimientos o afecciones por un hecho ilícito culpable o por un riesgo creado".⁷⁸

Con el debido respeto consideramos que el mencionado autor esta equivocado ya que el patrimonio está conformado como lo hemos mencionado por un cúmulo de elementos entre los que están los bienes y los derechos, y sostenemos que las partes integrantes del cuerpo humano (integridad física) son bienes que integran el patrimonio de una persona independientemente de que estén o no en el comercio, así como también son partes del patrimonio, por ejemplo, los sentimientos y afecciones, mismos que pueden ser considerados como derechos (libertad de pensamiento).

Coincidimos con que un daño sea la pérdida o menoscabo sufrido por una persona en su patrimonio pero también debemos aclarar que el patrimonio lo podemos entender tanto en sentido amplio, que es al que nos referimos anteriormente, como en un sentido estricto, pues bien, en un sentido estricto consideramos que es un menoscabo en la economía de la persona, entonces podemos llamarlo un daño económico y así etiquetar cualquier parte de nuestro patrimonio como un daño específico, por ejemplo, si lo sufrimos en nuestros sentimientos u honra podemos hablar de un daño moral.

Debemos puntualizar que el daño médico en sentido amplio es aquel menoscabo que nos provoca un acto médico en nuestro patrimonio y de ese daño podemos diferenciar al daño en estricto sentido que repercute directamente sobre el bien o el derecho de la persona, y por otro lado tenemos al perjuicio que es

⁷⁸ Bejarano Sánchez Manuel. Op. Cit. Pág. 246.

toda ganancia lícita que no se ha obtenido, y en términos meramente ilustrativos mencionaremos que aquel acto médico que daña un bien corporal como puede ser cualquier órgano, nos puede impedir de realizar nuestras actividades como sería por ejemplo el trabajo por el cual se nos retribuía una suma de dinero, en el supuesto anterior, el daño lo es la pérdida o menoscabo de la función del órgano dañado y el perjuicio será precisamente lo que no pudimos obtener por estar impedidos para trabajar, y por tanto la indemnización correspondiente se hará evaluando por un lado el daño en estricto sentido con la Ley Federal del Trabajo y el perjuicio se calculará de acuerdo a lo que el paciente no pudo ganar.

Con respecto al daño moral podemos decir que es toda aquella afectación o menoscabo que sufre una persona en sus derechos como son: sentimientos, afecciones u honra y afirmamos que este daño que se sufre tanto en los sentimientos, afecciones u honra nos daña nuestro patrimonio en su elemento de derechos.

2.15.3 LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

La relación de causalidad o el nexo causal consiste en determinar si el daño producido en el cuerpo humano del paciente, es consecuencia o no del acto médico para así poder señalarlo como responsable.

En términos generales el nexo causal lo podemos entender como la relación o nexo que se da entre el elemento conducta médica y una consecuencia de la misma que es el daño médico, es decir, que debe comprobarse que el daño médico es o fue producido por una conducta realizada por el médico.

Omaria Zurita menciona que hay una dualidad de la relación de causalidad, debido a que primero se necesita la relación causal entre la conducta del agente y el incumplimiento de la obligación, siendo este el resultado de aquel y

en segundo lugar se necesita una relación causal entre el incumplimiento de la obligación y el daño, esto es, el daño debe ser la consecuencia del incumplimiento de la obligación, o sea, el acto del médico debe resultar en el incumplimiento de la obligación y este incumplimiento debe de tener como consecuencia un daño.⁷⁹

Consideramos que lo anteriormente anotado no es adecuado, en virtud de que en este elemento no estudiamos a la juridicidad de la conducta sino solamente la relación entre causa y efecto.

Para Javier Fernández Costales, existe un principio que dice "quien es causa de la causa es causa del mal causado"⁸⁰, queriendo decir que aquel que voluntariamente causa un hecho responde de los daños y perjuicios que pudieran resultar con su actuar, pero además de causar ese hecho, debe ser atribuible moralmente a su autor. Lo que interesa no es tanto la causa del daño sino el motivo suficiente para su imputación, una base jurídica por medio de la cual se tenga el sustento de atribución a un sujeto determinado, además de los otros dos elementos que son la antijuridicidad y la culpabilidad.

Habrán ocasiones, en que la determinación del nexo causal sea difícil de establecer debido a la evolución que va teniendo la enfermedad, puesto que, precisamente el acto médico pretende romper la evolución natural de dicha enfermedad y a veces no lo logra por las características de la misma.

Por último, debemos mencionar que para que el daño se pueda reparar no tienen que existir circunstancias que rompan con el nexo causal como podría ser la vis absoluta.

⁷⁹ Zurita Omara. La responsabilidad Civil del Médico en Ejercicio Liberal de la Profesión. Revista de Derecho Privado. Año 6. No. Único. Enero-Diciembre, 1989. Venezuela. Pág. 139

⁸⁰ Fernández Costales, Javier. Op. Cit. Pág. 154

2.15.4 LA ANTIJURIDICIDAD.

No basta que una conducta sea dañosa para considerar al galeno como responsable de un hecho ilícito, sino que además se requiere en cada caso, verificar si la conducta médica examinada además de cumplir con el requisito de dañar, constituye una violación del derecho, entendiéndolo en su totalidad como un organismo unitario. Nos referimos al derecho en su sentido unitario como aquel sistema de normas que se interrelacionan unas con otras como por ejemplo el derecho civil con el penal, el penal con el laboral y demás relaciones existentes.

La antijuridicidad, es, lo contrario a derecho, lo que esta en contra de lo establecido por las normas jurídicas, lo antijurídico surge cuando se infringe lo pactado en un contrato, o se viola un deber, o se transgrede lo que ordena una norma.

Si el facultativo debe de actuar y no actúa esa conducta es antijurídica y por el contrario, si debe de abstenerse y actúa, esa conducta también es antijurídica. Pero la antijuridicidad no sólo surge por la violación a las normas establecidas por el Estado, sino también por la violación a lo pactado entre las partes, es decir, si se estableció un contrato entre el médico y paciente y el médico quebranta lo estipulado en él, esta cometiendo un acto antijurídico.

El derecho protege bienes que tiene el ser humano y que se consideran de alto nivel, como son por ejemplo, la vida, la salud, la integridad corporal, el derecho también autoriza al médico a ejercer su profesión dentro de ciertos límites dentro de los cuales se desarrolla, y en general el facultativo tiene la voluntad de curar a la persona que le solicite sus servicios, no de dañarla, por lo tanto como esa conducta esta como ya dijimos establecida por las normas, si causa una lesión o cualquier otro tipo de mal, no podría ser considerado como antijurídico, ya que, como lo hemos repetido, no se esta actuando en contravención a lo

mandado por el derecho.

En términos generales existen excluyentes de la antijuridicidad mejor conocidas como causas de justificación las cuales la doctrina a enumerado de la siguiente manera:

- A) Legítima defensa.
- B) Estado de necesidad.
- C) Cumplimiento de un deber.
- D) Ejercicio de un derecho.
- E) Obediencia jerárquica.
- F) Impedimento legítimo.

Pero en términos de este trabajo, es decir, de responsabilidad civil médica, sólo podemos hablar como causas de justificación, del estado de necesidad, de la obediencia jerárquica y en situaciones muy especiales del impedimento legítimo.

Del estado de necesidad podemos afirmar que cuando existe una conducta dañosa pero esta conducta está encausada a salvar un bien de mayor valor, dicha conducta no es antijurídica.

Por lo que hace a la obediencia jerárquica, podemos señalar que el galeno que ejecuta una orden de su superior jerárquico no será responsable de su conducta, y el superior jerárquico se subrogara como responsable.

En cuanto al impedimento legítimo, sólo se dará como dijimos, en casos extremos y cuando la conducta sea negativa, es decir, que se abstenga de realizar el galeno una conducta de la cual tiene obligación de llevar a cabo, pero que de alguna manera este impedido para ello, por habersele suspendido el

ejercicio profesional.

2.15.5 LA CULPA MÉDICA.

Al hablar de la culpa generalmente debemos hacerlo también de la imputabilidad, esto es, que el agente en este caso el médico, tenga la capacidad de querer y entender, que no se da en los supuestos que señala el artículo 450 del Código Civil, ya que como sabemos, para poder conseguir un título profesional, se necesita estar apto mentalmente, es decir, que se tenga la capacidad natural y consecuentemente se debe de estar apto legalmente, o sea, que tenga la mayoría de edad, supuesto que en el galeno también se cubre en virtud de que por el número de años que se requieren de estudio cuando se termina con los objetivos académicos se tiene una edad superior a los dieciocho años. Por tanto los galenos en términos generales, son personas imputables y de la misma manera, son capaces de responder por sus actos.

Una vez que hemos hecho referencia a la imputabilidad y la relación que existe entre esta y los médicos, podemos empezar a dar un concepto de la culpabilidad médica y esta consiste en: el nexa intelectual y emocional que liga al facultativo con su acto médico dañoso y antijurídico, cabe mencionar que la conceptualización anterior esta hecha en un sentido amplio y no estricto, en virtud de que la culpabilidad o culpa médica reviste dos formas: una el dolo y otra la culpa en estricto sentido.

Por lo que hace al dolo, este consiste en la voluntad consciente y dirigida a la ejecución del acto médico dañoso y antijurídico, también se puede entender como la producción de una conducta dañosa y antijurídica con la consciencia de que se quebranta un deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de la relación causal que se da entre la manifestación humana del médico y el cambio en el mundo exterior, es decir, en la integridad física del

paciente, con la voluntad de realizarla y con el resultado que se quiere o se ratifica.

El dolo tiene varios elementos como lo son por un lado el elemento ético y por el otro el volitivo o emocional. El elemento ético se refiere a que el agente, en este caso el médico está consciente de que quebrantó un deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad que tiene el profesional facultativo de realizar el acto.

Como un comentario adicional manifestamos que cuando se efectúa una conducta dañosa antijurídica y dolosa, se debe de indemnizar a la víctima en las condiciones que más adelante habremos de señalar.

Como ya hemos aclarado, existen culpa *latu sensu* y *strictu sensu*, es pues el momento de abordar la segunda. Consideramos que existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso y previsible y podemos entenderla como acabamos de decir, cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida y de esta manera dicha acción viola las normas establecidas, ya en la ley o en los contratos, la forma de saber si existe culpa o no se obtiene haciendo un juicio de reproche al autor del acto en este caso el profesional médico por no haber acatado las disposiciones establecidas en los ordenamientos legales, podemos ejemplificarlo de la siguiente manera: Cuando un profesional médico hace una intervención quirúrgica sin tener los conocimientos que todo perito en la materia posee, incurre en culpa por el hecho de que no obra de acuerdo con lo establecido, que en este caso es tener los conocimientos necesarios para ejercer una acción de tal magnitud y ocasionar un daño, en este supuesto existe una conducta dañosa antijurídica y culposa por la que el galeno es responsable civilmente, independientemente de cualquier otra responsabilidad que pudiera tener.

No coincidimos con la clasificación que hace la doctrina al referirse a que existen varios tipos de culpa y la ordena de acuerdo a su gravedad diciendo que hay culpa levisima, leve y grave.

Consideramos que independiente o dependientemente de la gravedad de la culpa en sentido estricto, el profesional médico debe responder por su mal actuar. Otra clasificación que hace la doctrina sobre la culpa es la que manifiesta que existen tres tipos a saber, que son: a) imprudencia, b) negligencia, y c) impericia. En estos tres supuestos se incumple un deber de cuidado, esto es, que no se acatan todas las disposiciones establecidas que para el caso se requieren. Podemos clasificar a la culpa, si a caso, en culpa de acción y culpa de omisión, en la primera tenemos a la impericia e imprudencia, en virtud de que en la impericia se actúa sin tener los conocimientos necesarios, es decir, se actúa con ignorancia, en la imprudencia se ejecutan acciones en donde el resultado es previsible pero el agente tiene la esperanza de que dicho resultado dañoso no se de. Por lo que hace a la negligencia, esta es un no actuar aún cuando se tengan los conocimientos para hacerlo y las posibilidades de realizarlo, sin embargo, teniendo estas características, el galeno no las realiza.

Creemos que es ocioso el investigar el grado de la culpa en virtud de que la reparación del daño o indemnización, no tendrá como parámetro el grado de la culpa sino que lo será la magnitud del daño causado.

Con lo anterior damos por terminado el capítulo sobre la culpa médica.

2.16 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA GENERADA POR RESPONSABILIDAD OBJETIVA O POR RIESGO CREADO.

En la actualidad no sólo hay responsabilidad subjetiva por consecuencia de algún hecho ilícito en virtud de que no sólo nuestra legislación la reglamenta o regula, sino que también contempla a la responsabilidad objetiva, ya que existen otras que la regulan como por ejemplo, la Argentina, la Española, la Norteamericana así como en los países de la Comunidad Económica Europea.

Para poder ejemplificar a la responsabilidad objetiva, mencionaremos el siguiente razonamiento: Si una persona es expuesta a radiaciones, éstas destruyen los tejidos celulares, y la intensidad de dichas radiaciones se le aplicará de acuerdo a la gravedad de la enfermedad del paciente, pero si el aparato por cualquier circunstancia falla al regularle la intensidad de las mencionadas radiaciones y con esto se ocasiona un daño, el responsable por los daños producidos a consecuencia del uso del aparato (cosa) lo será el galeno que esté a cargo o bien el laboratorio que practica dichas intervenciones, por lo tanto podemos afirmar que si existe responsabilidad objetiva por parte del médico cuando éste emplea aparatos de riesgo o bien sustancias que pueden producir un daño, independientemente de que haya o no negligencia o impericia por parte del facultativo, porque si no estaríamos en presencia de un hecho ilícito.

Como hemos señalado anteriormente, consideramos a la responsabilidad objetiva o por riesgo creado como la obligación que impone el derecho, de reparar el daño y el perjuicio causado, para aquel que usa objetos o mecanismos peligrosos en si mismos. Siempre y cuando la conducta descrita sea lícita, porque de no serlo estaríamos nuevamente en presencia de un hecho ilícito.

Del concepto anterior podemos deducir que existen los siguientes elementos:

- 1.-El uso de objeto peligroso en si mismo.

- 2.-Un siniestro.
- 3.-Un daño a un tercero.
- 4.-La licitud del uso del objeto peligroso.

Para el caso que nos ocupa la responsabilidad civil del médico que nace por un riesgo creado, se puede conceptualizar de la siguiente manera:

Es la obligación que tiene el galeno de reparar el daño causado a su paciente por el uso de objeto peligroso en si mismo en su obrar lícito.

2.16.1 EL USO DE OBJETO PELIGROSO EN SI MISMO.

Como es de todos sabido los médicos para realizar diagnósticos precisos se auxilian de objetos peligrosos como son por ejemplo los rayos X, también para la terapéutica se auxilia de aparatos peligrosos como podrían ser, medicina nuclear, rayos Lasser y demás instrumentos que por la ignorancia técnica no podemos mencionar con más detalle. Obviamente el uso de los objetos mencionados con anterioridad es lícito, pero innegablemente el usarlos trae como consecuencia un riesgo latente y constante, ya que si se da un siniestro puede ocasionar daños en los pacientes, pero el solo hecho de usar tales objetos no es motivo para causar algún daño, por tanto se necesitan de otros elementos para poder fincar alguna responsabilidad, elementos que a continuación abordaremos.

2.16.2 UN SINIESTRO.

Puede que el profesional médico al auxiliarse de un objeto de las características ya mencionadas, sufra un siniestro, entendiéndolo a este como la eventualidad dañosa que genera una obligación para el galeno de resarcimiento hacia su paciente, dicho de otra manera podríamos calificarlo como la

eventualidad materializada por el uso de algún objeto peligroso.

Como el primer elemento de la responsabilidad objetiva lo es la creación de un riesgo, el segundo presupuesto lo es el siniestro, lo anterior lo podemos entender como la responsabilidad que surge de la eventualidad materializada del riesgo creado por el galeno, un ejemplo lo tenemos cuando, por ejemplo, el facultativo hace uso del electroshock, es obvio que el flujo eléctrico de este aparato es muy alto y que puede producir daños por la corriente eléctrica que genera, o por alguna explosión que pueda sufrir.

2.16.3 UN DAÑO A UN TERCERO.

Cuando por el empleo de un objeto peligroso ocurre un siniestro y causa un daño, este debe de preferirse a un tercero porque si dicho daño se ocasiona en el patrimonio del creador del riesgo, no dará causa a una responsabilidad civil.

Por lo que hace al daño, debemos remitirnos al apartado relativo, señalado anteriormente, ya que sigue los mismos principios.

2.16.4 LA LICITUD DEL USO DEL OBJETO PELIGROSO.

La licitud es el último de los elementos de la responsabilidad civil por riesgo creado y lo es porque si se usa ilícitamente un objeto peligroso, estaremos no en presencia del riesgo creado sino de un hecho ilícito, por tanto podemos concluir que la responsabilidad civil que nace del riesgo creado es aquella obligación que nace del daño a un tercero ocasionado por el uso de un objeto peligroso cuando se suscita un siniestro.

