

00721
975
a



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL
MÉDICO FRENTE A LA COMUNIDAD
SOCIAL**

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA
RUTH AMÉRICA VILLEGAS ISIDORO**



MÉXICO, D.F.

200
3



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.

DEDICATORIAS.

*A MI MADRE POR QUE SUPISTE
ESPERAR PACIENTEMENTE EL
GRAN MOMENTO DE VER TERMINADA
LA REALIZACIÓN DE MIS SUEÑOS.
(GRACIAS CÍFICO)*

*A MIS HERMANOS RAQUEL, ROXANA Y
JUAN; ASI COMO, A CARLOS POR QUE
SIEMPRE HAN ESTADO A MI LADO CUANDO
LOS HE NECESITADO Y BRINDARME
SU CARÑO Y PACIENCIA.*

*A TODOS MIS MAESTROS QUE SIN
SUS ENSEÑANZAS, APOYO Y DEDICACIÓN,
NO HABRIESE PODIDO LOGRAR LA REALIZACIÓN
DE MIS SUEÑOS.*

*YA TODOS AQUELLOS QUE HAN PUESTO UN
GRANITO DE ARENA PARA AYUDARME A
CONCLUIR ESTE TRABAJO.*

AGRADECIMIENTOS

AGRADEZCO A DIOS POR TODAS
LAS MARAVILLAS QUE ME HA
DADO Y LA FUERZA PARA NO
DESFALLECER EN EL CAMINO.

AL LIC. ROBERTO REYES VELAZQUEZ
POR SU APOYO PARA LA REALIZACIÓN DE
ESTA TESIS.

AL DR. IVAN LAGUNES PÉREZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL
POR LA ATENCIÓN PRESTADA.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO POR
HABERME PERMITIDO LA REALIZACIÓN
DE MI SUEÑO PARA OBTENER MI TÍTULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN. 1

CAPÍTULO 1
RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO

1.1. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL 3
1.2. DEONTOLOGÍA MÉDICA. 9
1.3. CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE. 13
1.4. BIOÉTICA. 19
1.5. SECRETO MÉDICO. 27

CAPÍTULO 2
PRÁCTICA MÉDICA

2.1. LA PRÁCTICA MÉDICA EN LA ACTUALIDAD 30
2.2. BUROCRATISMO Y DESHUMANIZACIÓN. 35
2.3. INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES MEDICOS. 38
2.4. IATROGENIA. 43
2.5. CREACIÓN DE LA COMISIÓN DE ARBITRAJE MEDICO. 45
2.6. FUNCIONES Y PROCEDIMIENTO DE LA CONAMED. 48
2.7. CRÍTICA A LA CONAMED. 58

**CAPÍTULO 3
ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 1910 Y 1915 DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE
PARA EL DISTRITO FEDERAL**

3.1. ANALISIS DE LOS ARTÍCULOS 1910 Y 1915	62
3.2. RESPONSABILIDAD POR HECHO ILÍCITO.	68
3.3. RESPONSABILIDAD POR RIESGO CREADO.	71
3.4. REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL.....	73

**CAPÍTULO 4
PROPUESTA PARA LA MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1910 Y 1915
DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

4.1. OBJETO DE LAS MODIFICACIONES REQUERIDAS.	82
4.2. JUSTIFICACIÓN DE LAS PROPUESTAS RESPECTIVAS.	83
4.3. NUEVO TEXTO A LAS DISPOSICIONES ALUDIDAS.	85
CONCLUSIONES.	90
BIBLIOGRAFÍA.	95

INTRODUCCIÓN

El problema de la responsabilidad profesional del médico en México es relativamente nuevo, y es más importante de lo que se piensa, pues en los últimos años se ha visto un incremento notable en el número de quejas y denuncias presentadas ante las diversas autoridades competentes en la materia, como por ejemplo la Comisión de Arbitraje Médico y el Ministerio Público, ante tal situación, los pacientes siempre optan por la responsabilidad penal del médico.

Ahora bien, una vez que se ha planteado la problemática que acarrea la responsabilidad profesional del médico, se iniciará con un estudio relativo a nociones generales de la figura en cuestión, entendiéndose por responsabilidad médica a todo lo que están obligados los profesionistas en el ejercicio de sus funciones, en especial los médicos. De igual forma se analizará la deontología médica para enriquecer el presente trabajo; por otra parte es importante estudiar el consentimiento del paciente para ser sometido a un tratamiento médico, asimismo, la bioética como uno de los temas de mayor trascendencia porque constituye una materia formativa en los médicos y por último se estudiará lo que es el secreto médico como un aspecto importante en el ejercicio de la profesión.

Subsecuentemente, en el capítulo segundo, se desarrollará el tema de la práctica médica, resaltándose la función que tiene el médico en la atención de la salud, los servicios que debe de prestar y la relación este con el paciente, en lo que toca a la alteración que le pueda producir el profesional al segundo, en el ámbito es conocido como iatrogenia. Asimismo, definiremos y explicaremos lo referente a la Comisión de Arbitraje Médico, quien constituye el órgano facultado para investigar y resolver aquellos conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de dichos servicios.

En el capítulo tercero, se analizarán los posibles casos en que se llegue a causar un daño por responsabilidad médica, ante lo cual estará obligado a repararlo a menos que llegue a demostrar que dicho mal se realizó como resultado de una culpa o negligencia inexcusable de la víctima. En tanto el segundo numeral establece la situación de elección que tendrá el ofendido, para que le sea reparado el daño que le sea ocasionado.

Asimismo, en dicho apartado capitular se establecerá una especial mención a la responsabilidad por riesgo creado, la cual en el ejercicio de la materia médica la debemos relacionar con el manejo del equipo médico. De igual manera, haremos alusión al tópic de la reparación del daño moral, el cual como observaremos en el desarrollo del capítulo en cuestión, resulta muy difícil de valorar en forma pecuniaria, tal y como lo establece el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, sin embargo esta se debe otorgar independientemente del tipo de responsabilidad civil del que haya derivado.

Por lo que respecta al último capítulo se hace una propuesta lo más acorde posible a la realidad que se esta viviendo actualmente nuestra sociedad mexicana, y que es muy necesaria para crear más conciencia y tratar de evitar mas negligencias medicas inexcusables, que se pueden evitar.

CAPÍTULO 1 RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO

1.1. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

En primer término, tenemos que la palabra **responsabilidad** proviene del latín *respondere*, que alude a la figura de obligación. La obligación por su parte es concebida jurídicamente como el vínculo jurídico por virtud del cual una persona es constreñida frente a otra a realizar una determinada prestación. Por tanto, de lo anteriormente expuesto, tenemos que la obligación consta de dos elementos: el débito y la responsabilidad de cumplimiento.

Gramaticalmente, el Diccionario de la Lengua Española, indica que por responsabilidad debemos entender "... aquella deuda, obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal."¹ Es una carga u obligación moral que resulta para uno del posible error en cosa o asunto determinado.

De igual manera, desde un punto de vista filosófico, tenemos que la responsabilidad es la cualidad y condición de la persona libre y consciente del valor de su conducta y de sus actos, que como autor o causa de ellos está obligado a responder ante su propia conciencia y, ante los demás hombres como parte integrante de un grupo social.

A su vez, la profesión puede definirse como "una capacidad cualificada con la que la persona a través de su actividad realiza su vocación dentro de un trabajo elegido, que determina su participación en la sociedad, le sirve de medio de subsistencia y que a la vez la valora positivamente en economía del país."²

¹ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO OCEANO, Edit. Oceano, S.A., Bogotá, Colombia, 1991, p. 723.

² Ibidem, 723.

Por su parte, el Diccionario Jurídico Mexicano, establece que una profesión es "...aquel empleo, facultad u oficio que cada uno tiene y ejerce públicamente."³

La responsabilidad es inherente a cualquier acción, a todo acto que el hombre realice, con conciencia y libertad, pues la obligación de responder por los daños que se ocasionen a un tercero, y el médico, no escapa de tal responsabilidad en el ejercicio de su profesión, sin el propósito de causar daños a su enfermo de hecho se los ha causado, esta situación en tesis general constituye la responsabilidad médica.

Por lo que respecta a la teoría de la responsabilidad civil Rafael Rojina Villegas, comenta lo siguiente: "A la teoría de la responsabilidad objetiva se le ha dado el nombre de teoría de la responsabilidad por el riesgo creado, cuando reviste la modalidad de que el daño se origine por el ejercicio de una actividad peligrosa o por el empleo de cosas peligrosas que han hecho nacer un riesgo para los demás hace responsable al agente de los daños que cause, sin necesidad de que se investigue si hubo o no culpa de su parte. El hombre que por su actividad puede procurarse algún provecho, es justo que repare el daño que ocasione esta actividad ... La responsabilidad por el riesgo creado es la contrapartida del provecho que produce el empleo de cosas peligrosas. El empleo de estas cosas por sí mismo, no puede constituir una culpa, nada hay de reprochable en él; pero siempre crea un riesgo que cuando, origina daños sirve de fundamento a la responsabilidad."⁴

La responsabilidad por el riesgo creado tiene un doble fundamento: el económico, conforme al principio que las ganancias y las pérdidas deben

³ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, TOMO IV, Edit. Porrúa, S.A.-UNAM, 11ª. ed., México, 1998, p. 2594.

⁴ Cf. ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano, Obligaciones II". Edit. Porrúa, S.A. México, 2001, p. 69

corresponderse; el social, por aplicación del principio de solidaridad en el reparto de pérdidas.

“En la teoría del riesgo creado se exige para que nazca la responsabilidad: 1° El uso de una cosa peligrosa o el ejercicio de actividades reputadas por la ley como peligrosas. 2° La realización de un daño. 3° Una relación de causa a efecto entre la cosa o actividad peligrosas y el daño causado. No se toma en cuenta en esta teoría el elemento subjetivo de la culpa imputable al agente.”⁵

Para el estudio de los distintos elementos de la responsabilidad civil el jurista Rafael Rojina Villegas, señala lo siguiente.

La primera sección es el daño como elemento esencial de la responsabilidad civil, es una condición sine qua non de la responsabilidad, pues es evidente que para que exista la obligación de reparar, es necesario que se cause un daño. Además de este elemento deberá existir la culpa y la relación causal entre el hecho y el daño. Se ha planteado el problema importante de determinar si sólo el daño patrimonial es susceptible de reparación, o también el derecho debe imponerla cuando se cause un daño moral.

El daño debe de ser de carácter privado, es decir, la acción la ejercitará únicamente el individuo que únicamente puede reclamar un perjuicio que haya sufrido personalmente.

Reparación del daño patrimonial, actualmente sólo se procede a la reparación total cuando el hecho ilícito cause daños a las cosas, siendo en cambio injustamente restringida cuando los infiera a las personas.

⁵ Ibidem, p. 69.

Violación de derechos adquiridos, generalmente la doctrina francesa acepta que tratándose de violación de derechos, para que exista responsabilidad civil, debe atentarse contra un derecho adquirido.

“Desde luego debemos sentar el principio de que para que exista un interés legítimo en el demandante, así como para que se le pueda inferir un daño en sentido jurídico, es necesario que invoque un verdadero derecho, como ocurre por ejemplo con el acreedor alimentario a quien se le priva total o parcialmente de su pensión alimenticia.”⁶

Reparación del daño moral. Se ha discutido en el derecho si debe haber reparación por el daño moral. En términos generales se ha considerado que los valores espirituales de la persona una vez que han sido lesionados, jamás podrán ser devueltos a su estado anterior, cualquiera que sea la protección jurídica que se les conceda y la sanción que se imponga por el daño moral causado.

La reparación del daño patrimonial. En principio se busca la reparación exacta y así lo dice la primera parte del artículo 1915 del Código Civil para el Distrito Federal, pero cuando no sea posible tal reparación, como ocurre con la destrucción de las cosas, tendrá que admitirse y regularse una reparación por equivalente.

El médico, como prestador de servicios en instituciones públicas, es un elemento importante del que se vale el Estado para cuidar la salud de la ciudadanía, el cual deberá respetar en forma cuidadosa la vida privada de los pacientes, dedicarle el tiempo necesario al paciente, para captar e informarse de los síntomas y signos, elaborar su historia clínica y así poder ofrecer al paciente un diagnóstico y tratamiento racional.

⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Derecho Civil Mexicano, Obligaciones” op. cit. p. 133

Es importante señalar que el médico al igual que otros profesionistas deben cumplir, con lo establecido en diversos ordenamientos legales para poder ejercer su profesión, para ello comenzaremos por señalar el artículo 5° Constitucional que a la letra dice lo siguiente:

“A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernamental, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La Ley determinará en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo ...”⁷

Esto quiere decir que cualquier mexicano o extranjero esta facultado para ejercer una actividad profesional, industrial o comercial, sin más limitación que la permitida por la ley, quedando impedida toda autoridad de imponer restricciones al trabajo personal que no ofenda los derechos de un tercero o los de la sociedad, excepción hecha de las resoluciones dictadas por la autoridad judicial con estricto apoyo en una ley o reglamento.

Por otra parte la Ley de Profesiones sobre el ejercicio profesional en su artículo 24 a la letra señala lo siguiente:

“Se entiende por ejercicio profesional, para los efectos de esta Ley, 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

⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edit. Sista, 9ª ed. México, p. 2

consulta o la ostentación del carácter del profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo. No se reputará ejercicio profesional cualquier acto realizado en los casos graves con propósito de auxilio inmediato."⁸

Por lo que respecta al legal ejercicio de la medicina, en nuestro país se requiere haber obtenido título de médico en alguna institución con reconocimiento oficial y haber sido habilitado por Estado mediante la expedición de la cédula con efectos de patente para ejercer la profesión de médico, debidamente registrado ante la Dirección General de Profesiones, según lo establece el artículo 25 de la Ley Reglamentaria del artículo 5° Constitucional que a la letra dice lo siguiente:

"Para ejercer en el Distrito Federal cualquiera de las profesiones a que se refieren los artículos 2° y 3° se requiere:

- I. Estar en pleno goce de los derechos civiles.
- II. Poseer títulos legalmente expedidos y debidamente registrados, y
- III. Obtener de la Dirección General de Profesiones patente de ejercicio."⁹

Por lo que respecta al ejercicio profesional del médico, además del título legalmente expedido, también debe de contar con un registro ante la Secretaría de Salud.

Dentro de las profesiones a que se hacen referencia los artículos antes transcritos, se encuentra la de Medicina, como una de las cuales requiere de título para su legal ejercicio, según lo establece el Decreto de 31 de diciembre de 1973, publicado en Diario Oficial de la Federación de 2 el enero de 1974.

⁸ Ley de Profesiones, México, p. 5

⁹ Ley Reglamentaria del Artículo 5° Constitucional, México, 2001, p. 8

1.2. DEONTOLOGÍA MÉDICA

Cuando las comunidades reconocieron a los enfermos, desde la antigüedad, cualquiera que fuesen las denominaciones que les daban se estableció una relación de confianza fortalecida por los padecimientos e intimidades que debían confesarse o exponerse, aguardándose del curador el favor de sus conocimientos, su arte, su comprensión y su apoyo moral o espiritual. A lo largo del tiempo, la relación médico-paciente evolucionó justamente con el arte de curar y se establecieron normas que implicaban una enfermedad o una lesión, la medicina pasó después de ser mágica o arcaica a ser empírica, y luego a ser racional, científica, lógica y plena de poderes de superación, pero siempre se fundó en el respeto a la dignidad y la condición humana.

El nombre Deontología fue creación del filósofo y moralista inglés Jeremy Bentham en 1832, y se utiliza para designar el conjunto de reglas que rigen, la conducta del profesional médico.

Deontología es un término que proviene del griego deón-déontos, deber, y logos, tratado, doctrina. Puede traducirse por "lo que debe hacerse", deontología es la ciencia que trata de los deberes que enseña lo que es en general justo y conveniente, a través de regla y leyes obligatorias para el recto obrar, teniendo su mayor base en lo moral, la sociología, la jurisprudencia y en su integridad en la filosofía.

Por lo tanto a la deontología médica, se puede entender como el estudio de las obligaciones y los derechos del profesional en el arte de curar.

El concepto Deontología lleva implícitos los aspectos éticos y legales. Según la escuela positivista la moralidad es un fenómeno social consiste en una forma de proceder que se ciñe a la costumbre general. En la conciencia social la

que proporciona moralidad a una acción a un actuar y esta conciencia social se exterioriza en la ley o derecho positivo, que viene a convertirse en el marco de referencia, en la fuente de moralidad.

En cambio para la escuela naturista, la moralidad es la cualidad de los actos humanos que tienden a la promoción, a la perfección del hombre mismo. La gente del orden moral es el hombre mismo debido a lo cual será bueno todo lo que permita su desarrollo o afirmación.

En 1948 se proclamó la "Declaración de Ginebra" en la cual se afirma. Que en el momento de ser admitido como miembro de la profesión médica, se debe consagrar la vida al servicio de la humanidad, otorgando gratitud respeto a los maestros, ejerciendo digna y conscientemente la profesión, velar por la salud de los pacientes, no hacer caso de credos políticos y religiosos nacionales, razas, rangos sociales, evitando con esto que se interponga entre el médico y el paciente.

La deontología médica se clasifica en cuatro capítulos fundamentales:

1) Deontología Médica.- Es la que atiende cuestiones generales acerca de la conducta médica en relación con la sociedad, los enfermos, los colegas, y los auxiliares de la medicina, y respecto de la experimentación científica, las consultas, las juntas médicas.