2.17 EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD.

Ya hemos dicho en apartados anteriores que para que exista la obligación de indemnizar, debe de haber un daño, sin embargo, en ocasiones un acto dañoso se origina por circunstancias ajenas al agente que lo produjo, y entonces es en estos casos cuando estamos ante la presencia de eximentes de responsabilidad civil, o sea, desaparece la obligación de indemnizar, ellos son:

El caso fortuito o fuerza mayor, el error excusable, la renuncia del enfermo, el fracaso del tratamiento, un estado de necesidad, la intervención de otros profesionales, los productos defectuosos, las cláusulas que modifican la responsabilidad y el seguro de responsabilidad civil, a continuación trataremos cada uno de ellos:

Entendemos por caso fortuito o fuerza mayor, un acontecimiento que se produce de manera impredecible, por circunstancias ajenas a la voluntad del deudor y que no se pueden evitar.

Javier Fernández Costales lo define como: "la formula negativa aquel accidente no imputable al médico que impide la exacta ejecución de la obligación, o más concretamente....." "el acontecimiento no imputable al médico, imprevisto o previsto pero inevitable, que imposibilita la exacta ejecución de la obligación".⁸¹

Arturo Ricardo Yungano dice que: "cuando esta en juego la salud o la vida de las personas, hay una natural predisposición a juzgar con severidad y rigor la actuación profesional, lo que no es objetable, no debe perderse de vista que también la ciencia médica tiene sus limitaciones y que en el tratamiento clínico o quirúrgico de las enfermedades existe siempre un álea que escapa al cálculo más riguroso o las previsiones más prudentes y, por ende, obliga a restringir el campo de la responsabilidad".⁸²

⁸¹ Ibidem. Pág. 160.

⁸² Yungano, Arturo Ricardo. Op. Cit. Pág. 170.

Lo anterior nos pone de manifiesto que aunque se trate del médico más prestigiado, por conocimientos y habilidades; que pueda existir en el país, hay cirugías que son muy delicadas en las cuales se pueden presentar riesgos quirúrgicos que no se pueden prevenir y que tampoco se pueden evitar.

En cuanto al error excusable primero diremos que, estar en un error es tener una falsa o equivocada apreciación de la realidad.

"En el caso de "error médico excusable, significará..." "la eximición de responsabilidad y no como podría ocurrir en otros campos jurídicos, la invalidez del acto. El error excusable implica la falta de culpa y la existencia de una razón admisible para errar, si bien esto puede vincularse con un evento fortuito".⁸³

Hay ocasiones en que se presenten enfermedades poco conocidas o con síntomas cambiantes o dudosos, dando lugar a que se emitan por parte del médico diagnósticos erróneos sólo que excusable, pero en cambio también hay errores graves frente a los cuales no podemos hablar de irresponsabilidad.⁸⁴

Tratándose de la renuncia del enfermo, diremos que la conducta de éste es una de las excluyentes de responsabilidad civil que no presenta muchas dificultades, porque no se puede culpar al médico de las acciones negativas de sus pacientes, ya que estos deben de coadyuvar a su recuperación.

Si acaso un problema que se puede presentar es el de determinar si fue la conducta del enfermo o la ineficacia del tratamiento lo que produjo el fracaso de este, lo que en todo caso podría dar lugar a concurrencia de conductas y a una distribución de la responsabilidad.

⁸³ Ibidem. Pag. 168.

⁸⁴ Idem.

Estamos ante la presencia de eximentes de responsabilidad cuando por ejemplo, el paciente se niega a seguir el tratamiento, lo abandona, lo deja a medias o abandona a su médico para seguir consultando a otro.⁸⁵

Del fracaso del tratamiento Arturo Ricardo Yungano dice que: "en muchas ocasiones un tratamiento puede fracasar, no porque no se lo haya indicado correctamente, sino por la idiosincrasia del enfermo, su estado, o resistencia o por factores a veces imprevisibles en cuanto a los resultados. Por ello si el médico actuó con todo su celo profesional, el fracaso del método elegido no puede serle imputable".⁸⁶

En la vida de las personas suelen darse circunstancias que hacen que se depriman y en el caso de los pacientes, aquel que no tenga el deseo de superar su mal no lo va a lograr, así le den el mejor tratamiento que existe y lo siga al pie de la letra, si no tiene ganas de curarse todo podría resultar inútil.

El mismo autor anteriormente citado al tratar al estado de necesidad nos menciona que: "el médico que se encuentre ante un caso de "estado de necesidad" estará exento de responsabilidad si prescinde del consentimiento del paciente- o de su representante legal- siempre que no cuente con tiempo necesario o suficiente para recabar la autorización judicial, debiendo emplear los medios razonablemente idóneos para conjurar tal emergencia. Todo sin perjuicio de la posterior decisión judicial que corrobore su actitud o la sanción si ha procedido apresuradamente ante un cuadro que no era -objetivamente- coincidentemente con el estado que creyó advertir".⁸⁷

Cuando a un médico se le presente un caso urgente debe de resolverlo

⁸⁵ Ibidem. Pag. 173.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Ibidem. Pag. 175.

aplicando los medios requeridos para obtener un resultado favorable, actuando de acuerdo a la ciencia médica y por propia iniciativa, aún sin el consentimiento del enfermo, ya que se encuentra precisamente en el estado de necesidad y la espera en la intervención del galeno, podría tener consecuencias fatales.

Para el caso de que haya la intervención de otros profesionales Javier Fernández Costales deja en claro que si un médico general consulta a un especialista y este le confía la solución del problema, le esta transmitiendo la responsabilidad, quedando por consecuencia liberado de toda responsabilidad el médico general.⁸⁸

Por lo que se refiere a los productos defectuosos, el médico que prescribe un tratamiento recetando medicamentos con los que produce un daño, no es responsable si comprueba que ese daño se produjo con motivo de la defectuosidad de los productos farmacéuticos empleados siendo en todo caso responsable el laboratorio que los fabricó.⁸⁹

Tratándose de cláusulas que modifican la responsabilidad diremos que como en cualquier tipo de contrato, las partes pactan y acuerdan los términos en que se van a realizar las prestaciones, siempre y cuando no se contravenga el orden público, las buenas costumbres, la moral, el derecho de terceros o la ley. De esta manera el acreedor puede renunciar válidamente a ser indemnizado, la única restricción que se da a este respecto, o sea que, aunque se hubiera pactado la no indemnización si el daño producido se provoca con dolo, es decir, con la intención de causarlo, entonces si deberá de indemnizarse.

En el tema que nos ocupa, es importante aclarar que este tipo de cláusulas en materia de contratos de asistencia médica, son nulas, ya que los

⁸⁸ Fernández Costales, Javier. Op. Cit. Pág. 167.

⁸⁹ Ibidem. Pág. 170

derechos sobre el propio cuerpo son irrenunciables y renunciar a ser indemnizado sería tanto como renunciar a tales derechos.

Queremos dejar en claro que por lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, la culpa o negligencia inexcusable de la víctima, también es una excluyente porque no es el riesgo quien provoca el daño sino que es la propia víctima la que lo propicia.

En cuanto al seguro de responsabilidad civil, recordemos que, a grandes rasgos, responsabilidad civil quiere decir indemnización y que un seguro tiene como fin cubrir económicamente los siniestros previstos en el mismo, entonces carecería de objeto pedir una indemnización cuando ésta ya ha sido cubierta.

Cabe aclarar que el seguro de responsabilidad civil para el médico, no sería propiamente una excluyente de responsabilidad, sino que es una forma de extinguirla, porque una excluyente tiene como objeto desvanecer los elementos o bien de antijuridicidad o bien de culpabilidad de la conducta misma, en el supuesto del hecho ilícito. Por lo que se refiere a la responsabilidad civil por un riesgo creado, tampoco es una excluyente de responsabilidad porque no nulifica los elementos integrantes de dicha responsabilidad. Es pues, que el seguro no ataca ni los elementos de culpa ni antijuridicidad, ni hace inofensivo al objeto peligroso.

Por lo anterior podemos concluir que el seguro es una forma de dar cumplimiento a la obligación de reparar un daño.

2.18. LA CARGA DE LA PRUEBA.

Aunque esta es una cuestión de carácter procesal no esta por demás

hacer algunas referencias al respecto recordando la frase que dice: "lo que abunda no daña".

A toda acción corresponde una excepción queriendo decir con esto que el pretender someter el interés ajeno al interés propio deberá aportar todos los elementos necesarios para lograrlo, mientras que por otra parte, el del interés ajeno, tratará de desvirtuar esos elementos.

En un juicio civil las partes se llaman: actor que es aquel que lo promueve y demandado, que es aquel contra el que se promueve, en la materia que estamos tratando, el actor es el paciente o sus herederos y el demandado es el médico.

Al respecto del tema que nos ocupa –la carga de la prueba- José Becerra Bautista señala que: "tanto el actor como el demandado tiene indistintamente la carga de la prueba, es decir, que no sólo el actor o el demandado deben probar, pues pesa sobre ambos la carga de probar al juez los hechos fundatorios de su acción o de su excepción."⁹⁰

Del comentario anterior podemos rescatar que efectivamente las partes en el procedimiento de un juicio ordinario civil son, actor y demandado, por supuesto el actor es aquel que ha sido dañado en su patrimonio (integridad física) o sus sucesores si es que ha muerto el dañado y es este precisamente el que tiene en principio la carga de la prueba, porque debe acreditar su dicho y a consecuencia de este dicho, del actor, el demandado probará sus excepciones y defensas, tratando de desvirtuar la aseveración del mencionado actor.

Es importante apuntar que la manera de probar el daño en general no es

⁹⁰ Becerra Bautista José. El proceso civil en México. Décimo tercera, edición. Porrúa, S.A. México, 1990. Pág. 93.

un punto difícil de resolver ya que este es evidente, el punto difícil de probar lo son los dos últimos elementos de la responsabilidad civil causada por un hecho ilícito que son la antijuridicidad y la culpabilidad, si no existe una causa de justificación la conducta dañosa será antijurídica, por tanto la culpabilidad es el elemento más difícil de acreditar, en virtud de que generalmente los daños médicos no son dolosos, sino culposos y para probar la negligencia o la impericia se requieren de conocimientos técnicos que sólo los profesionales médicos tienen y este constituye un obstáculo para la víctima del daño en virtud de que esta no tiene dichos conocimientos, y los médicos son muy solidarios entre sí.

2.19. REPARACIÓN DEL DAÑO.

Tema de difícil o de complicada solución es este de la reparación del daño debido al establecimiento de la cuantía económica. Reparar el daño es indemnizar e indemnizar quiere decir: dejar sin daño.

La reparación del daño consiste en restablecer las cosas al estado que tenían antes de que se produjera aquel y en caso de que no fuera posible devolver las cosas al estado que tenían antes, se dará a la víctima una cantidad de dinero calculada, tomando en cuenta los derechos lesionados y todas aquellas circunstancias señaladas por la ley y que deberá analizar el juzgador.

Ya al principio del presente trabajo mencionamos que las obligaciones de hacer si no es posible ejecutarlas o si la víctima lo prefiere se convierten en obligaciones de dar.

En este particular, la reparación del daño consiste primero en que al paciente se le deje en las condiciones en que se encontraba antes de que el galeno le ocasionara un daño ya por un hecho ilícito o bien por un riesgo creado y

de no ser posible la reparación de dicho daño, consistirá en retribuir económicamente al paciente, en proporción al daño que se le profirió y por tanto la indemnización correspondiente se hará evaluando por un lado el daño en estricto sentido de acuerdo con la Ley Federal del Trabajo y el perjuicio será de acuerdo a lo que el paciente no puede ganar.

Originariamente la reparación la debe de hacer el galeno, pero si este contrata un seguro de responsabilidad civil médica, será la compañía aseguradora quien lo haga.

Ricardo Luis Lorenzetti dice: "la indemnización no se reduce exclusivamente a su función "equivalencial", es decir no es una mera tasación en dinero de los daños, sino que tiene un carácter satisfactivo...." "Ello tendrá importancia sobre todo en lo que hace al daño moral, en donde no se trata de poner un precio al dolor, sino de otorgar satisfacciones mínimamente equivalentes a las sufridas...."⁹¹

Como podemos observar, de lo anteriormente expuesto, la indemnización a la víctima del daño, debe hacerse por justicia, y no por ponerle precio a su sufrimiento, sino para que, de alguna manera se mitigue dicho sufrimiento, ya que como se dice, las penas con pan son menos.

2.20 RESPONSABILIDAD POR HECHOS DE SUS COLABORADORES.

El médico debe de responder por los actos de sus colaboradores ya que él debe de elegirlos con tacto, con cuidado de tal manera que sean personas responsables, prudentes, atentas, esmeradas, pulcras, cautas.

⁹¹Lorenzetti, Ricardo Luis. Op. Cit. Pág. 311.

Alrededor de este tema existen diversas cuestiones que se pueden presentar, por ejemplo: el director de una clínica es responsable civilmente por los actos de los dependientes adscritos a tal clínica, es decir, el director de dicha clínica debe de indemnizar a la víctima en principio, y después repetir en contra del dependiente que causó el daño, otra situación diferente se presenta cuando el doliente acude a la clínica y contrata con cada persona los servicios que necesita, por ejemplo: en el caso de una operación, requiere desde luego del cirujano, del anestesista, enfermeras y contrata por separado con cada uno de ellos, entonces la responsabilidad será igualmente por separado; si el enfermo contrata con la clínica y ésta le proporciona todos los servicios, como dijimos anteriormente, el director será el responsable civil de los actos de cualquiera de los que intervienen al paciente. En el caso de que el galeno faculte a sus aprendices a actuar por él, si causan un daño, deberá responder por él mismo a menos que pruebe que no pudo impedir el hecho culposo.⁹²

2.21 RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL TRANSPLANTE Y EXTRACCIÓN DE ÓRGANOS.

Existe en la práctica médica una técnica denominada cirugía sustitutiva, que consiste en introducir o cambiar en el organismo del enfermo cuerpos extraños ya sean naturales, extrayéndolos de otro cuerpo humano o artificiales.

Tanto para la extracción como para la implantación de un órgano debe tenerse el consentimiento expreso tanto del donante como del receptor, una vez enterados por el médico del alcance de la operación; en el caso de implantes es aceptable el consentimiento de los representantes.

El galeno debe de realizar la operación siempre que existan

⁹² Revista de Derecho Privado. Año 6. No único. Enero-diciembre de 1989. Venezuela. Caracas. Pág. 129.

probabilidades fundadas, según los estudios clínicos previamente realizados, de mejorar las condiciones de vida o de prolongarla.

Se incurriría en responsabilidad civil cuando no se cumpla con todos los requisitos señalados por la ley para este tipo de operaciones o desde luego, incurrir en negligencia, impericia o imprudencia.⁹³

Por supuesto que el cumplir con los requisitos legales es muy importante, pero también lo es el hacer todos y cada uno de los estudios científicos tendientes a tener la certeza, primero de que el órgano está en condiciones de ser utilizado y segundo, de que dicho órgano posiblemente no será rechazado por el organismo que le dará alojamiento.

2.22 RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL TRATAMIENTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

En una ponencia presentada por Fernando Pantaleón Prieto en el II Congreso Mundial Vasco, denominado La Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana; se plantean diversas cuestiones por las que puede incurrir en responsabilidad civil un médico, las cuales nos parecen acertadas y las expondremos a continuación.

El médico es civilmente responsable frente al niño que nació con enfermedades infecciosas, genéticas o hereditarias, por actuar negligentemente al no haber detectado dicho mal, también es responsable frente a los padres por los daños patrimoniales y morales que les causó con motivo del nacimiento del hijo enfermo.

⁹³ Fernández Costales, Javier. Op. Cit. Pág. 143 y ss.

Hay responsabilidad civil por parte del médico que no escoge adecuadamente el material genético y resulte por ejemplo, que a unos padres blancos les nazca un hijo negro, los cuales podrán reclamar el daño moral, ya que se trata de una situación objetivamente justificada.

Otro caso de responsabilidad se da cuando el galeno destruye el preembrion sin consentimiento de los padres.

Un caso más se presenta cuando la mujer casada da su consentimiento para ser inseminada y el médico la insemina pero sin el consentimiento del marido, el cual podrá exigir una indemnización tanto a su esposa como al facultativo e inclusive al donante que participó voluntariamente por el daño patrimonial que implica el mantener al hijo que en ese momento no se quería.

Serán igualmente responsables, frente a la criatura, el médico y la mujer que consienta en la inseminación después de la muerte del marido, ya que los padres tiene el deber de asistir a sus descendientes, y de ese modo se estaría privando al menor de los beneficios patrimoniales y morales que le pudo haber brindado su padre ya fallecido.

Incorre también en responsabilidad frente al nacido, el médico que oculte los datos de identificación del donante, ya que estos pueden ser pedidos por el que nació, cuando tenga la edad suficiente y si no los conoce le causará un daño moral o se vería imposibilitado para reclamar una posible indemnización si es que hubiere nacido con alguna enfermedad transmitida por el donante⁹⁴; pero también el facultativo debe de guardar el secreto profesional y no decir a cualquier persona quien es el donante o usuaria de los servicios.⁹⁵

⁹⁴ II Congreso Mundial Vasco. La Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Primera Edición. Trivium, S.A. España, 1988. Pág. 245 y ss.

⁹⁵ Soto Lamadrid, Miguel Angel. Biogenética filiación y delito. 1^ª Edición. Astrea de Alfredo y Ricardo-Depalma. Buenos Aires. 1990. Pág. 540.

2.23 RESPONSABILIDAD DERIVADA DE EXPERIMENTOS MÉDICOS.

El recetar a un enfermo con nuevos tratamientos implica de cierto modo, el hacer experimentaciones en su organismo, o sea, el introducir nuevas sustancias, implementar nuevas técnicas, y en fin, utilizar todo aquello que resulte de cierta manera novedoso, el llevar a cabo lo anterior puede hacerse siguiendo el principio de libertad de prescripción que tiene el médico, pero siempre y cuando éste sea en beneficio del paciente y siguiendo los intereses del mismo, y además de que debe presentar posibilidades razonables de ser útil.

El problema se presenta cuando el médico no sigue un cuadro de acciones terapéuticas ordinarias y pone en riesgo ya sea la integridad física, la salud o la vida del paciente.

Existen algunos casos en los cuales el médico tiene plena libertad terapéutica y no incurriría en responsabilidad al aplicar nuevos tratamientos, siempre y cuando tenga el consentimiento del paciente, estos casos son:

Cuando el paciente se encuentra en inminente situación de muerte y ya se han agotado todos los recursos ordinarios y no se ha obtenido un resultado favorable, otro caso se da cuando existe una enfermedad mortal y los tratamientos actuales no funcionen, pero se debe tener la certeza de que el nuevo tratamiento no resulte más peligroso que la misma enfermedad ya de por sí mortal; un caso más lo encontramos cuando se quieren erradicar padecimientos más eficazmente, siempre y cuando los efectos negativos del método nuevo sean menores que los beneficios que se pudieran obtener y desde luego que estos beneficios también sean mayores que los que se pudieran obtener con el

tratamiento ya conocido.⁹⁶

2.24 OTRO TIPO DE RESPONSABILIDADES.

Otro tipo de responsabilidades se pueden derivar, como lo menciona Javier Fernández Costales⁹⁷ del hecho de que un médico con el fin de obtener un provecho de carácter económico en detrimento del paciente, le hace creer que tiene algún padecimiento, que en realidad no existe o no es importante; le manda un tratamiento que no necesita pero que tampoco dañará su salud, y que sin embargo, si dañará su patrimonio.

⁹⁶ Fernández Costales, Javier. Op. Cit. Pág. 39 y ss.

⁹⁷ Ibidem. Pag. 145 y ss.

CAPITULO III

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

3.1 CÓDIGO CIVIL.

Ya hemos visto cuales son los elementos de integración de la responsabilidad civil médica generada tanto por un hecho ilícito como por un riesgo creado y cuando incurre en ellas el médico, ahora entraremos a un capítulo, que es el esclarecimiento de dicha responsabilidad civil del facultativo en nuestra legislación, toca el turno de estudiar los aspectos legales del tema que nos ocupa en el Código Civil para el Distrito Federal.

Como dijimos anteriormente, la responsabilidad civil surge de dos fuentes: el hecho ilícito y el riesgo creado. En nuestro código no existe un capítulo especial que se le denomine por ejemplo de la responsabilidad civil, como existía en el inmediato anterior, sino que se encuentra contenida en varios artículos, es así como comenzaremos por decir que el artículo 1830 nos dice que el hecho es ilícito cuando "es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres", recordemos también que los elementos del hecho ilícito son: una conducta, dañosa, antijurídica y culpable.

Este artículo se encuentra situado dentro del libro cuarto el cual habla de las obligaciones; primera parte, de las obligaciones en general; título primero, fuentes de las obligaciones, capítulo primero: contratos, en el cual se señalan los elementos de integración del contrato, que son el consentimiento y el objeto. Según el artículo 1827 el objeto puede ser un "hecho positivo o negativo..." el cual "debe ser: I. Posible; II. Lícito". , con esto dejamos en claro la procedencia de la

definición dada por el artículo 1830 en la cual también encontramos a la antijuridicidad. (contrario a las leyes).

En el capítulo V del mismo libro y títulos anteriormente citados encontramos como fuente de obligaciones al mal llamado acto ilícito ya que debiera de ser hecho ilícito que es como se le denomina en la doctrina, además de que aquel tiene su origen en este.

Así el artículo 1910 nos da la primera fuente de responsabilidad civil ya que dice que el que cause un daño a otro, con su actuación ilícita o contra las buenas costumbres tiene la obligación de repararlo, es pues que si el médico produce un daño como consecuencia de un hecho ilícito, tiene la obligación de repararlo por supuesto si ese daño lo produce en ejercicio de su actividad profesional ya que se encontrará sujeto a lo expuesto en el capítulo anterior, contiene el mismo artículo, una excluyente de responsabilidad, cuando se demuestre que la víctima tuvo la culpa de la producción de ese daño que le afecta. Esa obligación de reparar el daño es la responsabilidad civil.

La segunda fuente generadora de responsabilidad civil es como lo dijimos, el riesgo creado el cual lo encontramos establecido en el artículo 1913, también es llamado responsabilidad objetiva, la que consiste en reparar el daño causado aunque se actúe de una manera perfectamente lícita pero empleando cosas que son en sí mismas peligrosas como pueden ser "mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias..." "por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas", a menos que medie culpa de la víctima, como lo hemos dejado en claro, un médico también es responsable civilmente a consecuencia de lo establecido por esta disposición normativa.

Este mismo capítulo que va del artículo 1910 al 1934 contiene una serie de reglas acerca de la responsabilidad por ejemplo, el artículo 1911 en relación con el 1919 al 1922 señalan la responsabilidad de los incapaces cuando causen daños, a este respecto también hemos dejado en claro que los médicos son imputables. El artículo 1912 consagra el principio denominado el abuso del derecho; el artículo 1914, habla de irresponsabilidad cuando no haya culpa o negligencia pero si daños, cada una de las partes "los soportará sin derecho a indemnización". Como observamos este artículo contiene otro de los elementos del hecho ilícito que es la culpa, complementando al artículo 1910 mencionado anteriormente, por tanto si el galeno actúa poniendo toda su capacidad técnica y moral la cual es suficiente y observa todas las disposiciones legales aplicables, y sin embargo se producen daños, el mencionado galeno no tendrá la obligación de repararlos ya que dichos daños se produjeron por circunstancias ajenas a él.

El artículo 1915 señala la forma de reparar el daño, consistente a elección de la víctima "en el restablecimiento de la situación anterior" al hecho que generó el daño cuando sea posible o "en el pago de daños y perjuicios", es decir, si a la víctima no se le pueden regresar las cosas al estado anterior al de la producción del daño, se le deberá indemnizar económicamente el monto cuantificable de dicho daño.

El mismo artículo señala las reglas para la indemnización, apoyándose en lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo, cuando "el daño se cause a las personas y se produzca la muerte, incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal", al efecto dice: "para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima".

Según este párrafo del artículo mencionado, tratándose de daños corporales, la indemnización se calculará multiplicando por cuatro el salario mínimo que este en vigor y se multiplica por el número de días que dure la incapacidad, de acuerdo a lo establecido por la Ley Federal del Trabajo, si la víctima muere la indemnización pasará a manos de los herederos.

El artículo 1916 contiene, aunque de una manera muy inconsistente, el llamado daño moral y su manera de repararlo.

La definición dice: "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas".

El mismo artículo nos dice que la indemnización que se otorgue por daño moral es independiente del daño patrimonial que se produzca. Son responsables también por daño moral el que incurra en responsabilidad objetiva y el Estado y sus servidores públicos.

Para calcular el monto de la indemnización el juez tomará en cuenta "los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso". La acción de reparación es intransmisible y pasa a los herederos cuando la víctima la inició, luego entonces si no fue iniciada con anterioridad a la muerte del paciente, sus herederos no tendrán la posibilidad de pedirla, aclarando que es sólo la reparación por daño moral.

El artículo 1917 señala que hay responsabilidad solidaria cuando son varias las personas que intervienen en la comisión de un daño, el 1918 responsabiliza a las personas morales por actos de sus representantes en el desempeño de sus funciones los supuestos anteriores son aplicables a los galenos en virtud de que si son varios los que intervienen en una operación, los que intervengan serán responsables solidarios del daño causado al paciente, y si estos galenos trabajan para una persona moral, esta será la que responda con su patrimonio.

Los artículos 1923, 1924, 1925 marcan la responsabilidad de los maestros artesanos, patronos y dueños de establecimientos mercantiles, los jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje, por actos dañosos de sus operarios, obreros o dependientes y sirvientes en el ejercicio de sus funciones, y no serán responsables los patronos o dueños de establecimientos mercantiles "si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia". (art. 1924 in fine). Estos artículos que mencionan una serie de personas responsables, no dicen nada acerca de la responsabilidad de los médicos, sin embargo, los menciona de una manera enunciativa y no limitativa y por tanto si son de aplicación al caso que nos ocupa.

El artículo 1926 permite pedir la reparación del daño directamente del que lo cometió sin tener que hacerlo como mencionan los artículos que preceden.

El artículo 1927 fija la responsabilidad que tiene el Estado por los actos de sus funcionarios en el desempeño de sus actividades, la cual puede ser solidaria cuando se trate de actos ilícitos dolosos y subsidiaria en cualquier otro caso y sólo responderá aquel cuando el servidor público no tenga bienes o sean insuficientes para cubrir el monto de la indemnización. Si un médico desempeña sus actividades en una entidad pública, se le considerará como funcionario y le será aplicable este artículo.

En el artículo 1928 se da el derecho a los que indemnizan por cuenta del que causó el daño, según lo dispuesto por los artículos anteriores, de pedirle a éste le reintegre el monto de lo que gastó, a este derecho se le llama de repetir, esto quiere decir que si por ejemplo, una enfermera está bajo la vigilancia de un médico y causa un daño, el galeno puede reparar dicho daño directamente y después cobrarle el monto de la reparación a la mencionada enfermera.

Por último, el artículo 1934 determina que el ejercicio de la acción para pedir la indemnización "prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño".

Pues, bien, esto es todo con respecto al hecho ilícito, que como sabemos también se le llama por la doctrina responsabilidad extracontractual, ahora estudiaremos la llamada responsabilidad contractual que es la que proviene del incumplimiento de las obligaciones.

Al respecto hay un capítulo en el Código Civil denominado "Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones" el cual se encuentra dentro del libro cuarto llamado de las obligaciones, título cuarto denominado efectos de las obligaciones; el cual comprende del artículo 2104 al 2118. El artículo 2104 establece las bases para la indemnización en el caso de que se dejara de prestar un hecho o no se realice conforme a lo pactado, si la obligación es a plazo la responsabilidad comienza a correr desde que se vence aquel, a este tipo de indemnización se le llama moratoria ya hemos dejado en claro que la obligación moratoria no se da en materia médica.

Si la obligación no tiene plazo el cumplimiento deberá hacerse cuando lo exija el acreedor siempre y cuando haya transcurrido el tiempo prudente para poder cumplir con dicha obligación.

El que esta obligado a no hacer y no se abstiene deberá pagar daños y perjuicios.

El artículo 2105 dice que tratándose de obligaciones de dar y estas son a plazo fijo la responsabilidad empieza desde que termine dicho plazo y en caso de que no se hubiera establecido un plazo el acreedor lo podrá exigir después de los 30 días en que haya pedido el cumplimiento de la obligación mediante vía judicial o no, ante notario o ante dos testigos.

El artículo 2106 prevé la nulidad del pacto que se haga de renunciar a ser indemnizado en el caso de que se cometa un daño dolosamente. Como sabemos el dolo consiste en hacer maquinaciones o artificios para hacer caer a una persona en el error al respecto el artículo 1815 dice "se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en el a alguno de los contratantes..."

Ahora bien, el artículo 2107 ordena que en todos los casos de responsabilidad planteados, se deberá devolver la cosa o su precio o las dos cosas, pero también "importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios".

Pasemos ahora al siguiente artículo que obviamente es el 2108 el cual nos da la definición de daño que es: "la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación", mientras que en el artículo 2109 nos da la definición de perjuicio considerado como: "la privación de cualquiera ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación". Ya hemos puntualizado en el apartado respectivo que las partes integrantes del cuerpo humano las consideramos como bienes y que a su vez estos son parte integrante del patrimonio y por lo tanto no debemos hacer todas

esas clasificaciones de daños, puesto que los daños sólo deben recaer en el patrimonio.

Continuando con la explicación, el artículo 2110 señala uno de los elementos de la responsabilidad civil que es la relación de causalidad al decir: "los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse", una vez que se realiza el acto médico y este desafortunadamente es dañoso, dicho daño debe ser consecuencia del acto médico.

Toca el turno al artículo 2111 que establece una causa excluyente de responsabilidad denominada caso fortuito al decir: "nadie esta obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad o cuando la ley se la impone", es decir, si se obliga en una cláusula a indemnizar cuando se produzca un daño a consecuencias de un caso fortuito, deberá indemnizar, de igual manera deberá indemnizar si dio origen al mencionado caso fortuito.

Del artículo 2112 al 2116 se fijan las bases para la estimación del precio de la cosa.

Se estima necesario indemnizar al dueño con el valor total de la cosa cuando ésta se "ha perdido o ha sufrido un detrimento tan grave que, a juicio de peritos, no pueda emplearse en el uso a que naturalmente está destinada". (art. 2112).

La indemnización debe, obviamente, ser de acuerdo al detrimento sufrido por la cosa cuando el daño no es tan grave, y "el importe de éste se abonará al dueño al restituirse la cosa". (art. 2113).

El artículo siguiente completa los artículos anteriores ya que establece cual será el precio de la cosa y dice: "el que tendría al tiempo de ser devuelta al dueño, excepto en los casos en que la ley o el pacto señalen otra época". (art. 2114).

Para calcular el monto de la indemnización por la merma de la cosa, se tomará en cuenta tanto la disminución que sufrió en su precio y los gastos hechos para su reparación. (art. 2115).

También, se prohíbe para fijar el precio y merma que sufrió la cosa, el valor estimativo que de ella se tenga, a menos de que "se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño", y para fijar el monto de la reparación se atenderá a lo dispuesto por el artículo 1916 ya explicado anteriormente (art. 2116).

El artículo 2117 establece la posibilidad de hacer convenios sobre la responsabilidad civil, es decir, establecer cláusulas de no responsabilidad civil siempre y cuando la ley no lo prohíba.

Si se debe de pagar dinero y no se cumple, los daños y perjuicios resultantes de dicha conducta "no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario".

Por último, el artículo. 2118 establece que los gastos que se hagan por haber acudido ante los tribunales para resolver la controversia dada con motivo de la producción del daño, correrán a cargo del que incumpla la obligación de acuerdo a lo establecido por el Código de Procedimientos Civiles.

A este tipo de responsabilidad que surge por el incumplimiento de las obligaciones se le ha dado en llamar responsabilidad contractual, ya que surge de la violación a lo acordado por las partes.

Vistas las fuentes de donde surge el derecho a ser indemnizado, diremos ahora que la actividad profesional de un médico esta prevista por el artículo 2606 el cual se encuentra en el mismo libro cuarto llamado de las obligaciones segunda parte denominada de las diversas especies de contratos, título décimo nombrado del contrato de prestación de servicios, capítulo II de la prestación de servicios profesionales.

El artículo mencionado establece la facultad de hacer un convenio para fijar el monto de los honorarios que por concepto de la prestación de servicios profesionales se darán.

El artículo 2608 prohíbe el cobrar honorarios a aquellos que ejerzan la profesión sin tener título profesional y éste sea exigido por la ley, además de remitir al código correspondiente en tales casos.

Así que un médico tiene derecho de cobrar honorarios por la prestación de sus servicios profesionales pero si ejerce su profesión sin haber obtenido el título correspondiente aparte de no poder cobrar dichos honorarios será merecedor a las sanciones que para tal efecto establece el código de la materia.

El artículo 2615 establece el derecho de la víctima a ser indemnizado cuando el profesional actúa con negligencia, impericia o dolo independientemente de las penas que merezca de acuerdo con el Código Penal, el artículo dice: "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".

Debemos citar también los artículos relativos a la prescripción negativa que son el 1159 que expresa: "... se necesita el lapso de diez años, contados desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento", y el 1161 señala: "prescriben en dos años:

I. Los honorarios, sueldos, salarios, jornales u otras retribuciones por la prestación de cualquier servicio. La prescripción comienza a correr desde la fecha en que dejaron de prestarse los servicios; ..."

En resumen, el marco jurídico de la actividad que realiza un profesional de la medicina esta establecido en el Código Civil, primeramente en el artículo relativo a la prestación de servicios profesionales.

Dicho contrato esta contemplado en el artículo 2606 y en relación con el 2615 y 2104 ya señalados, nos dan la pauta para pedir la reparación del daño, como también decíamos, estos artículos se refieren a la mal llamada responsabilidad contractual ya que se parte del incumplimiento de un contrato, en el cual las partes, por un lado el paciente y por otro el médico, se ponen de acuerdo, en que consistirá la asistencia que se preste y cual será el monto de los honorarios, aún cuando no se exija una forma específica.

Recordemos también que existe la mal llamada responsabilidad extracontractual contenida en el artículo 1910, de modo que si un médico actúa en contra de lo establecido por las normas de derecho o de las buenas costumbres, y causa un daño, deberá indemnizar, como hemos analizado en capítulo anterior, la responsabilidad civil que surja será por un hecho ilícito (incumplimiento de las obligaciones).

Igualmente deberá indemnizar el médico que cause un daño por el empleo de cosas que son en si mismas peligrosas, aunque la conducta no sea

ilícita, a lo que se le denomina responsabilidad objetiva, según lo señala el artículo 1913 ya anotado anteriormente.