2) Deontología Gremial.- Considera los aspectos económicos, sociales y laborales de los miembros de la profesión médica.

3) Deontología Médica Universitaria.- Es la que comprende los derechos y obligaciones de docentes y alumnos de la carrera médica de pregrado y de posgrado, las normas que se deben seguir en hospitales, escuelas, salas de cátedras.

4) Deontología Médica-Jurídica.- Es la que abarca todas las cuestiones de moral médica que tienen correlación simultánea en las leyes vigentes del país.

Y existe otra que es la Diceología.- Es la rama que considera los derechos y las normas jurídicas o morales en la práctica profesional.

En base a esto el médico institucional clínico deberá luchar con todos los recursos de su ciencia y de habilidad contra la enfermedad, el dolor y la muerte. Lo hará con voluntad en serena actitud, valorando lo que esos males representan para el ser humano. El médico cirujano antes de intervenir deberá considerar no sólo el diagnóstico pronóstico y los beneficios probables o seguros, sino además tener en cuenta el riesgo operatorio, la intervención deberá cumplirse íntegramente y contar con los elementos y equipos que la intervención necesite.

Todo esto en base a lo que establece el decálogo deontológico del Sindicato Nacional de la Medicina de la República Mexicana en sus fracciones:

"I. La función del médico es trifásica: humana, científica y utilitaria. Al actuar el enfermo es para el semejante que sufre, un problema de estudio en que busca la verdad, y un objeto de trabajo para ganar el pan ...

III.- El paciente es un ser débil que se entrega al médico corresponderá a esa confianza, esa fe le compromete. En el ejercicio no hay categorías, todos los hombres son iguales como enfermos. No dará como firme un diagnóstico inmaduro, cuando es trascendente, no exagerará los pronósticos, no usará terapéutica secreta y misteriosa. Como su palabra lleva autoridad y hace fe, el médico será verídico.

IV.- En la práctica profesional privarán ante todo los conocimientos, no olvidando que lo primero es no dañar. Es inmoral sacrificar al enfermo con

experimentos, sin base ni autoridad. La publicidad del médico será subordinada a la seriedad y la verdad científica."¹⁰

Pero ligado a esto se encuentran los hechos que enfrenta el médico muy frecuentemente. El primero es el secreto profesional, es un deber que nace de la esencia misma de la profesión el interés, la seguridad de los enfermos la honra de la familia, la respetabilidad del profesional y la dignidad exigen el secreto y de este tema hablaremos mas adelante

El segundo hecho es el relativo al derecho del enfermo de saber la verdad; verdad indudablemente útil para el ser humano que programa su existencia y la prudencia del médico al manifestar el pronóstico que en ocasiones es nocivo decir toda la verdad y se habla de "mentiras piadosas" y dosificación de la verdad en estos casos lo indicado es comunicar lo concerniente a los familiares.

El tercero hecho es la Eutanasia que significa "matar por piedad", pero en ningún caso el médico está autorizado para abreviar la vida del enfermo, sino aliviar su enfermedad, ya que el deber del médico es el de respetar la vida, prolongarla haciéndolo en salud, en bienestar, no tiene derecho a matar, la vida es sagrada para todos; pero muy especialmente para el médico.¹¹

La Eutanasia Activa, aunque se llama como muerte dulce, buena, piadosa, y pone fin a la vida en caso de mal incurable con mucho sufrimiento, es una muerte causada por el hombre, se le denomina homicidio, pero en los casos de incurabilidad y dolor rebelde intenso, su realización, siendo un acto delictuoso, punible está recibiendo castigo escaso y muchas veces nulo, ya que no es legítima.

¹⁰ QUIROZ CUARON, Alfonso. "Medicina Forense". 8ª ed. Porrúa, S.A., México, 1996, p. 165

¹¹ CHOY G. Sonia A. "Responsabilidad en el Ejercicio de la Medicina". Edit. OGS, Puebla, México, 1999, p. 34

En la práctica no se acepta la eutanasia, pero se realiza algo muy similar al momento de suministrar drogas contra el dolor, sustancias depresoras, y esta Eutanasia se le llama Pasiva u Ortanasia y se considera legítima.

También tenemos otra derivación la Distancia que es una Dilación experimental sin ningún límite y también es condenable.

1.3. CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE

El consentimiento se define como el permiso dado a una persona, a un tercero o a terceros, para que puedan efectuar un acto objetivamente prohibido por la ley, del que puede resultar una lesión a un bien, un derecho de quien lo concede, o poner en peligro ese bien o ese derecho.

Jurídicamente el consentimiento se define como: "... el acuerdo de dos o más voluntades destinadas a producir consecuencias o fines de interés legal en la celebración de cualquier convenio o contrato."¹²

El consentimiento se puede decir que nace en el instante en que legalmente se produce el acuerdo de voluntades de las partes que intervienen en una relación jurídica en formación, o sea, cuando coinciden entre sí las voluntades individuales de cada uno de los interesados.

Ahora bien, en el sentido coloquial, se define como el permiso dado a una persona, a un tercero, a terceros, para que puedan efectuar un acto objetivamente prohibido por la ley, del que puede resultar una lesión a un bien o un derecho de quien lo concede, o poner en peligro ese bien o ese derecho.

¹² DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO op. cit., p. 648

"Según (Cerrillo) es el encuentro de dos declaraciones de voluntad que, partiendo de dos sujetos diversos, se dirigen a un fin común y se unen.

Es un acto bilateral, pero no es un contrato, ni acuerdo de voluntades, ya que predomina la voluntad del que consiente, que será aprovechada por la del tercero. Es una institución jurídica sui generis, que requiere una voluntad libre y válida de quien lo otorga, por lo que habitualmente carece de idoneidad cuando da un menor de edad, demente o incapaz, o cuando es arrancado de violencia o sugestión, amenazas o engaños. Según Telseler es la existencia de dos sujetos cuyas voluntades coinciden sobre un mismo objeto, expresa o tácitamente y simultánea o sucesivamente."¹³

El consentimiento de una persona o la conducta de otra, en cuanto al acto que pueda producir consecuencias de orden jurídico, es un acto jurídico y como tal ha de reunir los requisitos mínimos relativos a la adecuación subjetiva y formal del acto.

El consentimiento no debe confundirse con las causas de inimputabilidad, que se refiere al sujeto del delito y se basa en la ausencia de salud mental o en su insuficiencia; tampoco con las causas de justificación, como la legítima defensa, el estado de necesidad o el ejercicio de un derecho.

Si se aceptara que el consentimiento borre la ilicitud de estos actos contra las personas, se privaría a la sociedad organizada de una de sus facultades inherentes, sustituyéndola por la voluntad individual, lo que no es admisible, puesto que aquél no puede delegar ni permitir que los individuos, por sí y ante sí arraiguen el derecho de represión o el derecho del perdón.

En términos generales el consentimiento no se puede validar en cuanto se lesionen no sólo intereses individuales, sino estatales, públicos o demográficas, o

¹³ Cfr. CHOY G. Sonia. "Responsabilidad en el Ejercicio de la Medicina", op. cit., p. 35

sea, que se lesionaran los intereses de conservar la existencia de los hombres que viven en la sociedad.

Pero en estos términos pareciera que al dar su consentimiento, el hombre declina la conservación del bien legalmente protegido, quedando como mero objeto material del delito, y el Estado pasa a ser el sujeto pasivo de ese delito, y el dueño del interés jurídico tutelado; quedando el consentimiento del ser humano como un derecho relativo, sobre todo si se refiere a su propia existencia. Tratándose del más sagrado de los bienes, superior a todos los restantes, en su favor debe resolverse todo conflicto, debiendo privar siempre el derecho a la vida sobre el derecho a la muerte, y la clasificación legal del derecho no puede variar por la especial circunstancia del consentimiento, puesto que el derecho a la vida no es renunciable.

Ejemplo de esto está el homicidio y las lesiones, aún consentidos, constituye un delito si no están justificados mediante las previsiones, y la conducta encuadrada en los tipos ordinarios de los delitos contra la vida o contra la integridad psicofísica. Tomando como base el argumento de que la vida o la integridad del ser humano, debe ser siempre protegida por el derecho, desde el nacimiento hasta la muerte. Ya que el derecho a la vida es innato, inalienable, e intangible; por tanto el individuo debe cuidar su vida, los demás deben respetarla y el Estado debe protegerla y preservarla.

Pero en este sentido nos encontramos con el consentimiento que tiene suma relevancia jurídica en el caso médico, es una causa de justificación de un acto formalmente ilícito, es un elemento supresor de la tipicidad delictiva o sea porque actúa en forma de complemento de una causal justificativa. El consentimiento puede quitar la ilicitud del acto, convirtiendo en legítima la intervención.