Otro artículo que debemos mencionar es el 1927 ya que tratándose de instituciones de asistencia médica dependientes del Estado, este responderá por los daños que dolosamente causen sus servidores médicos en las clínicas, centros de salud, hospitales y demás organismos gubernamentales.

El llamado daño moral que puede ocasionar el médico, es reparable de acuerdo a lo establecido por el artículo 1916 ya explicado anteriormente.

El derecho a pedir la reparación del daño correspondiente a este tipo de responsabilidad prescribirá en dos años. (art. 1934).

Como pudimos observar se trata de disposiciones generales aplicables a cualquier profesional en el ejercicio de su actividad.

Debemos hacer una distinción entre las maneras de pedir la reparación del daño ante los tribunales, dependiendo de que el hecho ilícito sea civil, penal o ambas.

Un juicio ordinario civil en su aspecto práctico, dista mucho del teórico, que regularmente es el que estudiamos, y por ello es que nos abocaremos al estudio del primero.

a) El procedimiento en un juicio ordinario civil que es el que se lleva a cabo para poder resarcir los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar por alguna causa imputable al médico, de acuerdo a nuestra legislación procesal, hay que iniciarlo a través de una demanda en la cual debemos observar según el artículo 255 del Código de Procedimiento Civiles los siguientes requisitos:

"I.- El Tribunal ante el que se promueve"

II.- Nombre del actor y lugar para oír notificaciones.

III.- Nombre del demandado y domicilio.

IV.- "El objeto u objetos que se reclamen con sus accesorios".

V.- Numerar los hechos y narrarlos de manera clara y precisa, en los cuales el actor funde su petición, para que el demandado prepare su contestación;

VI.- Deberá citar los preceptos legales y la clase de acción que ejercita;

VII.- Deberá decir cuanto vale lo demandado para determinar la competencia del juez.

Dicha demanda debe presentarse en la oficialía de partes común del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en donde en ese mismo acto a dicha demanda se le turna a un Juzgado Civil y se le asigna un número de expediente.

b) Al siguiente día de la presentación de la demanda, en el juzgado, de acuerdo al número final del asignado al expediente, se le turnará o bien a la Secretaría de acuerdos "A" si es un número non, o a la Secretaría de acuerdos "B" si es un número par; una vez que dicho expediente este en manos del secretario de acuerdos respectivo, este formulará un acuerdo en el que se acepte la demanda respectiva en la vía y forma solicitada o bien, se niegue la admisión de la misma y se deseche o tal vez se formule un acuerdo en el que haya un apercibimiento para llenar algún requisito no observado. Al día siguiente se debe de publicar el acuerdo mencionado anteriormente en el boletín oficial del citado Tribunal.

Estamos hablando de un promedio de 3 días aproximadamente para que uno pueda tener acceso al expediente (a partir de la presentación de la demanda) y revisar si fue admitida o no dicha demanda.

c) En el supuesto que la demanda haya sido admitida sin ninguna contrariedad, se debe mandar a hacer una cédula de notificación y la cita correspondiente con el actuario adscrito al juzgado a efecto de que éste nos señale algún día para poder realizar la diligencia de emplazamiento al médico demandado.

Si es que no hay obstáculo alguno y se realiza el emplazamiento deseado, nos llevará aproximadamente 15 días.

d) Una vez realizado dicho emplazamiento, la parte demandada, en este caso el médico, tiene para dar contestación a la demanda, un término de 9 días hábiles.

e) Transcurrido el término para la contestación antes referida, se le da al actor un espacio temporal de 3 días hábiles a efecto de que conteste alguna reconvencción formulada por el demandado.

Hay que aclarar que entre la contestación y la reconvencción, el juzgado formula un acuerdo y que por cada uno de ellos aproximadamente se lleva de 2 a 3 días hábiles.

f) Una vez transcurridos los trámites y términos precedentes, el actor y el demandado, es decir, las partes, deberán de ofrecer las pruebas a efecto de que el actor pruebe sus acciones y el demandado sus excepciones en un término de 3 días.

g) El paso siguiente es el desahogo de las probanzas ofrecidas, lo cual se inicia con un acuerdo que emite el juzgado en el cual señala fecha y hora para celebrar la audiencia del desahogo de pruebas. En este tipo de procedimientos como regularmente se trata de aspectos meramente técnicos médicos, se

requiere de pruebas periciales en las que se debe de nombrar un perito. Dicho perito debe de ir a aceptar su nombramiento ante el juzgado y para el caso se le da un término de 3 días hábiles y además debe de recaer un acuerdo en el que se tiene por aceptado dicho nombramiento.

h) Ya que se fijó día y hora para la celebración de la audiencia, aproximadamente son, de acuerdo a las labores del juzgado, claro, 30 días. Una vez iniciada dicha audiencia se deben, en la misma, desahogar las probanzas ofrecidas; regularmente dichas probanzas son: la confesional, la testimonial y por supuesto como ya mencionábamos, la pericial, además de la presuncional; como sabemos, tantas pruebas no se pueden desahogar en un solo día y por tal motivo dicha audiencia se suspende y se agota en más o menos 3 sesiones y por supuesto en días diferentes y por supuesto también, dentro de los 30 días siguientes entre una y otra sesión.

i) Una vez concluida la audiencia de desahogo de pruebas o audiencia de ley como se le conoce, y ofrecidos los alegatos o conclusiones, el juez ya estará en aptitud de emitir una resolución, es decir, ya está en aptitud de dictar una sentencia en la que condene al demandado al pago de los daños causados y probados, en el mejor de los supuestos, o bien a absolverlo por haber demostrado sus excepciones y defensas. Esto se llevará aproximadamente 9 días.

j) Dictada qué fué la sentencia, el inconforme con la misma, puede apelarla y para ello cuenta con un término de 5 días.

k) En el procedimiento de apelación, las Salas del Tribunal, que conocen de dichas apelaciones, tardan en dar una resolución aproximadamente en 4 meses.

Pero esta resolución puede ser violatoria de garantías Constitucionales y por tal motivo se tiene la facultad de interponer el Juicio de Amparo en contra de tal resolución, en donde los Tribunales Colegiados de Circuito de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tardan en dar su resolución en un término de 4 meses aproximadamente.

De lo anteriormente expuesto hemos de señalar que los términos temporales que anotamos, son sumamente benévolos y que pueden ser todavía más extensos. Para tener más preciso el tiempo que se lleva un procedimiento de esta naturaleza, haremos el cómputo respectivo de la siguiente manera:

3 días para ver si fue admitida o no la demanda.

15 días para hacer el emplazamiento.

9 días hábiles para contestar dicha demanda.

3 días hábiles para que recaiga el acuerdo a la contestación.

3 días hábiles para contestar alguna reconvención.

3 días hábiles para que recaiga el acuerdo respectivo.

3 días hábiles para ofrecer pruebas.

3 días hábiles para que recaiga el acuerdo.

3 días hábiles para que los peritos acepten su nombramiento.

3 días hábiles para que recaiga el acuerdo.

30 días para la celebración de la primera audiencia.

30 días para la celebración de otra audiencia porque no se pueden desahogar todas las pruebas en una sola.

30 días para terminar de desahogar las pruebas.

9 días para dictar sentencia.

5 días para apelar la sentencia.

120 días para saber el resultado de dicha apelación.

15 días para interponer Amparo.

120 días para saber el resultado de dicho Amparo.

Lo que hace un total de 407 días para saber si el médico a de indemnizar o no, lo que equivale a aproximadamente 13 meses y medio, eso sin contar sábados, domingos ni días festivos.

3.2 LEY DE PROFESIONES.

A la Ley Reglamentaria del Artículo 5° Constitucional se le conoce también como Ley de Profesiones.

Comenzaremos por decir que el artículo 5° Constitucional consagra la garantía individual denominada libertad de trabajo, ya que prohíbe que se le impida a las personas dedicarse a la actividad que quiera siempre que sea lícita, sólo se le podrá prohibir porque así lo mande el juez, se atente contra derechos de terceros o la sociedad.

El mismo artículo da la posibilidad a las leyes para establecer los requisitos que se crean necesarios para poder expedir el llamado Título Profesional, así como las profesiones que lo requieran para poder ejercerla.

La Ley de Profesiones en su artículo 1° da la definición de título profesional: "Documento expedido por instituciones del Estado o descentralizadas, y por instituciones particulares que tengan reconocimiento de validez oficial de estudios, a favor de la persona que haya concluido los estudios correspondientes o demostrado tener los conocimientos necesarios de conformidad con esta Ley y otras disposiciones aplicables".

El artículo 2° de la Ley en estudio señala una serie de profesiones que requieren de título profesional para poder ejercerlas, dentro de las cuales se encuentra la de Médico.

El artículo 3° señala que puede obtener Cédula de ejercicio con efectos de patente todo aquel que registre su Título después de haberlo adquirido legalmente.

Como es lógico, para poder obtener el mencionado Título, se requiere haber cumplido con los requisitos académicos establecidos en las leyes que para tal efecto se han creado (art. 8).

El artículo 24 nos da una noción de lo que es el ejercicio profesional y al respecto señala: "Se entiende por ejercicio profesional... 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 profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo".

El artículo 25 señala como requisitos para poder ejercer una profesión; gozar y ejercer plenamente los derechos civiles, tener título legalmente expedido y registrado y adquirir de la Dirección General de Profesiones la cédula profesional.

Más adelante en este mismo capítulo en el artículo 33 encontramos que impone al profesional, que en el tema que nos ocupa es un médico; la obligación de "poner todos sus conocimientos científicos y recursos técnicos al servicio de su cliente, así como al desempeño del trabajo convenido".

El mismo artículo contempla los casos de urgencia y obliga al profesional a prestar sus servicios a cualquiera hora y en cualquier sitio siempre y cuando el

lugar no este situado a más de 25 kilómetros del domicilio del profesional, estos casos de urgencia se presentan constantemente para los médicos ya que la salud de las personas o su integridad corporal pueden resultar alteradas en cualquier momento.

En los artículos 34 y 35, se contienen bases para solucionar inconformidades surgidas por parte del cliente.

El artículo 34 manda que se resuelva la inconformidad en este caso del paciente, sometiéndola a un peritaje ya sea por vía judicial o extrajudicial de acuerdo a lo convenido por las partes. Los peritos para emitir su resolución tomarán en cuenta los siguientes elementos:

"I. Si el profesionista procedió correctamente dentro de los principios científicos y técnica aplicable al caso y generalmente aceptados dentro de la profesión de que se trate;

II. 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;

III. Si en el curso del trabajo se tomaron todas las medidas indicadas para obtener buen éxito;

IV. Si se dedicó el tiempo necesario para desempeñar correctamente el servicio convenido, y

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

El procedimiento que se siga de acuerdo con este artículo, será secreto y la resolución que sea en contra del profesional será pública. Será en secreto en un principio para salvaguardar la reputación del profesional presuntamente culpable, ya que si se le da publicidad y resulta que es inocente, con esa

publicidad se verá afectado su honor, por otro lado, si es culpable, es razonable que se de a conocer que tipo de persona es.

Como pudimos observar, mediante este artículo se puede responsabilizar al médico que actúe sin observar toda la serie de circunstancias que se apuntan y de las cuales se valen los peritos para emitir su dictamen.

El artículo 35 impone al profesional que ha resultado responsable, la imposibilidad de cobrar honorarios, además tendrá que pagar daños y perjuicios al cliente. Pero si absuelven al profesional, entonces el cliente será el que pague a parte de los honorarios, los gastos del juicio más los correspondientes daños y perjuicios.

El artículo 71 de la Ley que estamos analizando se encuentra situado en el capítulo VIII denominado De los delitos e infracciones de los profesionistas y de las sanciones por incumplimiento a esta ley, el cual a la letra dice: "Los profesionistas serán civilmente responsables de las contravenciones que cometan en el desempeño de trabajos profesionales, los auxiliares o empleados que estén bajo su inmediata dependencia y dirección, siempre que no hubieran dado las instrucciones adecuadas o sus instrucciones hubieran sido la causa del daño".

A parte de los casos que ya anotamos anteriormente en que puede incurrir en responsabilidad un profesional, tenemos este artículo que específicamente se refiere a la responsabilidad civil en que incurra el médico ya sea por hechos propios o ajenos cuando haya dado instrucciones inadecuadas.

Es loable que en todos estos artículos se asienten las bases para pedir una indemnización en caso de que un profesional de la medicina cause un daño, y esa indemnización ha de lograrse después de seguir el procedimiento indicado, siempre y cuando resulte favorable para el paciente, cosa que en ocasiones no

suele suceder por haberse cometido algún error en el procedimiento, y no tanto porque en realidad sea inocente el galeno.

3.3 LEY GENERAL DE SALUD.

La Ley General de Salud es reglamentaria del artículo 4° Constitucional que consagra la garantía individual denominada Derecho a la Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el día 7 de febrero de 1984, contenida en 472 artículos.

El artículo 2° establece los objetivos del derecho a la protección de la salud entre los que se encuentran, el bienestar físico y mental de las personas, "la prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana.....el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfaga eficaz y oportunamente las necesidades de la población....el conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud".

El artículo 32 contiene la definición de lo que es atención médica: "conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud".

El numeral 33 nos menciona que las actividades de atención médica son preventivas, tendientes a prevenir ya sea en lo general o en lo específico la aparición de enfermedades; curativas, para erradicar las enfermedades mediante diagnósticos y tratamientos; y de rehabilitación, en el caso de trastornos físicos o mentales.

El artículo 34 establece una clasificación de los prestadores de servicios de salud los cuales pueden ser: servicios públicos, a derechohabientes, sociales y privados y cualquier otro que sea legal.

El artículo 51 manda que: "Los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idóneas y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares". Este artículo establece el sano propósito de que los pacientes tengan pronta atención médica, de calidad y responsable, y que sean tratados con respeto y dignidad por todas las personas que lo atiendan, por lo tanto, este artículo sirve de fundamento para poder pedir una indemnización cuando se hace lo contrario a lo mandado por él, o simplemente se omite.

En el artículo 54 se establece: "Las autoridades sanitarias competentes y las propias instituciones de salud, establecerán procedimientos de orientación y asesoría a los usuarios sobre el uso de los servicios de salud que requieran, así como mecanismos para que los usuarios o solicitantes presenten sus quejas, reclamaciones y sugerencias respecto de la prestación de los servicios de salud y en relación a la falta de probidad, en su caso, de los servidores públicos".

Este artículo establece el derecho que tienen todos los pacientes de presentar quejas y de que sean orientados en la forma como deban presentarlas, también contiene el derecho de que sean orientados acerca de como pueden hacer uso de los servicios de atención médica.

El artículo 55 impone el deber a cualquier institución o persona, de prestar atención médica urgente, a todo aquel que la requiera, y trasladarlo al establecimiento de salud más cercano para ser atendido aunque después se traslade a otras instituciones, este deber en la práctica casi nunca se lleva a cabo, porque en un caso de urgencia si se pretende que atiendan a una persona en las instituciones de Seguridad Social, si no es derechohabiente, así se este muriendo no la atienden, por lo tanto habrá responsabilidad por parte de esa institución por no prestar la atención médica requerida, según lo dispone este artículo.

Pasaremos ahora al artículo 79 el cual ordena que para poder ejercer una actividad profesional se requiere que el título correspondiente se haya obtenido legalmente y se registre por la autoridad competente. Desde luego y como ya lo hemos mencionado anteriormente, el que contravenga esta disposición incurrirá en las sanciones que para el efecto establezca la ley.

Hasta aquí por lo que se refiere a la Ley General de Salud, ahora pasaremos a su reglamento.

3.4 REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ATENCIÓN MÉDICA.

Empezaremos diciendo que este reglamento fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de mayo de 1986 y entró en vigor al día siguiente, en seguida comentaremos los artículos más importantes.

El artículo 7° da una serie de conceptos entre los que se encuentran los ya señalados por la Ley General de Salud como: "Atención médica. El conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger y promover y restaurar su salud..." "Servicio de atención médica. El conjunto de recursos que intervienen sistemáticamente para la prevención y curación de las enfermedades que afectan a los individuos, así como de la rehabilitación de los mismos".

Por lo que se refiere al artículo 8°, también al igual que la Ley General de Salud, menciona cuales son las actividades de la atención médica: preventivas, curativas y de rehabilitación.

En el artículo 9° se contiene el deber de prestar la atención médica de acuerdo a los principios científicos y éticos establecidos por la actividad médica.

Pasaremos ahora al artículo 19 el cual establece las funciones de los responsables de los establecimientos de servicios de atención médica, y en relación con el artículo 18 esos responsables deberán tener el documento donde conste que tiene los conocimientos necesarios de su especialidad.

Entre esas funciones están: Garantizar con oportunidad la eficacia de la prestación de los servicios de salud y el cumplimiento de todas las normas aplicables. Otra función consiste en que los mismos responsables de los establecimientos, resolverán las quejas que se presenten con motivo de las irregularidades en la prestación del servicio de salud, ya sea que estas irregularidades provengan de los auxiliares o de los mismos profesionales, o de cualquier otro encargado del establecimiento, esto con independencia de la responsabilidad profesional en que se incurra. Entonces, ante cualquier situación anómala que observemos en la prestación de los servicios de salud, tenemos el derecho de hacer reclamaciones sin que quiera decir que por presentar dicha reclamación, perdamos el derecho a pedir la reparación del daño, y la aplicación de una sanción en su caso.