En este sentido algunos autores le niegan validez al consentimiento cuando median bienes o valores fundamentales, como la vida, que está protegida, a diferencia de los derechos primordiales, no solo como un interés particular, sino también como un interés público. En este sentido no solo se debe contemplar el problema exclusivamente desde el punto de vista de la víctima, ya que si su consentimiento es válido se llega a concluir que su muerte no es ilícita, puesto que la víctima está reemplazando al poder público del Estado, evitando de éste la protección de la vida; y la consecuente represión cuando aquella es afectada.

El consentimiento del paciente no necesariamente deberá ser exigido bajo una hipótesis de excepción, en aquellos casos referentes al estado de incapacidad permanente o accidental de éste, toda vez que se puede manifestar antes de la intervención quirúrgica o durante el tratamiento sanitario respectivo, ya sea por el asentamiento del representante legal, o por aplicación de nociones referidas a la presunción del consentimiento, o por la aplicación de las causas penales de justificación. En otro aspecto es el referido a las limitaciones a ese derecho personal por razones sanitarias, en estos casos existen normas que obligan a seguir determinados tratamientos sanitarios, porque ciertos bienes individuales, como la vida o la integridad corporal, están tutelados no solo en miras al beneficio personal sino al interés general, siendo que si la protección de la salud tiene por finalidad a la vigilancia de intereses generales, y que son necesarios que prevalezcan sobre los individuos y esto es algo consagrado constitucionalmente porque el legislador esta facultado para reglamentar los derechos y los comportamientos individuales ya que no puede dejarse la vida a disposición del paciente al extremo de consagrar un derecho al suicidio y se admite la licitud de una operación contra la voluntad del enfermo, siempre que se demuestre fehacientemente estar amenazada la vida, la cuestión es ardua, no solo por la importancia de los bienes en juego que son la vida, la integridad física y psíquica, la libertad; si no por la incidencia de factores variables y de compleja apreciación, como el grado de conciencia del paciente que sufre males graves o inminentes en

la salud, grado de certeza sobre el resultado positivo de la operación aconsejada, probabilidad de la curación.

En todos los aspectos del conocimiento humano el progreso científico conduce a la continua evolución de las ideas de las practicas y particularmente en la materia médica, la conquista y afianzamiento de nuevos medios terapéuticos aporta una notable contribución a la prolongación de la vida y a la conservación de la salud; al igual el ordenamiento legal y sus interpretes no pueden permanecer indiferentes ante tales avances de la ciencia.

En esta época en que la medicina institucional ha cobrado gran importancia, que es una organización, siempre existen principios que deben preservarse en cuestiones que deben reglamentarse, para proteger los derechos de los pacientes que recurren a las instituciones médicas.

El paciente tiene derecho a:

- 1) Que se le atienda con consideración y respeto.
- 2) Obtener de su médico toda la información disponible relacionada con su diagnóstico, tratamiento y pronóstico, en términos razonablemente comprensibles para él. Cuando médicamente no sea aconsejable comunicar esos datos al paciente, habrá de suministrarse dicha información a una persona que le represente. Asimismo, tiene derecho a saber el nombre completo del médico responsable de coordinar su atención.
- 3) Que su médico le comunique todo lo necesario para que pueda dar, su consentimiento informando previamente a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento.

Excepto en las urgencias, la información que ha de darse al paciente para que pueda dar su consentimiento, informando la de incluir, al menos, lo

relativo al procedimiento o tratamiento específico y a los riesgos médicos significativos asociados a la probable duración de la incapacidad.

Cuando hay otras opciones de atención o tratamiento médicamente significativas o cuando el paciente quiere conocer otras posibilidades, tiene derecho a recibir información. Asimismo, tiene derecho a saber el nombre completo de la persona responsable de los procedimientos o del tratamiento.

4) Rechazar el tratamiento en la medida que lo permita la ley, y a ser informado de las consecuencias médicas de su acción.

5) Que se tenga en cuenta su intimidad en relación a su propio programa de atención. La discusión del caso de las consultas, las exploraciones y el tratamiento son confidenciales y deben conducirse implicados en su atención, deben tener autorización del paciente para estar presentes.

6) Que todas las comunicaciones y registros relativos a su atención sean tratados confidencialmente.

7) El hospital debe brindar una evaluación, un servicio o la remisión a otra institución, según lo que indique la urgencia del caso. Si es médicamente permisible, un paciente puede ser transferido a otro centro, sólo después de haber recibido completa información sobre la necesidad de dicho traslado y una explicación extensa sobre las opciones posibles. La institución a la que vaya a ser transferido el paciente a de dar su aceptación previa a dicha transferencia.

8) Obtener información de cualquier relación de su hospital con otros centros sanitarios o instituciones educativas en cuanto pueda referirse a su atención. Asimismo tiene derecho a que se le informe sobre la existencia de cualquier relación profesional entre personas que lo estén tratando y a conocer los nombres completos de estas personas.

9) Que se le advierta en caso de que el Hospital se proponga realizar experimentación humana que afecte su atención o tratamiento, asimismo puede reclamar su participación en dicho proyecto de investigación

10) Esperar una continuidad razonable de atención y a saber con anticipación las horas de consulta y los médicos que están disponibles y donde

tiene derecho a confiar, el hospital proveerá a los médicos para que su médico o alguien que este, le informe sus necesidades de atención de salud posteriores a la alta.

11) Examinar y recibir explicación de la factura de sus gastos, independiente de quien vaya a pagar la cuenta.

12) Conocer las normas y reglamentos hospitalarios aplicables a su conducta como paciente.

Los profesionales que ejercen la medicina están obligados, sin perjuicio de lo dispuesto en las demás normas vigentes, a respetar la voluntad del paciente en cuanto a la negativa a tratarse o internarse, salvo sus excepciones en los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causas de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, (además de lo que establece el artículo 83 del Reglamento de la Ley General de Salud "en caso de que deba realizarse alguna amputación, mutilación o extirpación orgánica que produzca modificación física permanente en el paciente o en la condición fisiológica o mental del mismo, el documento de autorización deberá ser suscrito además por otros testigos idóneos designados por el interesado o por la persona que la suscriba").

1.4. BIOÉTICA

En todos los ámbitos del quehacer humano la ética guía las acciones hacia el lugar donde la realidad del ser y el ideal del deber se unen en la racionalidad y la conciencia, en la aventura de trascender con la congruencia del pensamiento y de los actos, de uno mismo y con los otros.

Quizás en ninguna otra profesión la ética evidencia con mayor claridad su razón de existir, como ocurre en el campo de la medicina, donde el profesional enfrenta el dilema de la vida y la muerte. Ejemplo del compromiso de conjuntar el

pensamiento humanístico y científico en la búsqueda del bien del otro, del paciente, en quien recae las consecuencias de las acciones de otro ser humano, que es el médico.

Desde el código de Hammurabi y el Juramento de Hipócrates, hasta los códigos éticos de nuestros días, la ética médica evoluciona e interacciona con otras disciplinas como la filosofía, el derecho, la antropología, la psicología, la sociología, la comunicación, en cada una de las áreas del conocimiento preocupados por encontrar solución a las dudas y conflictos que surjan en la práctica médica.

En las últimas décadas, la ética médica se ha integrado en un concepto llamado bioética que se redimensiona; la ética racional basada en el conocimiento científico, biológico y médico. Es así como la bioética engloba las ciencias de la salud y de la vida, con el afán de valorar las repercusiones de los actos que vulneran la dignidad del ser humano y ponen en peligro su existencia.

Los crecientes avances científicos en las ciencias y su aplicación en la atención de las enfermedades, han llevado a la preponderancia de la tecnología en la medicina y a la pérdida de conciencia en cierto momento, de lo que significa el hombre, ante lo cual, la bioética surge como una disciplina preocupada por estudiar la moralidad de la conducta humana en el campo de las ciencias involucradas con la vida, interesada en las cuestiones del nacimiento, de la vida misma, de la muerte, de la problemática moral inmersa en temas de gran trascendencia.

En término bioética fue acuñado por vez primera en 1971 por el científico inglés Von Rensselaer Potter del instituto de ética Joseph And Rose Kennedy de la universidad de Georgetown en Washington. Potter en sus investigaciones percibió el inminente peligro que corría la supervivencia de todo el ecosistema por la ruptura entre los ámbitos de saber, el saber científico y el saber humanístico.