Por su parte el artículo 22 prohíbe que se contrate a personas que no están debidamente facultadas por las autoridades competentes, para el ejercicio profesional.

El numeral 23 impone el deber a todo aquel que ejerza actividades médicas de colocar a la vista del público, el documento que le acredite la posibilidad de poder ejercer tal actividad.

Todo establecimiento destinado para la atención médica, deberá contar con el equipo técnico idóneo y el personal necesario de acuerdo a lo establecido por la ley, para poder prestar óptimamente los servicios de salud (art. 26).

Nuevamente el artículo 27 nos remite a las leyes aplicables para sancionar a aquellos que no hayan adquirido legalmente su título profesional y se ostenten como tales.

El artículo 29 obliga a todo aquel profesional de la salud a dar la información que soliciten los pacientes o las personas facultadas para poder recibirla, sobre los diagnósticos o tratamientos prescritos, como vemos este artículo contiene el derecho a ser informado. Por lo tanto, si no se le informa al paciente, el profesional incurrirá en responsabilidad.

Cuando se deba de internar a una persona en un hospital, el responsable tiene la obligación de dar un resumen con los motivos por los cuales se procedió al internamiento, cuando así le sea solicitado por las personas facultadas para poder pedirlo (art. 30), al igual que el artículo anterior si no se proporciona la mencionada información se incurrirá en responsabilidad.

El artículo 44 contiene una serie de prohibiciones entre las que destaca: la concerniente a no poder hacerse cargo de: "las droguerías, farmacias, boticas y en general de los establecimientos destinados al proceso de medicamentos" a aquellos que no puedan acreditarse como profesionales de la medicina.

El artículo 48, consagra el derecho que tienen los pacientes "a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares".

La prestación de los servicios de salud debe ser oportuna y de calidad adecuada y suficiente, además de que la atención que se preste será profesional y ética, realizada con todo cuidado y esmero, poniendo toda la diligencia requerida y la cautela necesaria, por último, el profesional de la medicina deberá tratar de buena manera a sus pacientes. Esta serie de derechos constituyen la base para que los pacientes puedan pedir una indemnización, a su vez, la transgresión de ellos por parte del profesional lo hará incurrir en responsabilidad civil.

Al igual que otro artículo que ya señalamos anteriormente⁹⁸, el 51 plantea la necesidad de que las autoridades sanitarias competentes y también las instituciones de salud, pongan a disposición de los usuarios, los mecanismos indispensables para que puedan exponer sus quejas o sugerencias sobre la prestación de los servicios de salud o la conducta deshonrada de los prestadores de los mismos servicios.

El artículo 52 faculta a cualquier persona para dar aviso a la autoridad de salud correspondiente, sobre las contravenciones que hagan de la ley y reglamentos los prestadores de los servicios de salud.

Para tal efecto se deberá señalar: el tipo de contravención, nombre y domicilio del establecimiento o profesional que presumiblemente cometió la anomalía y nombre y domicilio del denunciante (art. 53).

Las autoridades llevarán a cabo las actuaciones necesarias para comprobar si existe o no la irregularidad señalada en la denuncia, si se comprueba que existe, la autoridad sanitaria ordenará las medidas requeridas para corregir dicha irregularidad, sin perjuicio de las sanciones que les pudieren ser aplicables (arts. 54 y 55).

⁹⁸ Artículo 54 de la Ley General de Salud.

El Capítulo III se denomina: "Disposiciones para la prestación de servicios de consultorios", en el cual se mencionan una serie de requisitos para que los consultorios puedan prestar servicios de atención médica.

El artículo 56 dice que consultorio es: "todo establecimiento público, social o privado, independiente o ligado a un servicio hospitalario, que tenga como fin prestar atención médica a pacientes ambulatorios", paciente ambulatorio es aquel que no necesita ser hospitalizado.

Para que un consultorio pueda funcionar se debe de cumplir con todos y cada uno de los requisitos mencionados en este capítulo, y que deben ser completados con otros requisitos que fijen las normas técnicas, dichas normas son dictadas por la Secretaría de Salud y se publicarán en la Gaceta Sanitaria (art. 4).

Todos esos requisitos nos parecen acertados, ya que la prestación de los servicios de salud debe ser en condiciones óptimas y de calidad adecuada, cosa que, en nuestro país no sucede, porque con la llamada corrupción, se autoriza a cualquiera a abrir sus establecimientos y a dejar en manos de personas ignorantes cuestiones tan delicadas como la salud. Esta situación implica a más personas responsables porque no sólo involucraría al médico sino también a las autoridades que otorgan los permisos.

El artículo 64, menciona los requisitos que debe contener toda receta médica, como son obviamente: el nombre del médico y de la institución que expidió el título profesional, número de su cédula profesional, domicilio del establecimiento y la fecha en que entro en funciones.

Si la receta la expide un especialista en determinada rama de la medicina, debe de contener el número de registro de especialidad (art. 65).

Estos requisitos sirven más que nada para que los pacientes tengan la seguridad de que están siendo atendidos por un profesional que ha cumplido con todos los requisitos para poder prestar servicios médicos. También permite tener plenamente identificados a dichos profesionales.

Existen "Disposiciones para la prestación de servicios de hospitales", contenidas en el capítulo IV del reglamento en comento.

El artículo 69 dice: "se entiende por hospital, todo establecimiento público, social o privado, cualquiera que sea su denominación y que tenga como finalidad la atención de enfermos que se internen para su diagnóstico, tratamiento o rehabilitación".

El numeral 71 impone la obligación a todos los hospitales, de prestar atención médica inmediata a toda persona que la requiera por caso de urgencia y que se encuentre en la cercanía de los mismos.

"Se entiende por urgencia, todo problema médico quirúrgico agudo, que ponga en peligro la vida, un órgano o una función y que requiera atención inmediata" (art. 72).

Al referirse a todos los hospitales quiere decir que no hay excepciones y cualquier hospital tiene la obligación de recibir a cualquier persona que requiera de atención inmediata, lo que, como decíamos anteriormente, los hospitales no acatan, y no reciben a cualquier persona, por múltiples motivos como pueden ser: que por su apariencia se entienda que no cuenta con los recursos necesarios para solventar gastos, o que no sea derechohabiente de la institución, por citar sólo dos.

Alrededor de este caso de urgencia hay una serie de reglas que se dan y cuya violación haría incurrir al hospital en responsabilidad.

Ya dijimos anteriormente que incurre en responsabilidad el hospital que no atiende un caso de urgencia. Recibido tal caso, el encargado debe hacer una valoración médica del paciente y seguir el tratamiento correspondiente, o puede que se requiera el transferirlo a otro hospital que cuente con los recursos suficientes para solucionar la urgencia, si es así, se procurará estabilizar al paciente, el nuevo hospital deberá de recibirlo para ser atendido, de lo contrario, o sea, si no lo atiende incurrirá en responsabilidad (arts. 73 y 74).

El internamiento de los pacientes cuando sea prescrito por los médicos, será de manera voluntaria, involuntaria y obligatoria; será voluntario cuando sea solicitado por el paciente, involuntario cuando el paciente este incapacitado para dar su consentimiento, y sea solicitado por un familiar, tutor, representante o cualquier otra persona que lo solicite en caso de urgencia, y por último, será obligatorio cuando así lo ordene la autoridad sanitaria para evitar daños a la salud de la comunidad (arts 76, 77 y 78), obviamente esta disposición esta relacionada o fundamentada en el artículo 29 Constitucional.

El artículo 79 señala que, cuando el paciente decide voluntariamente o a través de sus familiares, tutor o representante, no seguir internado, aun en contra de lo ordenado por el médico, dicha situación deberá constar por escrito en un documento donde se expliquen los motivos por los cuales se abandona el hospital el que deberá ser firmado por el solicitante y dos testigos, uno de los cuales será designado por el hospital y el otro por el propio solicitante.

El artículo 80 señala que se requiere el consentimiento por escrito, del paciente que ha de ser internado para que se le practiquen "con fines de diagnóstico o terapéuticos los procedimientos médico-quirúrgicos necesarios de

acuerdo al padecimiento de que se trate". Este documento deberá ir firmado por el propio paciente y si se requiere que le hagan intervenciones de mucho riesgo, deberá firmar otro documento por cada una de dichas intervenciones. Se le deberá informar claramente al paciente el contenido del documento que firma.

En caso de que el paciente se encuentre incapacitado para firmar el mencionado documento, lo hará un familiar, su tutor o representante al que también se le deberá de informar el contenido del documento que firma.

Si ninguna de las personas señaladas anteriormente puede firmar el documento, cuando menos dos médicos y previa la valoración del paciente "llevarán a cabo el procedimiento terapéutico que el caso requiera, dejando constancia por escrito, en el expediente clínico" (art. 81).

El documento que hemos mencionado anteriormente debe contener los siguientes requisitos según el artículo 82:

- I. Nombre de la institución a la que pertenezca el hospital;
- II. Nombre razón o denominación social del hospital;
- III. Título del documento;
- IV. Lugar y fecha;
- V. Nombre y firma de la persona que otorgue la autorización, y
- VI. Nombre y firma de los testigos.

El documento deberá ser impreso, redactado en forma clara, sin abreviaturas, enmendaduras o tachaduras".

El documento al que se ha venido haciendo referencia no tiene que elaborarse cuando uno acude a consultas, y constituye la mera manifestación de la voluntad para ser internado y no una renuncia a derechos personales, dicho

documento puede ser consultado en el apéndice, que son los que se elaboran tanto en la clínica ISSSTE como en el Hospital General Xoco.

Por ningún motivo se podrá retener a los pacientes o cadáveres para garantizar el pago de los servicios médicos prestados, ya que, quien lo haga, se hará acreedor a las sanciones correspondientes establecidas en el reglamento comentado, o en el Código Penal (art. 85).

En cualquier hospital los servicios de urgencia deberán funcionar las 24 horas del día durante todos los días del año y deberá contar con el instrumental necesario (art. 87).

La violación a esta disposición hará incurrir en responsabilidad a dicho establecimiento. También incurrirá en responsabilidad el hospital que no cuente con los medicamentos necesarios para dar un servicio óptimo las 24 horas del día y todos los días del año.

El artículo 245 prevé una multa al responsable del establecimiento para atención médica que no cuente con el "personal suficiente e idóneo o equipo, material o local adecuados de acuerdo a los servicios que presten", y a parte de la multa también incurrirá en responsabilidad.

Por su parte el artículo 247 sanciona con una multa al responsable del establecimiento que no obtenga el mencionado consentimiento por escrito del paciente, sus familiares o representante, para practicarle una intervención quirúrgica que ponga en peligro la vida o la integridad física del paciente, a no ser que exista una imperiosa necesidad.

El artículo 249 sanciona con clausura definitiva al establecimiento de servicios de atención médica que realice como tratamiento de curación, cualquiera

de los prohibidos por las leyes sanitarias y que atente contra la integridad física del paciente.

Cuando en un caso de urgencia se niegue la prestación de los servicios médicos, se sancionará al establecimiento con la clausura definitiva, a parte de que, como ya hemos dicho, se incurrirá en responsabilidad (art. 255).

Esto es todo por lo que se refiere al mencionado reglamento, ahora estamos en aptitud de pasar al siguiente punto.

3.5 COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO.

El lunes 3 de junio de 1996 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el "Decreto por el que se crea la Comisión Nacional de Arbitraje Médico" que consta de simbólicos catorce artículos, y entró en vigor al día siguiente de su publicación.

Existe también un reglamento interno, el cual fué publicado en el Diario Oficial de la Federación el jueves 12 de septiembre de 1996, y consta de 38 artículos en los cuales se establecen las atribuciones y facultades de cada uno de los órganos de que se compone la Comisión. Algo que no esta por demás señalar es que en el artículo quinto transitorio del decreto antes mencionado, se señalan 60 días hábiles como plazo máximo para que fuera publicado dicho reglamento interno, lo cual no fué así ya que se publicó hasta después de 72 días hábiles.

En el considerando del decreto de creación se establece que se deben reestructurar las instituciones para brindar un mejor servicio de salud y atender las quejas de los usuarios. Estas instituciones que pueden ser públicas o privadas, tienen como finalidad "proteger, promover y restaurar la salud de los habitantes del país".

Se necesita elevar la calidad de los servicios médicos, para lo cual debe de haber una institución que tenga autonomía técnica para recibir quejas, investigar y emitir opiniones, acuerdos y laudos; en la cual se diriman controversias de forma amistosa e imparcial, surgidas por las presuntas irregularidades en la prestación o negativa de prestación de los servicios médicos, y sin substituir a las autoridades jurisdiccionales.

Eso de que dicha institución será imparcial habrá que verlo, ya que entre médicos se ayudan unos a otros para tapar y esconder sus errores y equivocaciones cuando resultan lesionados sus pacientes, debido a que el gremio de médicos es muy unido y tratan de ayudarse mutuamente.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, dotado de autonomía técnica para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos, cuyo objetivo será resolver las controversias surgidas entre los pacientes y los prestadores de servicios médicos (arts. 1 y 2).

El artículo 4 del mencionado decreto señala las atribuciones de la Comisión, las cuales son:

Asesorar e informar sobre sus derechos y obligaciones tanto a pacientes como a prestadores de servicios médicos (fr. I).

La fracción II contiene uno de los verdaderos motivos por los que fue creada la mencionada Comisión que es: "Recibir, investigar y atender las quejas que presenten los usuarios de servicios médicos, por la posible irregularidad en la prestación o negativa de prestación de servicios ..." de salud, para ello, deberá admitir la información y pruebas que presenten tanto los quejosos como los prestadores de servicios de salud, así como requerir todas aquellas que crea

necesarias y llevar a cabo las diligencias pertinentes para emitir su opinión (fr. III y IV).

Como podemos observar, dicha Comisión no fue creada exclusivamente para los pacientes, sino que también los prestadores de servicios médicos podrán pedir asesorías acerca de los derechos y obligaciones que se les confieren e imponen.

Otra función que tiene y que va de acuerdo al espíritu de la Comisión, consiste en tratar de conciliar a las partes cuando haya omisiones o negligencia en la prestación de servicios médicos y tuviere efectos negativos en la salud del paciente (fr. IV).

La fracción V hace alusión al nombre de la Institución, ya que fungirá como árbitro cuando las partes así lo requieran, emitiendo el laudo correspondiente, o sea que, si las partes no quieren someterse a dicho arbitraje no hay disposición alguna que los obligue.

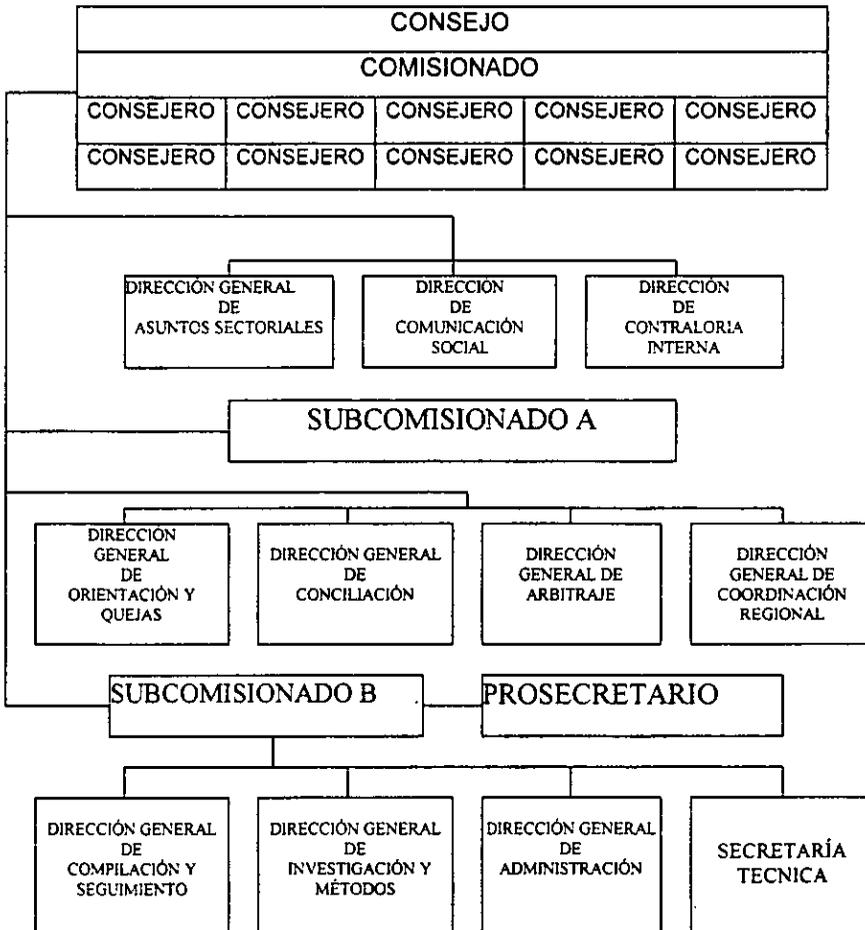
Actuará de oficio en asuntos de interés general siempre y cuando estén dentro de su competencia (fr. VI).

Cuando la susodicha Comisión solicite algún tipo de información a un prestador de servicios médicos y este no la facilite, podrá acusarlo ante las dependencias, órganos o autoridades competentes (fr. VII y VIII). Otra de sus atribuciones, es la de emitir peritajes o dictámenes cuando le sean solicitados por las autoridades judiciales (fr. IX).

Señaladas las atribuciones más importantes que tiene la tantas veces mencionada Comisión, pasaremos ahora a ver como esta integrada según los artículos 5 y 6 de su Decreto y 4, 5, 6, 7, 9 y 15 de su Reglamento Interno.

Haremos un organigrama apoyándonos en lo establecido por las disposiciones que hemos señalado para que de esta manera tengamos un panorama más claro de los órganos de los que se compone la mencionada Comisión y de quién dependen, así como, cual es el órgano más importante y apuntar cuales son las funciones que tiene cada uno de ellos.

COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO.



A los Consejeros y Comisionado los designará el presidente de la República. El cargo de Consejero será honorífico, lo que quiere decir que no recibirá ningún tipo de emolumento por la prestación de sus servicios, o sea que, sólo serán consejeros aquellos que le tengan amor al arte o que no necesiten de dinero para subsistir (atrs. 6 y 9 del Decreto).

Los consejeros serán distinguidas personalidades de la sociedad civil con brillante carrera profesional y se invitará a los presidentes de las Academias Nacional de Medicina y Mexicana de Cirugía, y una de sus actividades es conocer de los asuntos que someta a su consideración el Comisionado.

El Comisionado ejercerá la representación de la Comisión, llevará a cabo los procedimientos de conciliación y arbitraje; emitirá los acuerdos, laudos y opiniones que competan a la Comisión; vigilará que se cumplan las resoluciones y los convenios celebrados como resultado de la conciliación o el arbitraje (art. 2 fr. I, X, XI y XII del Decreto). Dicho Comisionado debe ser una persona proba y competente que ejerza actividades profesionales relacionadas con las atribuciones de la Comisión, al igual que los Subcomisionados (art. 10).

El artículo 8 del Reglamento Interno dice: "El Consejo es el órgano Supremo de autoridad de la Comisión, cuyo objetivo primordial es conducir la política que deba regir ésta, para el adecuado desarrollo de las atribuciones encomendadas".

El artículo 13 del Decreto señala que el hecho de instaurar un procedimiento ante la Comisión, no quita ni a los usuarios ni a los prestadores de servicios de salud, el derecho de poder acudir a otras autoridades competentes para dirimir las controversias.

Para atender las quejas que le competen a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, ésta podrá solicitar de la Comisión, los documentos e informes que juzgue necesarios (art. 14 del Decreto).

Otro funcionario de la Comisión es el Subcomisionado A, cuyas atribuciones son según el artículo 30 del Reglamento Interno:

Asesorar tanto a usuarios como a los prestadores de servicios médicos con respecto a sus derechos y obligaciones (fr. I).

Se encargará de recibir, admitir o rechazar las quejas sobre presuntas irregularidades en la prestación de los servicios de salud, que presenten los usuarios; y hacer las investigaciones conducentes de los hechos planteados en dichas quejas (frs. II y III).

Tratar de conciliar a las partes mencionadas en la queja o proponerles y en todo caso iniciar el procedimiento de arbitraje (frs. IV a VI).

Conocerá también de las quejas presentadas en las entidades federativas (fr. VII).

Someter a la consideración del Comisionado el proyecto de laudo o resolución procedente (fr. VIII).

Deberá también presentar los peritajes que le sean solicitados a la Comisión por las autoridades encargadas de procurar e impartir justicia (fr. XI).

Ahora bien, entre las funciones del Subcomisionado B tenemos, según el artículo 31 del mismo Reglamento:

Procurar que se cumplan los acuerdos, laudos y opiniones que emita la Comisión, comunicándolos a las instituciones prestadoras de servicios médicos (fr. I y II).

Representará a la Comisión en los procedimientos judiciales y administrativos en que sea parte (fr. III).

Otro órgano es la Dirección General de Orientación y Quejas ya que como su nombre lo indica, orienta tanto a usuarios como prestadores de servicios de salud acerca de los derechos y obligaciones que tienen de acuerdo a la Ley General de Salud, también hará el estudio correspondiente para establecer si las quejas presentadas son competencia de la Comisión o no, y en todo caso calificar el fundamento de las mismas y solicitar y analizar la información concerniente a los hechos planteados, turnarla a las autoridades competentes y remitir el expediente a la dirección General de Conciliación, o si no es procedente dicha queja, deberá turnarla a las autoridades competentes.

Si de la queja se desprende fundadamente la presunta comisión de un ilícito, deberá hacerlo del conocimiento de las autoridades competentes. Todo lo anterior va de acuerdo a lo establecido por el artículo 32 fracciones II a VIII del Reglamento.

Un órgano más es la Dirección general de Conciliación el cual se encarga, según el artículo 33 del mencionado Reglamento, de:

Analizar, investigar, solicitar informes y la documentación necesaria respecto a los expedientes que le remita la Dirección General de Orientación y Quejas (fr. I y II).

La fracción III dice: "Suscribir los citatorios y cédulas de notificación a usuarios, prestadores de servicios y demás personas relacionadas con los hechos materia de la queja".

Si de la queja se desprende que pueda haber una posible solución, actuará como conciliador, tratando de componer el asunto, para lo cual hará propuestas de posibles soluciones, si hay conciliación, elaborará los convenios correspondientes; de lo contrario propondrá a las partes el arbitraje y remitirá el expediente a la Dirección General de Arbitraje (fr. IV a X).

Esa Dirección General de Arbitraje analizará el expediente allegándose los elementos necesarios, para tal efecto, elaborará los citatorios y cédulas de notificación correspondientes, llevará a cabo todo el procedimiento de arbitraje y elaborará el anteproyecto de laudo que emitirá el Comisionado (art. 34 fr. I a V).

En una entrevista hecha al Dr. Hector Fernández Varela que es el Comisionado Nacional de Arbitraje Médico, por el Organismo Oficial de los Colegios de Profesores de la Facultad de Medicina de la U.N.A.M., publicada en el boletín llamado Tribuna Médica académica⁹⁹, explicó el procedimiento que se sigue ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, el cual es el siguiente:

Una vez que se presenta la queja por parte del paciente, se analiza, estudia y da una opinión para ver si se resuelve dicha queja o no, en caso de que no se resuelva, se cita tanto al mencionado paciente como al médico, para que este emita un informe y lo analice la Comisión y posteriormente los llaman para acudir a una audiencia de conciliación en la cual tratarán de solucionar el conflicto, se pide también la opinión de expertos externos.

⁹⁹ No. 7 Enero de 1997.

Dicha Comisión da su punto de vista y se deja en libertad a las partes para que lleguen a un acuerdo, si es que se arreglan, se firma un convenio y se da solución al problema.

Si no hubiere conciliación, se pasa al arbitraje, los árbitros de la Comisión estudian las pruebas y convocan a expertos para que coadyuven y así estar en aptitud de emitir un laudo, el que deberá ser aceptado por las partes con la obligación de cumplirlo, dicho laudo tiene el valor de cosa juzgada y podrá ser homologado por un Juez, y de este modo ya no se puede acudir a otros nuevos juicios.

Si el mencionado laudo resulta desfavorable para el médico, este deberá reparar el problema y en todo caso dar alguna satisfacción económica.

Si el médico presta sus servicios en una institución pública y causa daños irreversibles, la mencionada Comisión deberá solventar los gastos, pero de ningún modo se pone a salvo la responsabilidad del galeno además de que, avisará a las autoridades competentes, si se trata de médicos que trabajan por su cuenta, toda la responsabilidad será de él mismo.

Y esto es todo por lo que respecta a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

3.6 JURISPRUDENCIA.

Recordemos que la jurisprudencia es la interpretación reiterada que de las normas jurídicas hacen los tribunales al resolver las controversias que le son sometidas y constituye una fuente formal del derecho.

La jurisprudencia se forma, cuando lo resuelto en las sentencias de Juicio de Amparo sobre casos similares, se sustente en cinco ejecutorias y que no sean interrumpidas por otra en contrario.

Ahora bien, en relación a la responsabilidad civil médica, diremos que hay pocas tesis de jurisprudencia de las cuales algunas ni siquiera son obligatorias.

Entre las más recientes tenemos aquellas que resuelven conflictos de competencia entre la Junta Federal y un Juzgado Civil, cuando se demanda al Instituto Mexicano del Seguro Social por responsabilidad médica y al efecto se establece, como es obvio; ya que un paciente pedirá una indemnización y no como trabajador de dicha dependencia tiene conflictos con la misma; que la indemnización se pedirá ante un Juzgado Civil del fuero común, ya que la acción esta prevista en leyes locales que son suficientes para resolver tal situación, además de que dicho organismo cuenta con personalidad jurídica propia y no se afecta a la Federación.

Instancia: Cuarta Sala.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Época: 8A.

Tomo: IX Abril y IX Marzo.

Tesis: 4ª IX/92 y 4ª VIII/92.

Página: 106 y 50.

Precedentes:

Competencia 301/89. Entre la Junta Especial Número Treinta y Tres de la Federal de Conciliación y Arbitraje en el Estado de Puebla y la Juez Noveno de lo Civil del mismo Estado. 2 de marzo de 1992, Cinco votos. Ponente: Carlos García Vázquez. Secretario: Elías Álvarez Torres.

Existe otra tesis de jurisprudencia de la octava época relativa a la reparación del daño moral en el caso del robo de un recién nacido del hospital donde estaba, por una persona ajena a éste.

En efecto, se puede pedir la reparación del daño al hospital, ya que del contrato celebrado se desprende, no sólo la atención de la señora sino también la vigilancia personal del bebé, ya que la madre se encuentra imposibilitada físicamente para cuidar a su hijo; en consecuencia la institución tuvo una conducta ilícita, al actuar con negligencia.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Época: 8A.

Tomo: VII Abril.

Tesis: I. 3o. C. 347 C.

Página: 169.

Clave: TC013347 CIV

Precedentes:

Amparo directo 609/91. Sociedad de Beneficencia Española, institución de asistencia privada. 28 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Jesús Casarrubias Ortega.

Una última jurisprudencia que data de la quinta época se refiere a que la reparación del daño corresponde a los dueños de las empresas por los delitos que cometan sus empleados. Lo cual se desprende de los artículos 1924 del Código Civil y 32 del Código Penal, en relación con el 1910 del propio Código Civil, y no por el hecho de que se haya ordenado determinado tratamiento.

Cuando una enfermera causa lesiones por imprudencia al paciente internado, el dueño del establecimiento es el responsable, debido a que, y es motivo suficiente, obtiene un lucro con la explotación de dicho establecimiento y no lo releva de la obligación el hecho de que otro médico haya ordenado el internamiento y el tratamiento; o que la enfermera no obedeciera órdenes, o las hubiere obedecido de forma indebida, o no tuviera título; porque el dueño debe de contratar a personas preparadas y competentes.

Ahora bien, si la enfermera aplica un tratamiento por su propia voluntad, entonces esta situación si releva de toda responsabilidad al dueño.

Por último si en un procedimiento penal se absuelve al demandado, por no haber ofrecido las pruebas suficientes, no quiere decir que tenga el carácter de cosa juzgada, ya que se puede intentar la reparación en un procedimiento civil, porque el hacerlo queda al arbitrio de la parte interesada y en el procedimiento penal es de oficio.

Instancia: Primera Sala.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Época: 5A.

Tomo: LVI.

Página: 2323.

Precedentes:

Ovadieff Jako Jacobo Pag. 2323

Tomo LVI. 29 de junio de 1938.

Con esto terminamos lo que se refiere a Tesis Jurisprudenciales y al capítulo que nos ocupa.

CAPITULO IV

126

NECESIDAD DE IMPLANTAR OBLIGATORIAMENTE UN SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA SERVICIOS MÉDICOS.

4.1 EL POR QUÉ DE LA NECESIDAD DE IMPLANTAR UN SEGURO OBLIGATORIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA SERVICIOS MÉDICOS.

Como lo hemos visto en el capítulo anterior, para fincarle a algún médico responsabilidad (tanto civil como penal) es menester agotar un procedimiento que versa de tres etapas que son: el juicio ordinario; la apelación que consiste en la revisión que hace el superior del juzgado (la Sala del Tribunal Superior de Justicia) y nos encontramos por último con el Amparo o Juicio de Garantías, en el cual se revisará si en el procedimiento se violaron o no garantías constitucionales.

Por lo que hace al juicio penal, si es que optamos por este, la sentencia que condene al médico a la reparación del daño, sólo será favorable cuando lo solicite el Ministerio Público ya que este es parte en el juicio y el ofendido sólo se reduce a la calidad de coadyuvante y por tanto no tenemos personalidad bastante para hacerle solicitudes directas al juez como lo haríamos en materia civil. Es por ello que aun cuando se le finque responsabilidad penal al galeno, si el Ministerio Público no pide y no comprueba además el daño, este no será reparado por esta vía y sin embargo si estuviese implantado un seguro obligatorio para la responsabilidad civil del médico, independientemente de que sea responsable

penal o se hayan pedido y demostrado los daños y perjuicios, sólo demostrando los daños ante la aseguradora, ésta con trámites únicamente administrativos nos lo repararía a más tardar en un mes de acuerdo a la costumbre de las aseguradoras. Como ejemplo de este tipo de trámites administrativos, lo tenemos con la Aseguradora Monterrey Aetna, S.A., la cual cuenta con un grupo de peritos médicos que tienen la facultad de evaluar primero, si existió un daño; segundo, si este daño lo ha ocasionado el galeno responsable; y tercero, si la compañía aseguradora tiene o no la obligación de indemnizar a la persona que sufrió el daño o a su beneficiario.

En cuanto a la competencia de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, habremos de rescatar lo siguiente:

Dicha comisión conoce de las controversias que se suscitan entre un paciente y su galeno.

Esta es una autoridad meramente administrativa la cual carece de *imperium* para someter a las partes a un juicio arbitral ya que es facultad de las mismas someterse o no a este tipo de procedimiento, por tal motivo se ve el inconveniente de llevar a cabo este procedimiento porque en el caso de que el médico no se someta al procedimiento arbitral de la mencionada Comisión, ésta dejará sus derechos a salvo para que sea un juez civil quien decida cual de las partes es la que tiene razón, luego entonces en términos prácticos este procedimiento no sirve sino para retrasar el cumplimiento de la reparación del daño.

Lo anterior por un lado, y por el otro hay que hacer notar que cuando las partes se someten al arbitraje de la Comisión, esta en sus laudos resolutivos, si resulta favorable para el paciente, impone irrisorias indemnizaciones por concepto de reparación del daño, por tal motivo, una vez más manifestamos la necesidad

de implantar un seguro obligatorio para que los daños ocasionados por los médicos o por sus asistentes sean reparados con un mínimo razonable.

Por lo que hace a lo que la Ley General de Salud y su Reglamento disponen, como ya lo hemos visto en lo referente a la reparación del daño, es decir, a la responsabilidad civil de los médicos, no regulan ni siquiera un mínimo, por lo que al tema de este trabajo se refiere. Pero no nos confundamos, porque en dichos ordenamientos se contienen una serie de requisitos que al ser incumplidos incurriría en responsabilidad el médico, tanto civil, penal o administrativa, y a lo que nos referimos es a la manera de indemnizar.

Como nuestra materia es la civil en esta investigación nos ampliaremos un poco y retomaremos algunos aspectos de lo que precedentemente hemos anotado.

Visto que, hemos señalado el procedimiento de una manera práctica y como se lleva administrativamente en los tribunales, nos dimos cuenta que del cómputo de tiempo, se arroja un resultado de aproximadamente 140 días en el juicio de primera instancia, que hacen un total también aproximado de cuatro meses y medio sin contar vacaciones, días festivos, paros de labores, y pensando además que las labores del juzgado son desahogadas y que el abogado contrario actúa sin chicanerías y marrullerías tendientes a ampliarlo, como sería por ejemplo: ofrecer pruebas inoperantes con el objeto de alargar el procedimiento, o bien, robarse el expediente (lo que se conoce en el ámbito litigioso como recurso de alzada), sin olvidar también las trampas utilizadas por el demandado para no ser notificado como: cambiar de domicilio constantemente, y en fin, pensando en que ese procedimiento de primera instancia sea pronto y expedito. Luego entonces, podemos observar lo difícil y engorroso que puede ser el llevar a cabo el procedimiento requerido para lograr la reparación del daño.

Siguiendo con pensamientos platónicos en el sentido de que se ha ganado la sentencia de primera instancia a favor de la víctima del daño, el galeno todavía tiene la posibilidad de apelar dicha sentencia y ganar en el mejor de los casos cuando menos cuatro meses más (de la misma manera que dijimos anteriormente, o sea, sin vacaciones....). Continuando con el mismo pensamiento (platónico) y que la resolución de la Sala, es decir, la sentencia de la apelación para mejor entenderlo, igual que la anterior, sea favorable a la víctima, el médico aún puede hacer uso del Juicio de Amparo y ganar con ello cuando menos, un tiempo igual al de la apelación.

Como vimos con lo anteriormente expuesto, nos dimos cuenta de que el tiempo que se invierte es extremadamente extenso y desgastante, habría que preguntarnos que persona podrá sostener un juicio de esta naturaleza por lo agotante que éste es y además por lo costoso que resultaría y aún más, estando lesionada, (¿Cuánto compañero abogado cobrarías por un juicio de esta naturaleza y cuantos gastos extrajudiciales se hacen?).