Al respecto de la bioética Luis T. Díaz Muller, vierte el siguiente comentario: "La bioética en términos generales, es el estudio de la conducta se examina a la luz de principios morales. La Bioética, va más allá de la Ética Médica, que se encargaba exclusivamente de la relación médico-paciente. La Bioética constituye el cruce de los caminos de la investigación de numerosas disciplinas, en base a tres criterios fundamentales: autonomía, beneficencia, integridad."¹⁴

Por su parte, Elio Sgreceia del instituto de humanismo en ciencias de la salud de Roma, apunto en su libro manual de bioética, "esta disciplina puede consevirce como aquella parte de la filosofía moral que considera lo ilícito de los actos relacionados con la vida del hombre y particularmente de aquellos vinculados con la practica y desarrollo de las ciencias medicas y biológicas".¹⁵

Para Manuel Velasco Suárez, presidente de la Comisión Nacional Mexicana de bioética, del análisis reflexivo de los conceptos de biología y ética surgió el término de bioética, cuyo entendimiento y promoción de la persona humana equivale al fomento de la salud, los derechos y valores de la vida en general y la de los enfermos en particular.

La bioética es un concepto relativamente nuevo, sin embargo las normas deontológicas fueron dadas por el juramento Hipocrático (400 a.c.) que contiene los fundamentos del ser y del hacer del médico.

Por lo cual, se puede decir que la bioética mas de dar una serie de normas brinda una metodología, que consiste en confrontar una jerarquía de valores, y deducir si nuestra conducta va de acuerdo con esa jerarquía. Esta disciplina existe como un intento de reflexión que tiene como objetivo específico, identificar los valores y normas que guien el actuar humano, la intervención de la ciencia y la tecnología en la vida misma y en la biosfera.

¹⁴ DÍAZ MULLER, Luis T. "Bioética, Salud y Derechos Humanos", Edit. Porrúa, S.A. México, 2001, p. 120.

¹⁵ SGRECEIA, Elio. "Bioética y Medicina", Edit. Bosch, Madrid, España, 1997, p. 56.

Por lo tanto, Martínez González, expresa "que la bioética es una necesidad en los servicios médicos, pero también que es imperativo que forma parte de los planes de estudio de las escuelas de medicina del país. La bioética invita a los médicos a cambiar su actitud frente al paciente, a tener una buena conducta en el acto médico."¹⁶

El juramento hipocrático marcó los paradigmas de la conducta ética de los médicos, que obligaba entre otras cosas a un voló de entrega total a la profesión, dedicación y fidelidad al enfermo buscando hacerle bien, hacer sólo lo que se sabe hacer, fidelidad al maestro y compromiso de transmitir los conocimientos, tener una conducta honesta con el enfermo, con su familia y con la sociedad, y el secreto médico. Estos principios que se han olvidado por las crisis sociales, económicas, pero sobre todo por la crisis de valores, que ha invadido a la sociedad contemporánea es fundamental replantarlos a través de la bioética, que pretende no solamente crear un código de derechos y obligaciones sino hacer de ella una herramienta para ayudar a los pacientes, desde las ciencias de la salud, para brindarles un trato digno como personas, desde la concepción, hasta el momento de la muerte.

La bioética pretende nutrir con sus principios y normas al humanismo médico entendido y expresado fundamentalmente en la relación médico- paciente. Ahí es donde se concentran y descansan las interacciones sutiles que le dan la oportunidad, al médico de ayudar en forma amplia y efectiva al ser humano que confía en él para el alivio o curación de su enfermedad. De ahí que en todo momento, el médico deja de contemplar, al estar con el paciente, que se encuentra con un ser humano, que más allá de estar afectado por alguna patología, siente, piensa, sufre, ama, y no convertirlo en un expediente más, en un conjunto de datos sistematizados e interpretados con precisión y complejidad por la informática.

¹⁶ DÍAZ MULLER, Luis. "Bioética, Salud y Derechos Humanos", op. cit., p. 123

La existencia de grandes grupos en la población mundial donde la medicina se ha vuelto un negocio a gran escala, donde los pacientes son cifras. Los enfermos han dejado de ser los señores López o Pérez para ser los números 134 ó 456, y lo primordial es que el joven médico vuelva a ver al paciente como hombre y no como una radiografía o una tomografía.

La codificación en la práctica médica es una realidad provocada, por la creciente aplicación de innovaciones tecnológicas en el campo de la salud y la socialización de la medicina, ambas situaciones son barreras que obstaculizan el dialogo entre los médicos y los pacientes, que da como resultado una medicina más gélida.

Para cambiar las actitudes indiferentes de los clínicos (que van más allá de la ética personal, y responden a las normas institucionales) frente a los usuarios que acuden habitualmente a los centros de salud en busca de atención médica que les devuelvan una salud integral, la puesta en marcha de los principios bioéticos se alza como una opción real para generar el cambio, así para erradicar los obstáculos que impide la comunicación para acceder a la excelencia en la atención.

En este aspecto, la bioética es una opción para generar una cultura de la vida, de la atención humanística que invito a los médicos a dejar de ser indiferentes con los pacientes, que vean enfermos y no enfermedades, pero, sobre todo, que traten con respeto y dignidad a los pacientes. Es decir, que la persona humana es un sujeto y no un objeto, es reconocer en ella otro igual que yo, un protagonista de la propia vida.

Una buena comunicación pueda evitar errores, recordando que la medicina no es una ciencia exacta, está sujeta a problemas de la naturaleza humana, pero si el propio paciente puede comprender lo que es un error, de lo que es una mala práctica de la parte del médico, entonces va haber una mejor relación.

Para acceder al modelo de conducta creado bajo los paradigmas de la bioética, es indispensable retomar algunos de los principios en que subyace la cultura médica como son la beneficencia, que se identifica con el bien hacer, la bondad de la acción, el amor como caridad, la maleficencia, evitar el riesgo de provocar daños o aplicar descuidadamente procedimientos inadecuados, la autonomía del médico, del paciente y de sus familiares, que es un derecho que se les debe otorgar siempre y cuando el fin sea el bien del otro, tomando en cuenta que en este caso el objetivo del médico es brindar salud al enfermo y finalmente, la justicia, que se refiere a la imparcialidad y claridad que debe prevalecer en la toma de decisiones de los servicios médicos que afectan a los pacientes, al personal para bien a una comunidad.

La bioética en su relación con las diversas instalaciones médico-biológicas tiene como función principal hacer el bien del hombre, al paciente. La relación médico paciente es la más importante. Desde la antigüedad hasta los años recientes el acto médico ha sido paternalista y benevolente. La medicina occidental se ha caracterizado por negar al enfermo autonomía y capacidad de decisión, nominándolo como un ente pasivo.

La bioética deja de lado esta conceptualización y promueve un cambio de actitud, confiriéndole tanto al médico como al paciente una responsabilidad, una persona que acude a un consultorio no puede abdicar de su condición de sujeto responsable de su propia vida y de su propia existencia, el médico por su parte, debe situarse como profesional competente, asesor experimentando que busca como objeto el bien del paciente y quiere ofrecerle caminos, posibilidades de mejorar su salud, que por tanto debe reconocer sus propias limitaciones y no se tiene que olvidar que el quehacer médico es un servicio competente y serio, puesto al alcance y ofrecido a quien lo necesita.

A este respecto Guillermo Fayrdo Ortiz, conceptualiza los objetivos estratégicos de la atención médica:

1. "Catalogar y determinar éticamente las innovaciones tecnológicas de la atención médica, en cuanto a sus usos (fomentar, aprobar, permitir o autorizar) límites de aplicación, conveniencia y disponibilidad. Es necesario evaluar éticamente todos los nuevos procedimientos e intervenciones en la atención médica, dando oportunidad a que los hombres, puedan determinar su propio destino en lugar de someterse ciegamente a progresos tecnológicos.

2. Proteger los derechos humanos frente a los avances en biología y medicina. El desarrollo de las investigaciones sobre nuevos medicamentos, procedimientos y aparatos, conlleva la obligación paralela de proteger los derechos humanos, personales y sociales. Para ello se debe dar especial atención a la formación y adiestramiento de personal en cuanto a los problemas éticos en las investigaciones en seres humanos y animales, fomentar y actualizar las normas éticas."¹⁷

El personal que brinda atención médica podrá desempeñar sus labores en forma más adecuada, contribuyendo así a la colusión de los problemas de intereses colectivos, lo que significa un compromiso individual de cada trabajador para si mismo, capacidad de autocrítica, mantener vivo el deseo de estudio.

Es necesario enseñar para no sancionar, el remedio no es la sanción sino la prevención, ya que dado el avance científico y tecnológico que tiende a separarse del respeto por la persona, y que trae como consecuencia el riesgo de la autodestrucción, es trascendental la enseñanza de la bioética en las facultades en donde se preparan a los profesionistas que tendrán que ver con la atención de la salud.