A parte de lo engorroso, tardado, costoso, fatigante, todavía debemos mencionar que entre los médicos existe un espíritu fraternal y de solidaridad, por lo que entre ellos no se dañan de ninguna manera, y en el juicio del que estamos hablando, para comprobar la impericia o falta de cuidado del facultativo, es menester un dictamen pericial, mismo que por lo antes expuesto, es completamente parcial.

De acuerdo a la realidad que se vive con respecto a la responsabilidad civil del médico, estamos plenamente convencidos de la necesidad de implantar un seguro obligatorio que garantice el cumplimiento de la responsabilidad civil de los médicos, aclarando que, nuestra preocupación no es la de intimidar al galeno para que no cause daños a sus pacientes, tampoco perseguimos que el médico por el hecho de tener asegurada su responsabilidad, actúe de manera indiferente,

esto es, que actúe bien o mal, sino nuestra intención es la de garantizar una indemnización al que ha sufrido un daño, como un anhelo de justicia.

4.2 EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.

A pesar de que algunos autores consideran que no es conveniente para la ética de los médicos un seguro de responsabilidad civil, arguyendo que todos los profesionales tienen la obligación común de poner en la práctica todos los medios a su alcance y todo el conocimiento disponible a la ciencia o a la disciplina a la cual tratan de honrar y que como vimos se conoce como obligaciones de medios en oposición a las de resultados, las que consisten en prometer un resultado completamente satisfactorio. En ese mismo orden de ideas, Alfredo Achával afirma: "el seguro es negocio para el seguro y nunca para el paciente o sus familiares. Tampoco resultará beneficiado el médico, pues su prestigio y el de los demás médicos quedará lesionado. Volvemos a afirmar que no se puede cambiar dinero por salud. Debemos procurar la confianza en la atención médica con mejores medios técnicos y humanos, y nunca respaldar de desconfianza con dinero de un seguro, ello es tan solo deshumanizar aun más la medicina y su servicio".¹⁰⁰

Como bien lo dice el autor citado, el seguro es negocio para el seguro, y por supuesto que debe ser negocio, porque la compañía aseguradora no es una fundación de beneficencia, sino que es una sociedad anónima que busca como objetivo obtener lucro, pero esto no es lo que se está cuestionando, lo que se pretende es, no que sea un negocio ni para el médico ni para la víctima, sino que sea un medio para resarcir si es posible, el daño al estado en que se encontraba antes de sufrirlo y de no ser esto posible, retribuirlo.

¹⁰⁰ Achával, Alfredo. Op. Cit. Pag. 64.

En cuanto a que el médico tampoco resultará beneficiado, no estamos nada de acuerdo ya que este no va a responder económicamente, es decir, no será afectado su patrimonio en caso de dañar a alguien, pues a cambio de una prima, el seguro o la compañía aseguradora resarcirá el daño y claro esta que este es un beneficio para el galeno.

Por lo que hace al aspecto moral, el facultativo también es beneficiado ya que si este responde por sus errores o si hay alguien que responda por ellos, los demás pacientes tendrán la seguridad de que en caso de ser dañados se les tratará de subsanar tal daño.

Al respecto de la inconveniencia de implementar un seguro de responsabilidad civil para los galenos, sólo mencionares a este autor, ya que por obvias razones no es de interés para nosotros, ésta, por tal motivo, continuaremos con los autores que si lo mencionan, no sólo como una necesidad sino ya como una realidad, de acuerdo a lo señalado por Mariano Yzquierdo Tolsada.

Este autor hace una compilación de datos relacionados con la evolución de la responsabilidad y del seguro, así tenemos que menciona, que en los años presentes se prevé un mayor desarrollo y expansión en la aplicación del principio de responsabilidad objetiva, en donde la persona que causa un daño se vea obligada a indemnizar sin que su elemento esencial sea el de negligencia, y como muestra nos señala que en los Estados Unidos de Norte América y en el Consejo de Europa y la Comunidad Económica Europea, se encuentra la normatividad de la responsabilidad objetiva, de la cual en capítulo precedente hemos hablado y puntualizado.

Sigue señalando el citado autor que la legislación, la jurisprudencia, los hábitos sociales, la economía, el maquinismo y otros factores análogos, han influido poco a poco en un aumento de los siniestros y en consecuencia en el

número y en la cuantía de las reclamaciones, lo que trae aparejada la mentalidad y predisposición a la protección de la víctima y en consecuencia se han producido cambios en el campo del derecho en lo que se refiere a la responsabilidad civil¹⁰¹.

Por todo lo anterior, es necesario hacer mención que si el número de siniestros aumenta y el número de exigencias o demandas también crece paralelamente a estos, una forma más sencilla y simplificada de darle solución a los conflictos que se generan, es imponiendo la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil en las actividades profesionales que tengan más incidencia a los siniestros, y en el caso que nos ocupa como el número de siniestros y reclamaciones por los mismos han aumentado, volvemos una vez más, a reiterar la necesidad de implementar un seguro de responsabilidad civil para los médicos, es importante hacer notar que, en nuestro medio, si bien es cierto que ya existen dichos seguros, aun son muy escasos, porque no todas las compañías aseguradoras que operan en nuestra circunscripción territorial cuentan con este seguro ya que de la investigación que hicimos al respecto en nuestro ámbito territorial, operan 63 de dichas compañías aseguradoras, de las cuales más del 60% de ellas, no cuentan con el seguro de responsabilidad civil para los médicos y las que cuentan con este tipo de seguros, exigen un cúmulo de requisitos exagerados, y sólo por citar un ejemplo, en la compañía aseguradora denominada Comercial América, se requieren para la contratación del seguro aludido, ciertas características del galeno como son:

1. Generales del asegurado.
2. Vigencia solicitada del seguro (regularmente son anuales), suma asegurada.
3. Número de años que ha practicado en forma efectiva la actividad profesional, si ha tenido o no contratos de responsabilidad civil profesional.

¹⁰¹ Yzquierdo Tolzada, Mariano. La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal. 1ª Edición. Madrid. 1989. Pág. 375 y ss.

4. En que lugar desempeña sus actividades, como por ejemplo: consultorio propio o en otros establecimientos como médico externo.
5. Si tiene alguna especialidad y especificar cual.
6. Si utiliza aparatos de riesgo como lo son los rayos x u otros análogos, si posee y aplica materiales radioactivos, si posee u opera farmacias, si tiene empleados y de que tipo.

Es necesario aclarar que esta compañía puede requerir todavía otras características más, que la misma a de hacer de acuerdo a las condiciones que anteriormente hemos expuesto, como son: una estadística del número de pacientes que atiende y el tipo de riesgo de cada uno de éstos, y alguna otra relacionada. En cuanto al costo de este seguro podemos mencionar que este es elevado en relación a otros tipos de seguros y para hacer esta comparación tenemos que para el SUVA la prima anual es de 300 pesos aproximadamente, el de responsabilidad civil para los automovilistas es aproximadamente de 800 pesos con un límite de 250,000 pesos, y para el seguro de responsabilidad civil profesional del médico, la prima más baja anual es de 1183 pesos correspondiéndole una suma asegurada de 100,000 pesos, y a medida que sube la suma asegurada paralelamente el costo de la prima sigue la misma suerte, además debemos de hacer mención de que la prima mencionada es para médico general, pues si fuese especialista dependiendo de la especialidad esta elevará su costo y por citar algún ejemplo, diremos que en la especialidad de odontología es de 1883 pesos y en la de ginecología es de 1580 pesos anuales, con la misma suma asegurada de 100,000 pesos.

De los datos anteriores podemos deducir que el seguro de responsabilidad civil de los automovilistas es de .36% de la suma asegurada, y que el seguro de responsabilidad civil de los profesionales médicos, por supuesto el más económico, es de 1.18% de la suma asegurada y 1.58% en caso de que la

especialidad sea de más riesgo, por tal motivo tenemos que el seguro médico más barato es de 3.2 veces más alto que el compulsado.

Siguiendo este tipo de estudio, debemos de señalar que el costo tan alto que se paga por un seguro que cubra el ejercicio profesional del galeno no sólo es consecuencia de los índices de reclamación que existen por la responsabilidad de los médicos, sino también lo es por el hecho de que el número de galenos que se aseguran es mínimo, por no decirlo, casi inexistente, por tanto, si el número de galenos asegurados se incrementara, el costo por este seguro bajaría notablemente, ya que las utilidades obtenidas por este concepto son muy escasas para las aseguradoras por el escaso número de asegurados como lo dijimos anteriormente, pero si este aumentara, en la medida que lo haga subirán las utilidades y una técnica de mercadotecnia es aquella que reduce utilidades por unidad pero aumenta la utilidad neta.

4.3 CONDICIONES GENERALES.

La Ley Sobre el Contrato de Seguro en su artículo primero, nos define el contrato de seguro de la siguiente manera: "Por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato".

De esta definición encontramos ciertos elementos como son los personales y los objetivos.

Los elementos personales son por un lado la compañía aseguradora que debe de ser una sociedad anónima en donde el capital social no es un capital de explotación, sino que es un fondo de garantía.

Por otro lado tenemos al asegurado que puede ser una persona física o bien una persona moral. En este tipo de operación jurídica el contratante puede ser una persona distinta del asegurado y del beneficiario, por tanto puede haber: un contratante, un asegurado y un beneficiario, esto no impide que una persona pueda tener las tres calidades a la vez.

Elementos objetivos: El objeto de este contrato es la subrogación de la responsabilidad del asegurado a la compañía aseguradora, cuando se ha realizado la eventualidad prevista en el mismo contrato.

En cuanto a las condiciones generales del seguro materia del presente trabajo, podemos hablar de la materia del seguro, de su alcance económico, hasta donde cubre este, su delimitación, cuales son las responsabilidades amparadas y cuales no lo son, cuales son los supuestos en los que se extinguen las obligaciones de la aseguradora; en caso de ser procedente, en que lugar y cuando se debe de pagar la indemnización; para tener una mejor visión de lo anterior nos hemos dado a la tarea de ir desglosando uno a uno los elementos antes mencionados de la siguiente manera.

4.3.1 MATERIA DEL SEGURO.

Como es lógico, el objeto de este trabajo es el de implementar de manera obligatoria un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio profesional de los médicos, por tal motivo la materia del seguro va a ser encaminada y orientada al ejercicio profesional de los galenos.

Entonces tenemos que la materia del seguro consiste en que una compañía aseguradora se obligue a pagar los daños y consecuentemente los perjuicios así como el daño moral, que el galeno cause a terceros en ejercicio de su profesión y por los que este deba de responder, de conformidad con la

responsabilidad que surge tanto del artículo 1913 del Código Civil, por lo que hace a la responsabilidad objetiva y por hechos u omisiones ocurridos durante la vigencia de la póliza relacionada con este contrato y que causen el menoscabo de la salud o la muerte de dichos terceros (pacientes del galeno).

4.3.2 ALCANCE DEL SEGURO.

Al referirnos al alcance del seguro debemos entender por esto el límite de la obligación de la compañía aseguradora y esta debe de comprender el pago de los daños y consecuentemente los perjuicios y el daño moral por los que sea responsable el galeno.

Este seguro debe cubrir cuando menos el mínimo que establece el Código Civil en su artículo 1915 el cual reza de la siguiente manera: "La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, o en el pago de los daños y perjuicios...". Como podemos observar la reparación del daño de acuerdo a lo que hemos señalado en capítulos precedentes, consiste en restituir las cosas al estado en que se encontraban antes del momento en que se ocasionó el daño y de no ser posible dicha restitución, la obligación consistirá en el pago de daños y perjuicios.

La lógica elemental nos conduce al siguiente razonamiento:

Si el galeno por impericia o negligencia produce un daño, es obvio que el ofendido (paciente) ya no le tenga la confianza suficiente y cuando sea posible la restitución al estado en que se encontraban las cosas, es necesario el auxilio de otro médico y la reparación de dicho daño consistirá en el pago de los gastos que se generen a fin de repararlo.

Siguiendo con el artículo 1915 este establece: "...Cuando el daño se causa a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que este en vigor en la región y se extenderá el número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima".

Igualmente como veníamos señalando en capítulos anteriores, cuando no es posible volver las cosas al estado en que estas se encontraban, la obligación de hacer es convertida en una obligación de dar y por ello como hemos visto, el Código Civil nos marca que dicha reparación será de acuerdo con la Ley Federal del Trabajo, tomando como base el cuádruplo del salario mínimo.

Por tanto tenemos que el alcance del seguro que se propone debe ser de acuerdo a las condiciones específicas de las víctimas del daño y no como se contrata actualmente, ya que ordinariamente se contratan límites numerarios por los cuales responde la aseguradora y por citar algún ejemplo e ilustrar nuestra idea mencionaremos que seguros Comercial América S.A. de C.V., propone como límite del seguro el de 100,000; 200,000 y 500,000 pesos respectivamente y obviamente de acuerdo al límite es el costo de la póliza. Como podemos observar no hemos puesto límite al seguro ni queremos proponer un límite a este, por lo tanto podríamos preguntarnos si sería costeable para las compañías aseguradoras este particular, y responderíamos que el presente seguro tiene como objeto el reparar el daño a la parte más débil y por tanto no es el objeto el de llenar los bolsillos de las aseguradoras y si este no es el objeto, las aseguradoras privadas carecerían de interés de promover éste, por tanto creemos que las instituciones nacionales sí pueden hacerse responsables del mencionado

seguro, y dichas compañías nacionales son Aseguradora Hidalgo, S.A., y Agroasemex. S.A.

Queremos que quede claro, que a lo que aspiramos, es que se implemente un mecanismo por medio del cual la indemnización se cubra en su totalidad al paciente, ya sea tanto por el daño más pequeño como por uno de consecuencias muy graves, por tanto, si la empresa es nacional y recibe todas las cantidades que por concepto de prima le pagarán los prestadores de servicios de salud, se ira creando una reserva capaz de hacer frente a las necesidades vitales de los pacientes afectados, de otro modo, si intervienen todas las empresas particulares que existen en el mercado, los profesionales contratarían con la que mejor le presente su oferta, distribuyéndose de esta manera las cantidades de las primas, entre tantas empresas que existan, no lográndose así conformar el fondo común, capaz de resarcir cualquier daño.

4.3.3 DELIMITACIÓN TERRITORIAL DEL ALCANCE DEL SEGURO.

En este particular habremos de señalar que los seguros garantizan sólo los riesgos derivados de daños producidos en un determinado territorio el cual debe comprender sólo el territorio de nuestro país, salvo que en determinado momento cambiaran las condiciones a través de tratados internacionales en los cuales se obligará el Estado mexicano a otras condiciones diferentes que repercutirán en nuestra legislación, como sucede en la legislación Comunitaria Europea que mencionamos anteriormente.

4.3.4 RESPONSABILIDADES AMPARADAS Y NO AMPARADAS EN EL CONTRATO DE SEGURO.

En este particular diremos que en los contratos de seguro que existen en las diferentes compañías aseguradoras hay más responsabilidades no amparadas que las amparadas. Las amparadas según Comercial América, Inbursa y Monterrey Aetna son:

a) La responsabilidad civil a consecuencia de culpa del galeno ya por negligencia o impericia, siempre y cuando los hechos hayan ocurrido dentro de la vigencia de la póliza. Contendida en esta se encuentran las acciones u omisiones cometidas en el ejercicio de una actividad profesional médica por sus dependientes laborales (practicantes, residentes, enfermeras, paramédicos, laboratoristas y cualquier otro análogo).

b) La responsabilidad civil en que incurre el galeno asegurado por negligencia en la ejecución de un procedimiento quirúrgico.

c) La responsabilidad civil del médico como propietario, usufructuario, arrendatario o condómino en los que se desarrollen las actividades propias de la profesión médica. Así mismo las derivadas de la posesión y uso de aparatos y tratamientos médicos con fines de diagnóstico o terapéutica. También las derivadas del suministro de medicamentos, siempre y cuando el suministro sea parte necesaria de la prestación del servicio médico otorgado por el galeno asegurado.

Por lo que hace a las responsabilidades no amparadas, las compañías aseguradoras que tratamos manifiestan que el contrato no ampara ni se refiere a reclamaciones o responsabilidades que a continuación mencionamos:

a) Por daños derivados del ejercicio de la profesión propia del galeno con fines no acordes al diagnóstico o a la terapéutica.

b) Cuando se ejecute un procedimiento quirúrgico distinto a la especialidad del médico asegurado.

- c) En el caso de cirugía plástica o reconstructiva no se responde de su aspecto estético resultante de la cirugía.
- d) Por daños derivados de transfusiones de sangre.
- e) Cuando el galeno proporcione sus servicios en un estado de intoxicación ya sea por alcohol, enervantes o narcóticos.
- f) Por daños derivados de la aplicación o efectos de anestesia general no aplicada por anesthesiólogos en una institución especializada, pero tratándose de odontólogos y ortodoncistas.
- g) Por daños de cualquier tipo que no sean consecuencia directa del actuar del asegurado, por ejemplo: peritajes.
- h) Cuando se pretenda el reembolso de honorarios profesionales.
- i) Reclamaciones hechas por donadores de órganos y tejidos o sus familiares.
- j) Por daños de cualquier tipo relacionados con el contagio de enfermedades producidas por el SIDA.
- k) Derivadas de los defectos de fabricación o deficiencias en los medicamentos recetados por el asegurado.
- l) Por daños derivados de medicamentos en experimentación que no estén registrados conforme a las leyes aplicables.
- m) Causadas por daños genéticos.
- n) Por multas o sanciones de carácter civil o penal.
- o) Daños derivados de cualquier caso fortuito o fuerza mayor.
- p) Por Daños causados por actos bélicos o por cualquier acto causado por la voluntad humana y que perturbe el orden social.
- q) Por daños ocasionados por dolo o mala fe del asegurado.
- r) Por culpa grave de la víctima.
- s) Por daños derivados del uso de vehículos a menos que se empleen dentro del inmueble del asegurado.

t) Daños causados por los familiares o parientes del asegurado que vivan con él, así como de otras personas con funciones de dirección dentro de la actividad médica.

u) Daños causados por inconsistencia del suelo o subsuelo.

v) Por cualquier otra causa imputable al asegurado de acuerdo a la Ley Federal del Trabajo, Ley del Seguro Social o cualquier otra disposición complementaria a las anteriores leyes.