La enseñanza de esta disciplina es necesaria ya que en México durante años se ha trabajado por preparar médicos y enfermeras con destrezas,

¹⁷ FAYDO ORTÍZ, Guillermo, "Manual de Ética Médica", Edit. Manual Moderno, México, 2000, p. 1-45

habilidades académicas, técnicas y científicas, pero se han olvidado de formar profesionistas con los principios éticos que el país requiere. Un buen médico es aquel que posee todas las técnicas para desarrollar su profesión, pero un médico bueno es aquel que también es un buen ser humano.

No es posible que la temática en las escuelas de medicina se vaya hacia el lado científico-tecnológico y que una mínima cantidad cubra la parte humanística. Al finalizar el ciclo de estudios médicos, el estudiante sale repleto de información científica, pero con experiencias mínimas de cómo resolver problemas humanos.

La bioética es parte fundamental en la formación del médico, implica los valores del hombre, su dignidad y su aplicación propiamente a la vida y va más allá de la medicina.

La ética ha sido parte fundamental del ejercicio de la medicina, sobre todo a las principales preocupaciones del quehacer del médico, es el bienestar del paciente. De ahí la importancia de su difusión en la escuela. Es indispensable saber quién es el hombre, qué es la ética que el estudiante, vea que la ética es más que una serie de normas deontológicas, es una forma de pensar, una jerarquía de valores a los cuales el hombre se tiene que adherir en su totalidad, y no solamente en los actos profesionales.

Por otra parte los médicos carentes de una formación ética son más susceptibles de cometer errores, faltos en la atención de la salud del enfermo, al contar con factores económicos o de otra naturaleza que desvirtúan su ejercicio.

La ética médica va más allá del dictado de preceptos y comportamientos del médico frente al enfermo, obligado por el avance inexorable pero a veces deshumanizado de la tecnología moderna. Con este fin y de acuerdo a la necesidad ineludible de la existencia de la investigación médico-biológica para el mejoramiento de las técnicas destinadas a preservar y restaurar la salud, todo

trabajador en este campo deberá conocer los principios básicos de la ética médica para regir dentro de la moral su actitud y frenar la deshumanización de la ciencia cuando ésta adopta actitudes y prácticas que dañan al ser humano en los aspectos físico y mental.

La incidencia que esta disciplina puede ser en los servicios médicos, un factor importante para el mejoramiento de los mismos, por lo tanto la práctica ordinaria de los principios bioéticos en los clínicos que laboran en los centros de salud, se vuelve tarea insoslayable.

1.5. EL SECRETO MÉDICO

Primeramente tenemos que, gramaticalmente hablando, secreto es lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto.

Por secreto profesional el diccionario de la lengua española nos proporciona el siguiente concepto:

"Deber que tienen los miembros de determinadas profesiones de no descubrir los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión."¹⁸

Por secreto se debe entender aquello que debe permanecer oculto por voluntad de la persona que a consecuencia de su revelación pueda sufrir una contrariedad o un perjuicio.

Es importante puntualizar que la revelación de los secretos profesionales está contemplado en la legislación penal como delitos, es decir si un profesionalista

¹⁸ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO OCÉANO op. cit. p. 956

revela algún secreto de su paciente, así lo estable el código penal para el Distrito Federal en sus artículos 210, 211 y 211 bis.

Estos artículos establecen la descripción de la conducta, y requiere de la concurrencia de algunos elementos integrantes de la infracción penal, en general, como son los siguientes:

- a) Revelación de algún secreto o comunicación reservada;
- b) Que se haga sin justa causa;
- c) Que sea en perjuicio del paciente; y
- d) Que se efectúe sin el consentimiento, sin la anuencia del que pueda resultar perjudicado.

"La anterior conducta queda completada con la exigencia de que el conocimiento del secreto o de la comunicación reservada lo sea en virtud del desempeño de su empleo, cargo o puesto (señalamiento que ya lleva implícita una considerable carga de profesionalidad, sobre todo si pensamos en notarios, abogados defensores, médicos familiares, etc.)."¹⁹

Es importante precisar que los médicos tienen la obligación de guardar el secreto sobre las enfermedades que tienen sus pacientes, ya que en algunos casos, el revelar el estado de salud, puede ocasionarles graves perjuicios, alguno de ello podría ser despedidos en su trabajo, por ejemplo.

Para ello el artículo 211 del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra señala lo siguiente: "La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios

¹⁹ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO Tomo P-Z, op. cit. p. 2877

profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial."

La revelación de secretos afecta también otros bienes jurídicos, como pueden ser el honor, en lo referente a la intimidad y por lo que hace al aspecto de la salud, es importante señalar que en muchas ocasiones el revelar un secreto le puede ocasionar graves perjuicios.

El profesionista en stricto sensu, es la persona que presta servicios en un área de la ciencia, técnicos, funcionario o empleado público, la calidad específica y en la relación a los bienes objeto de la garantía penal resulta evidente.

En conclusión se puede decir, que el médico tiene la obligación de no revelar las enfermedades que padezcan sus clientes, porque en todo momento debe de observar discreción, ya que si llegará a divulgarlo podría ocasionarles severos problemas, como por ejemplo la discriminación, el despido de su fuente de trabajo, sólo por mencionar algunos casos.

CAPÍTULO 2 PRÁCTICA MÉDICA

2.1. LA PRÁCTICA MÉDICA EN LA ACTUALIDAD.

En los últimos cuarenta años, ha habido un avance espectacular en los medios utilizados por la medicina, el descubrimiento de los antibióticos, los nuevos conocimientos de estructuras bioquímicas, las técnicas de cirugía y microcirugía, la tomografía computarizada, han contribuido a erradicar enfermedades, con tener el avance de otras, lograr curas espectaculares que ni siquiera sospecharon, prolongar el tiempo útil de vida.

Los objetivos primarios del médico se resumen en prevenir la enfermedad, evitar la muerte inesperada y aliviar o mejorar al enfermo.

El médico deberá de curar, ayudar al paciente a superar la enfermedad o incapacidad y evitar la muerte, a menos que ésta constituya el evento final de una larga agonía. En todos los casos, el médico ayudará siempre a mantener la dignidad de su enfermo como persona y proporcionarle bienestar, deberá ser su que hacer fundamental.

En ausencia de urgencias médicas, la relación médico-paciente se establece cuando el enfermo escoge a su médico y él acepta tomarlo a su cuidado, el crédito y la confianza al médico, ingredientes esenciales en la curación son más fáciles de obtener cuando la elección se realiza libremente estableciendo el diagnóstico y discutido con el enfermo y su familia, el médico les presenta las estrategias de acción, el enfermo acepta y el médico asume la responsabilidad. Por medio de una comunicación mutua de confianza y respeto.

Por otro lado se ha dado una suerte de despersonalización del ejercicio tradicional. Es exacto que ha desaparecido el médico de cabecera, o de la familia siendo reemplazado por un equipo, muchas veces desconocido para el paciente. En modo alguno el avance científico limita la actividad del médico que se ve superado, por un progreso arrollador.

El médico de cabecera, su figura, su personalidad y su actividad fueron brillantes y eficaces en otra época; actualmente la transformación va hacia un servicio en equipo, dada la alta complejidad de los medios auxiliares del diagnóstico y por eso, también, debe extenderse la responsabilidad a todos los que de un modo u otro intervienen en la asistencia y tratamiento del paciente, creándose, entonces una forma de responsabilidad solidaria.

La medicina está en una etapa de profundos cambios y de formidables progresos; nos toca vivir en un período crítico, en cuanto significa transformación.

El ejercicio actual impide, a menudo, escuchar al enfermo durante el tiempo necesario y suficiente para que sus manifestaciones contribuyan al éxito del tratamiento.

Pero aquí se impone una doble reflexión a médico y paciente, en los primeros, tiene la paciencia, respeto y el tiempo interés para escuchar; y a los segundos no creer que todo depende de sus manifestaciones, pues el "ojo clínico" puede descubrir más con una aguda y minuciosa observación y un definido examen que con un relato, no siempre rigurosamente fiel, del paciente, creándose una despersonalización de paciente.

Las obligaciones fundamentales del médico hacia su paciente son invariables, aún cuando la relación médico-paciente pueda afectarse en formas diversas por el sistema de dispensar la atención, como en el caso de nuestras instituciones de salud. En el hospital en donde además de adiestrarse, debe

aprender a actuar como un verdadero médico. No hay mejor catedrático que un enfermo, para enseñarle a descubrir hasta dónde llega su capacidad de servicio y el tamaño real de su calidad humana. En el hospital le toca al médico ser testigo y compartir los momentos más angustiosos de sus semejantes, por lo cual debe saber interpretar sus necesidades físicas, morales y sociales, tener el sentido necesario para captar lo que significan para el paciente y familiares un dolor intenso y prolongado, la imposibilidad de conciliar el sueño o quizá la angustia ante una muerte inminente.

Para comprender la naturaleza y la forma de una correcta conducta para los estudiantes de medicina se deberá observar las relaciones entre sus profesores y los enfermos o pacientes. La misma enseñanza será la que se derive del trato de los docentes entre sí, así como la natural y respetuosa jerarquía de todo el grupo. Los estudiantes captan un día y otro la trascendencia, de las implicaciones familiares y sociales que el paciente crea y la forma de reaccionar o de resolver los conflictos por parte del docente.

En su época de capacitación el médico debe tener el criterio suficiente para discernir sobre el ejemplo que se recibe de sus maestros. Y así como debe de ir aplicando su propio juicio a las enseñanzas que se le imparten, también debe tener la sensatez de adoptar sólo las actividades y los rasgos positivos de sus maestros, sin caer en el mimetismo de imitarles en todo; un constante asesoramiento en todas las decisiones y maniobra que se llevan a cabo para la atención de los enfermos sin rebasar sin límites de la amable serenidad, de la buena educación y del respeto que debe merecerle los enfermos y el hospital, y esta responsabilidad recae en el médico no sólo como maestro, sino también como alumno.

Tomando en cuenta el comentario de Guillermo Fanghake S. Que dice: "el médico como el hombre, siempre es nuevo y lo seguirá siendo, se renueva constantemente, agrega, la medicina clínica del mañana deberá contener una

impregnación constante y de alta calidad en el mayor acercamiento humano para y por el enfermo que permita tomar de la tecnología sólo lo más útil, no pudiendo esta última sustituir una adecuada relación médico-paciente.”²⁰

En la enseñanza de las clínicas los estudiantes podrán observar como los pacientes priorizan las relaciones humanas sobre los demás aspectos de la asistencia. La simple captación de este fenómeno debe tener un valor decisivo en la formación del estudiante actual y de futuro profesional. El estudiante bien formado sabrá apreciar lo que tiene de valor humano la confianza, el trato delicado, respetuoso, hablar y saber escuchar al paciente.

En su preparación el médico requiere de una cosmovisión que lo determina a él mismo y a su sociedad, que requiere cultivar las funciones intelectuales necesarios para su aprendizaje pero también aquellas superiores, donde traslade el reconocimiento de la calidad humana a una vida más digna donde se le permita apreciar al hombre en su cultura, en su práctica y arte, en su capacidad de producción simple y común, además de compleja, subjetiva y elevada desde las filosofías más cotidianas y comunes hasta la elaboración misma del pensamiento abstracto y analítico, es así pues, reconocer la complejidad del hombre y de su humanidad.

Siempre deberá ejercerse respeto y consideración tanto en los éxitos como en los fracasos de los demás. Por eso, su carácter debe modelarse en el contacto con el dolor y el infortunio, hasta alcanzar la más exquisita sensibilidad, ya que para poder aliviar el sufrimiento, lo primero que hay que hacer es comprenderlo.

²⁰ DÍAZ MULLER, Luis T. *Bioética, Salud y Derechos Humanos*, op. cit. p. 121

Es importante considerar al estudiante de medicina como capaz de diferenciar las condiciones humanas imperantes en el actual mundo, donde civilizaciones culturales pasan a la decadencia en poco tiempo en virtud de confrontarse con otras dominantes y que sujetan al ser humano a diferentes desviaciones de su verdadero valor, desvirtúan su condición y lo reducen a condiciones de miseria y dolor, donde la muerte capea sin respetar sexo, edad, religión, acompañada siempre del fantasma del hombre haciéndose imperante la supervivencia a costa de lo que sea. Es aquí donde la paradigma antropomédica reconoce la situación del hombre integral, completo, total que es así mismo y de su familia, tanto como de su entorno y que al identificarlo reduce en el reconocimiento a la vida humana, su dignidad y sus derechos indispensables como al de la salud, a la vida, a la vivienda, a los alimentos, que como es totalmente reconocido en nuestra historia son derechos inalienables del ser humano, nuestros estudiantes deben reconocer este contenido en su curriculum.

Cuando llega el momento de adoptar decisiones en una situación de vida o muerte, el médico no debe preguntarse si lo que se propone realizar puede entrañar consecuencias legales, pues ello podría convertirse en un letal freno que, en última instancia, perjudicaría al paciente.

El ejercicio de la actividad médica es plena en opciones difíciles, y por supuesto el médico puede cometer errores, los que no serán reprochables moral y jurídicamente, si ha tratado al paciente con los medios adecuados de los conocimientos actuales y con arreglo a lo que su deber le impone. Pero aquí puede crearse un margen de duda, un cono de penumbra.

Otra cosa que también se tiene que criticar la medicina hecha por médicos cuyo corazón está junto al dinero y la aparición del médico-empresario, pero también tiene su margen de realidad el olvido deliberado que se comete cuando junto a un médico enriquecido existen decenas que viven con un limitado decoro y con la cabeza puesta en la salud del enfermo.

Es esencial evitar una tendencia que le quitará al médico toda voluntad de asumir responsabilidades, impulsándolo a pasarle la carga a otros, pues si las cosas siguen así se contribuirá a desarrollar una psicosis de miedo y una tendencia a mezclar riesgos legales con riesgos legítimos, sin perjuicio de la existencia de imperdonables casos de impericia, imprudencia o negligencia. El ejercicio de la medicina significa un riesgo, pero un riesgo que tiene doble presupuesto de sustentación, ético y científico, que protegerá al médico de reclamos temerarios.

En la medicina institucional se debe fomentar el diálogo y la discusión con el médico responsable del caso, para de esta manera puedan abrirse nuevos horizontes de estudio y tratamiento que beneficien al enfermo.

Es importante impartir a los jóvenes médicos los conocimientos científicos y tecnológicos propios de esta época pero también sustentarle una formación moral, de valores, histórica que le permita entender la problemática de su entorno, reconociéndose que como tal la ciencia es por y para el hombre siendo en este sentido inseparable y coadyuvante en la educación moderna.

2.2. BUROCRATISMO Y DESHUMANIZACIÓN

El juramento hipocrático marcó los paradigmas de la conducta ética de los médicos, que obligaba entre otras cosas a un voto de entrega total a la profesión, dedicación y fidelidad al enfermo buscando hacerle el bien; hacer sólo que se sabe hacer; fidelidad al maestro y compromiso de transmitir los conocimientos; tener una conducta honesta con el enfermo, con su familia y con la sociedad, y el secreto médico.

Estos principios que se han olvidado por las crisis sociales, económicas, pero sobre todo por la crisis de valores que ha conmovido a la sociedad contemporánea, es fundamental replantearlos a través de la bioética, que pretende no solamente crear un código de derechos y obligaciones, sino hacer de ella una herramienta para ayudar a los pacientes, desde las ciencias de la salud, para brindarles un trato digno como personas, desde la concepción hasta el momento de la muerte.

"Los grandes centros hospitalarios, sobre todo aquellos que pertenecen al régimen de seguridad social, exigen a sus médicos una malsana e inadecuada hiperactividad, sus horas de labor se contabilizan cuales prendas de vestir que deben concluirse en determinado tiempo, ello obliga al médico a acelerar su paso, dedicando menos tiempo a sus pacientes, con lo cual se deteriora la relación médico-paciente y aumentan las probabilidades de errar en su ejercicio profesional. Al médico se le da trato de jornalero pagando su trabajo a destajo, la calidad no será primordial, se estimula por llegar temprano no por el éxito quirúrgico o terapéutico, se crea en el profesionista la idea que su responsabilidad es transferida a la institución, olvidando que en el fuero penal no existe dicha transferencia y que la responsabilidad que a la institución le recae no excluye la del profesional."²¹

De lo expuesto se puede apreciar que, debido a la excesiva carga de trabajo que tienen los médicos en instituciones públicas, estos no les dedican el tiempo suficiente a los pacientes y únicamente los ven como objetos, en muchas ocasiones ni siquiera tienen el cuidado de recetarles los medicamentos correctos.

Entrar a estudiar la relación médico-paciente dentro de las instituciones de salud, implica en definitiva hacer una distinción en cuanto a instituciones públicas o privadas se refiere.

²¹ CIIOY G. Sonia. "Responsabilidad en el Ejercicio de la Medicina", op. cit. p. 4

Los centros de atención privados, procuran el clima ideal para lograr la relación más satisfactoria para quien acude en busca de la atención médica. Algunos de estos centros cuentan con consultorios para atender a los pacientes ambulatorios, un área de urgencia en donde recibirán los casos que la requieran y un área para los pacientes encamados. Cuando así sucede ofrecen también los servicios de laboratorio y rayos X. Junto con todo ello, claro está, deberán contar con las áreas necesarias para atender a los pacientes hospitalizados, como lo es lavandería, cocina, mantenimiento e indudablemente la administrativa que se encargará precisamente de esta labor.