Dentro de las responsabilidades no amparadas impuestas arbitrariamente por las compañías antes señaladas, se encuentran 22 supuestos en los cuales dichas compañías se excusan de la reparación en situaciones que no deben hacerlo como por ejemplo: por los daños derivados en el caso de la cirugía estética, y no hay que perder de vista que existe dentro de la medicina una especialidad en relación a este tipo de cirugía y que muchas veces el objeto del contrato de servicios profesionales médicos lo es el cambio o mejoramiento de la estética y claro que se pueden producir daños tanto físicos como morales por los cuales alguien debe de responder y es lógico que el responsable es el médico, pero la compañía aseguradora se subrogaría en la obligación.

En la mayoría de las responsabilidades no amparadas a consideración nuestra, encontramos que la compañía aseguradora sí debe responder por los daños causados en los incisos a), b), c), e), f), h), l), dando el derecho a dicha compañía aseguradora de repetir en algunos casos en contra del responsable directo del daño, lo anterior con el propósito de justicia, ya que el único que no tiene ninguna responsabilidad, es decir ninguna culpa y ningún beneficio es el ofendido.

4.3.5 EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.

Consideramos que la obligación de la compañía aseguradora es la subrogación de la responsabilidad en que haya incurrido el galeno o en la que éste pueda incurrir dentro del período de la vigencia del contrato de seguro.

Por tanto dicha obligación se extingue en el momento en que deja de tener vigencia el contrato referido.

Cuando dentro del período de vigencia ocurre un percance, la compañía aseguradora esta obligada a indemnizar al ofendido o al beneficiario y este puede reclamar el pago de la obligación dentro de los dos años siguientes a la fecha en que ocurrió el siniestro, lo anterior tiene como fundamento lo establecido en los artículos 81 y 82 de la Ley sobre el Contrato de Seguro.

4.3.6 LUGAR Y PLAZO DEL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN.

El lugar del pago según la costumbre de las aseguradoras y además por ser lo más adecuado, se hace y debe hacerse en sus oficinas.

En cuanto al plazo para pagar dicha indemnización, éste debe de ser el más breve posible y según el uso de dichas compañías, es de treinta días como máximo a partir de la fecha del siniestro si es que en esta fecha se exige dicha indemnización, o a partir de que se haga la reclamación correspondiente.

Podemos mencionar y por tanto mencionaremos que la fecha del siniestro la mayoría de las veces no es la misma que la de la reclamación porque siempre se espera uno al resultado de la terapéutica empleada por el galeno, por tanto a partir de la fecha de reclamación la compañía aseguradora deberá obligarse a que dentro del período de tiempo antes señalado haga la indemnización correspondiente.

4.4 MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 79 DE LA LEY GENERAL DE SALUD PARA HACER OBLIGATORIO EL USO DE UNA PÓLIZA VIGENTE DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA SERVICIOS MÉDICOS.

Como se ha visto en puntos anteriores, en el Código Civil, en la Ley de Profesiones, en la Ley General de Salud y su reglamento, en el Decreto de Creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y su reglamento interior, no existe una normatividad que le exija a los galenos la necesidad de contar con un seguro de responsabilidad civil profesional.

El Código Civil, regula en términos generales el concepto de Responsabilidad Civil pero, como dijimos, en general y no es el ordenamiento que debe exigirle al galeno el seguro aludido.

La Ley Reglamentaria del artículo 5° Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones, este ordenamiento menciona un catálogo de las profesiones que requieren del título respectivo, expedidos y registrados por las autoridades educativas que son competentes para hacerlo, pero este catálogo también es general y no hace un estudio y por ende una normatividad específica de la profesión de los galenos y es por esto que en dicha ley no se debe de regular el seguro que da sustento a este trabajo.

En cuanto al Decreto de creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y su reglamento, señalan qué es, como se integra y cuales son sus atribuciones, pero de ninguna manera y por ningún lado menciona algo sobre responsabilidad médica, a parte de que tampoco dice quienes son los prestadores de servicios médicos, ya que este decreto nos remite en su artículo 3° a la Ley

General de Salud, y creemos que este ordenamiento no es el idóneo para reglamentar un seguro de responsabilidad civil para servicios médicos.

En cambio, la Ley General de Salud, si define esta cuales son los profesionales, es decir, quienes pueden tener actividades profesionales relacionadas con la salud, (prestadores de servicios médicos).

El artículo 79 que se encuentra situado dentro del Título cuarto denominado Recursos humanos para los servicios de salud, Capítulo primero llamado Profesionales, técnicos y auxiliares, actualmente tiene el siguiente texto:

"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 otras disposiciones legales aplicables, se requiere que los títulos profesionales o certificados de especialización hayan sido legalmente expedidos y registrados por las autoridades educativas competentes.

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 del lenguaje, prótesis y órtesis, trabajo social, nutrición, citotecnología, patología, bioestadística, codificación clínica, bioterios, farmacia, saneamiento, histopatología y embalsamamiento y sus ramas, se requiere que los diplomas correspondientes hayan sido legalmente expedidos y registrados por las autoridades educativas competentes".

Sin embargo, podemos darnos cuenta que el campo de los prestadores de servicios médicos en la actualidad se ha ampliado, debido a los avances científicos que ha tenido la ciencia médica, por lo que podemos observar que si

bien antes los galenos tenían todas y cada una de las calidades mencionadas en el citado artículo, hoy en día ello no es factible. No obstante, quienes dirigen y deciden sobre cual será el tratamiento o la intervención quirúrgica a seguir lo siguen siendo ellos. En consecuencia nosotros pensamos y por consiguiente sugerimos que la modificación a este artículo debe conformarse en los siguientes términos:

La primera parte, es decir el primer párrafo debe quedar intacto, pero a continuación debemos adicionar otro que diga lo siguiente: "Además de los requisitos antes señalados, la persona que preste los servicios mencionados en el párrafo anterior, deberá de tener una póliza vigente de seguro de responsabilidad civil profesional para servicios médicos. Lo mismo se requiere para el profesional que independientemente preste dichos servicios".

De acuerdo a lo anterior, el texto definitivo del artículo 79 de la mencionada Ley será el siguiente:

- "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 otras disposiciones legales aplicables, se requiere que los títulos profesionales o certificados de especialización hayan sido legalmente expedidos y registrados por las autoridades educativas competentes.

Además de los requisitos antes señalados, la persona que sea responsable de la prestación de los servicios de los profesionales mencionados en el párrafo anterior, deberá de tener una póliza vigente de seguro de responsabilidad civil profesional para servicios médicos. Lo mismo se requiere para el profesional que independientemente preste dichos servicios.

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 del lenguaje, prótesis y órtesis, trabajo social, nutrición, citotecnología, patología, bioestadística, codificación clínica, bioterios, farmacia, saneamiento, histopatología y embalsamiento y sus ramas, se requiere que los diplomas correspondientes hayan sido legalmente expedidos y registrados por las autoridades educativas competentes".

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La responsabilidad civil es aquella obligación que surge ya sea por un riesgo creado o bien por la realización de un hecho ilícito y trae como consecuencia la reparación del daño, consistente en volver las cosas al estado en que se encontraban antes de realizarse el daño y de no ser posible tal realización, consistirá en indemnizar a la víctima del daño o al beneficiario.

SEGUNDA.- Los elementos de la responsabilidad civil generada por un hecho ilícito son: Conducta, daño, relación causal, antijuridicidad y culpa.

TERCERA.- Consideramos que la doctrina en general no debiera distinguir el daño moral del patrimonial o hacer referencia a otro tipo de daño, ya que sólo existe daño patrimonial, y este se subdivide en daño en los derechos y daño en los bienes.

CUARTA.- La culpa en sentido amplio, debe dividirse para su estudio en dolo y culpa en estricto sentido y esta a su vez no debe ser subdividida en grave, leve o levisima y más aún en negligencia, impericia o imprudencia, sino que, acaso, debe ser culpa de acción o positiva y de omisión o negativa.

QUINTA.- La persona que ejerce actividades relacionadas con la medicina, como cualquier otro individuo, es susceptible de incurrir tanto en un hecho ilícito como en la creación de un riesgo.

SEXTA.- Las dos únicas formas de extinguir las obligaciones que surgen de la responsabilidad civil del médico son: la indemnización hecha directamente por el médico y, la subrogación de la deuda por la compañía aseguradora a través del seguro de responsabilidad civil para servicios médicos.

SEPTIMA.- La responsabilidad civil por riesgo creado surge cuando se dan los siguientes elementos: El uso de objeto peligroso en sí mismo, la realización de un siniestro, un daño a un tercero y la licitud del uso del objeto peligroso.

OCTAVA.- La responsabilidad objetiva surge de un hecho lícito y este hecho lícito consiste precisamente en utilizar un objeto peligroso, ya que si el uso de dicho objeto peligroso es ilícito, la responsabilidad civil surgirá por la culpa o dolo del agente y estaríamos en presencia de un hecho ilícito y ello porque el objeto peligroso es medio o instrumento que produce el daño pero no es el causante del mismo.

NOVENA.- Una forma de dar cumplimiento a la obligación surgida de la responsabilidad civil, es la subrogación de una empresa aseguradora, en la deuda del galeno, a través de la creación de un seguro obligatorio.

DÉCIMA.- En la actualidad, el procedimiento ordinario tendiente a hacer efectiva la responsabilidad civil es largo, complicado y costoso, y por consecuencia ineficaz; existe también el procedimiento que se sigue ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico que es menos largo, no tan complicado y gratuito, sin embargo es poco satisfactivo, ya que no cubre las necesidades mínimas de los pacientes.

DÉCIMA PRIMERA.- El seguro de responsabilidad civil debe ser un requisito para poder ejercer la actividad del profesional de la salud.

DÉCIMA SEGUNDA.- La empresa aseguradora debe ser nacional, a efecto de que cuando no sea costeable el seguro de responsabilidad civil, el Estado pueda hacer frente a la responsabilidad de los galenos.

DÉCIMA TERCERA.- A medida de que aumente el número de asegurados al hacer obligatorio el seguro de que se trata, este será menos costoso.

DÉCIMA CUARTA.- Es necesario reformar el artículo 79 de la Ley General de Salud a efecto de que sea obligatorio para el ejercicio de la actividad profesional médica, tener póliza vigente del seguro de responsabilidad civil para servicios médicos.

APÉNDICE.

Instituto de Seguridad
y Servicios Sociales
de los Trabajadores
del Estado.

Subdirección General Médica

Autorización de Tratamiento

C. Director de _____
P r e s e n t e

El que suscribe

_____ persona responsable del enfermo

_____ autoriza plenamente a los médicos encargados de su atención en esta Unidad, para efectuar el tratamiento médico o quirúrgico de su enfermedad y realizar las investigaciones que se encuentran indicadas para el diagnóstico de su mal. Aceptando de antemano riesgos que el uso de dichos procedimientos impliquen. Se compromete a someterse a todas las disposiciones y reglamentos de la institución.

México, D.F., a _____ de _____ de 19 _____

_____ Firma del enfermo o persona responsable

T E S T I G O S

HOJA DE AUTORIZACIÓN DEL PACIENTE.

México, D.F., a ____ de _____ de 19__

C. _____

DIRECTOR DEL HOSPITAL: _____

P R E S E N T E :

NOMBRE DEL PACIENTE: _____

Apellido Paterno Apellido Materno Nombre(s)

DOMICILIO: _____

EDAD: _____ SEXO: _____ ESTADO CIVIL: _____

OCUPACIÓN: _____

DATOS DEL CÓNYUGE: _ PADRES: _ FAMILIAR MÁS CERCANO: _ OTROS: _

NOMBRE: _____

DOMICILIO: _____

Al ingresar como paciente al Hospital, acepto de conformidad las condiciones que a continuación se expresan:

- 1) Se practiquen los exámenes y estudios necesarios para el esclarecimiento de la naturaleza de la enfermedad, motivo del ingreso al Hospital.
- 2) En caso necesario, se lleven a cabo los procedimientos médicos y/o quirúrgicos, encaminados al tratamiento, curación y rehabilitación de la enfermedad que motivó el ingreso al Hospital.
- 3) El egreso del Hospital, se lleve a cabo cuando el(los) médico(s) tratante(s) lo juzgue(n) conveniente.

FIRMA O HUELLA DIGITAL DEL PACIENTE O REPRESENTANTE

TESTIGO: _____ TESTIGO: _____

FIRMA: _____ FIRMA: _____

DOMICILIO: _____ DOMICILIO: _____

BIBLIOGRAFÍA.

Achával, Alfredo. Responsabilidad Civil del Médico. Segunda Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1992.

Altavilla, Enrico. La Culpa. Cuarta Edición. Temis, S.A. Bogotá, Colombia. 1987.

Alterini Atilio, Anibal. Responsabilidad Civil. Tercera Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1987.

Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. Tercera Edición. Harla, S.A. de C.V. México, 1984.

Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Doceava Edición. Porrúa, S.A. México, 1991.

Bustamante Alsina, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Séptima Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1992.

Carrasco Gómez, Juan José. Responsabilidad Médica y Psiquiátrica. Primera Edición. Cólex. Madrid, 1990.

Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Trigésima sexta Edición. Porrúa, S.A. México, 1996.

Díaz Bravo, Arturo. Contratos Mercantiles. Tercera Edición. Harla, S.A. de C.V. México, 1983.

Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Séptima Edición. Porrúa, S.A. México, 1990.

Lorenzetti Ricardo, Luis. Responsabilidad Civil de los Médicos. Primera Edición. Rubinzal y Culzoni S.C.C. Argentina, 1986.

Martínez Calcerada, Luis. Derecho Médico General y Especial. Primera Edición. Tecnos. España, 1986.

Pina, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. III. Tercera edición. Porrúa, S.A. México, 1973.

Riú, Jorge Alberto. Responsabilidad Profesional de los Médicos. Primera Edición. Lerner Editores Asociados. Argentina, 1981.

Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomos III y IV. Decima novena Edición. Porrúa, S.A. México, 1988.

Santos Briz, Jaime. La responsabilidad Civil. Sexta Edición. Montecorvo, S.A. Madrid, 1991.

Soto Lamadrid, Miguel Angel. Biogenética Filiación y Delito. Primera Edición. Astrea. Argentina, 1990.

Vargas Alvarado, Eduardo. Medicina Forense y Deontología Médica. Primera Edición. Trillas. México, 1991.

Yungano, Arturo Ricardo y otros. Responsabilidad Profesional de los Médicos. Segunda Edición. Universidad. Argentina, 1992.

Yzquierdo Tolsada, Mariano. La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal. Primera Edición. Madrid, 1989.

Zamora y Valencia, Miguel Angel. Contratos Civiles. Tercera Edición. Porrúa, S.A. México, 1989.

Zuccherino, Ricardo Miguel. La Práxis Médica en la Actualidad. Primera Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1994.

HEMEROGRAFÍA.

II Congreso Mundial Vasco. La Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Primera Edición. Trivium, S.A. España, 1988.

Alonso Olea, Manuel. Responsabilidad del hospital por el acto del médico. pp. 777-785. Civitas Revista de Derecho del Trabajo. Septiembre-October. 1996. España.

Etcheberry, Alfredo. Tipos penales aplicables a la actividad médica. pp. 271-280. Revista Chilena de Derecho. Vol. 13 No. 2 Mayo-Agosto. 1986. Chile.

Fernández Ruiz, Jorge. El aspecto civil de la responsabilidad profesional. pp. 19-30. La responsabilidad profesional del médico y los derechos humanos. UNAM-Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1995.

Gil Rendón, Raymundo. El médico y los derechos humanos. pp. 121-181. El Foro. Organó de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. Novena época. Tomo X. No. 1 primer semestre 1997. México, D.F.

Morales Fernández, Eduardo. La responsabilidad civil del médico en el delito penal. pp. 37-54. Revista de Ciencias Jurídicas. No. 68. Enero-Abril. 1991. Costa Rica.

Rico Pérez, Francisco. Educación y derecho en la responsabilidad civil del médico. pp. 245-269. Anuario. Edición extraordinaria. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. No. 16. 1990-1991. Venezuela.

Zurita, Omara. La responsabilidad civil del médico en ejercicio liberal de la profesión. pp. 105-161. Revista de Derecho Privado. Año 6. No. único. Enero-Diciembre. 1989. Venezuela, Caracas.

LEGISLACIÓN.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Decreto de Creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

Ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

Ley General de Salud.

Ley Reglamentaria del Artículo 5° Constitucional.

Ley Sobre el Contrato de Seguro.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica.

Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.