Entre las instituciones públicas que ofrecen servicios médicos tenemos al Instituto Mexicano del Seguro Social (I.M.S.S.), al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (I.S.S.S.T.E.) y a la Secretaría de Salud (S.S.A.), principalmente. En ellos, a las personas que reciben tal atención se les denomina derechohabientes, es decir son las personas que tienen derecho, por diferentes relaciones con tales instituciones, a recibir dicha atención. Los centros establecidos por la S.S.A. cubren en general, a la población que no tienen acceso a otro tipo de asistencia médica, es decir personas que no acceden a las instituciones antes mencionadas ni cuentan con los medios económicos suficientes para procurarse una atención médica privada.

En el caso del I.M.S.S. "tiene como finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado."²²

²² Ley de Instituto Mexicano del Seguro Social, México, 2001.

2.3. INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES MÉDICOS.

El incumplimiento de los deberes médicos es una figura que generalmente es concepuada como la inobservancia de las obligaciones que posee todo profesional del arte de curar, de responder ante la justicia por el daño que resulte de su actividad o ejercicio profesional.

Cabe aclarar que el incumplimiento de los deberes de un médico está constituido por la necesidad jurídica y social que obliga a todo profesional de la materia a responder, no solo ante los pacientes, sino también ante las autoridades competentes para que responda de los perjuicios causados por los daños cometidos con sus actos voluntarios e involuntarios en el ejercicio de su arte, ciencia, oficio y profesión, contra las reglas legalmente establecidas para su debido cumplimiento.

De lo anterior deviene que dicha inobservancia le puede traer consigo al profesional médico, una responsabilidad de indole civil y penal en su perjuicio, lo cual es importante indicar que estas se refieren a los siguientes aspectos:

Para el estudio de los distintos elementos de la responsabilidad civil el jurista Rafael Rojina Villegas, las divide en tres secciones de las cuales se comentara cada una para tener un mayor conocimiento del tema.

La primera el daño, como elemento esencial de la responsabilidad civil, es una condición sine qua non de la responsabilidad, pues es evidente que para que exista la obligación de reparar, es necesario que se cause un daño. Además de este elemento deberá existir la culpa y la relación causal entre el hecho y el daño. Se ha planteado el problema importante de determinar si sólo el daño patrimonial es susceptible de reparación, o también el derecho debe imponerla cuando se cause un daño moral.

El daño debe de ser de carácter privado, es decir, la acción la ejercerá únicamente el individuo que únicamente puede reclamar un perjuicio que haya sufrido personalmente.

Reparación del daño patrimonial, actualmente sólo se procede a la reparación total cuando el hecho ilícito cause daños a las cosas, siendo en cambio injustamente restringida cuando los infiera a las personas.

Violación de derechos adquiridos, generalmente la doctrina francesa acepta que tratándose de violación de derechos, para que exista responsabilidad civil, debe atentarse contra un derecho adquirido.

"Desde luego debemos sentar el principio de que para que exista un interés legítimo en el demandante, así como para que se le pueda inferir un daño en sentido jurídico, es necesario que invoque un verdadero derecho, como ocurre por ejemplo con el acreedor alimentario a quien se le prive total o parcialmente de su pensión alimenticia."²³

Reparación del daño moral. Se ha discutido en el derecho si debe haber reparación por el daño moral. En términos generales se ha considerado que los valores espirituales de la persona una vez que han sido lesionados, jamás podrán ser devueltos a su estado anterior, cualquiera que sea la protección jurídica que se les conceda y la sanción que se imponga por el daño moral causado.

La reparación del daño patrimonial. En principio se busca la reparación exacta y así lo dice la primera parte del artículo 1915, pero cuando no sea posible tal reparación, como ocurre con la destrucción de las cosas, tendrá que admitirse y regularse una reparación por equivalente.

²³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano Obligaciones II, op. cit. p. 133.

La Segunda la culpa, desde el punto de vista tradicional, la culpa es un elemento esencial para que nazca la obligación de reparar el daño causado.

La culpa esta contemplada dentro de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, que en su artículo 1910 señala lo siguiente:

"El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."²⁴

Artículo 2025.- "Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar lo que son necesarios para ella."²⁵

Sobre estos numerales cabe agregar que la teoría subjetiva de la responsabilidad parte del elemento culpa, estimándose como esencial para que nazca el derecho a exigir la reparación del daño. Se considera que dentro del concepto lato de culpa, se entiende también el dolo.

La noción de culpa que contiene el precepto que se comenta, se refiere a un caso específico, la que debe observarse en la conservación de la cosa.

Pero la noción genérica de culpa o negligencia a que alude el artículo 1910 del código comprende toda conducta contraria al deber de no causar daño a otro en el cumplimiento de todas las obligaciones: de dar, de hacer y de no hacer. En sentido amplio, la culpa denota la idea de que el sujeto ha incurrido en falta por imprudencia, impericia, falta de atención o de cuidado de donde deriva un daño causado a otro.

²⁴ Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Luciana, 3ª ed., México, 2001, p. 270.

²⁵ Ibidem, p. 287.

La tercera la relación de causalidad, "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".²⁶

Distinción entre la culpabilidad y la causalidad. La causalidad no implica la culpabilidad; pero ésta se entraña o supone a aquélla. 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.

En términos generales, la doctrina establece que por responsabilidad profesional médica "es la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión."²⁷

De lo anteriormente vertido, resulta válido inferir que tanto en el área médica como en cualquier tipo de profesión, el que cometa una falta, infracción o hecho ilícito con motivo del ejercicio de su actividad, estará obligado a responder primeramente ante su propia conciencia (a la cual se le conoce como responsabilidad moral), ante los demás (responsabilidad de carácter social) y en el momento en que por dicha falta o hecho ilícito se constituya un delito, el profesionista que haya violado o transgredido no únicamente las normas morales y

²⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Obligaciones I* op. cit. p. 148

²⁷ CARRILLO FABELA, Luz Ma. Reyna. "La Responsabilidad del Médico" Edit. Porrúa, México, 2000, p. 5.

las sociales, sino las jurídicas, al producir un daño con su conducta, daño que lesione intereses sociales o bienes jurídicos tutelados, en ese momento tendrá que responder penal y/o civilmente.

En el ámbito penal, al sujeto imputable autor del daño y que se halle jurídicamente culpable por su conducta delictiva se le impondrá alguna pena o medida de seguridad; en el primer caso, privación de la libertad por determinado tiempo, y en el segundo caso, suspensión temporal o definitiva del ejercicio profesional, de acuerdo a lo que determine el juez.

Por su parte, en el área civil, básicamente se tiende a reparar el daño, cuando esto es posible, o bien, a pagar los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la acción u omisión del médico durante o con motivo de su ejercicio profesional. En este orden de ideas, la responsabilidad penal no excluye a la civil y viceversa, pudiéndose encontrar en ambas situaciones en forma separada o simultánea el autor de un hecho delictuoso.

Así mismo cabe agregar que existen otros tipos de responsabilidad que únicamente se mencionaran para tener conocimiento, por no ser tema central de nuestro estudio: responsabilidad administrativa, responsabilidad del Estado, responsabilidad de los servidores públicos, etc.

Sobre la posibilidad de deslindar una responsabilidad médica, a dichos profesionistas, es importante hacer las siguientes precisiones:

Primera.- Que las demandas contra los médicos no se conviertan en el quehacer diario de las personas, que muchas veces lo harán más por el interés pecuniario, que por la responsabilidad en que haya incurrido dicho profesionista.

Segunda.- El estar constantemente demandando a los médicos, puede ocasionar que estén más preocupados al realizar una intervención quirúrgica, porque no los vayan a demandar que por los resultados de la misma.

Tercera.- Es importante señalar que en la actividad médica, se esta en constante peligro entre la vida y la muerte del paciente, que muchas veces al verse el médico ante esta disyuntiva el se aplica lo más que puede pero lo resultados no son los óptimos, y que ya sea que deje al paciente lesionado o en el mayor de los casos muera éste.

Cuarta.- Antes de juzgar al médico, se debe asegurar por todos los medios de investigación apropiados, y que lógicamente estén a su alcance, de que el enfermo se encuentra verdaderamente afecto a la dolencia que indica la aplicación del tratamiento en cuestión o a la intervención quirúrgica, que se encuentra en estado de soportarlo, advirtiéndole, en lo posible antes, el peligro que puede correr. Es evidente que en estos casos es mejor experimentar un remedio arriesgado que ninguno, siendo del todo necesario que no haya otro remedio más seguro para curar la enfermedad, ya que siempre debe primar el interés por la salud del doliente sobre el interés de la ciencia.²⁸

2.4. IATROGENIA

Hablar de iatrogenias es inquietante pero sobre todo de gran interés debido a lo trascendental del tema tanto para el médico como para el paciente, y, en general, por las repercusiones sociales, culturales, políticas, económicas e inclusive legales que las iatropatogenias pueden originar; desde luego que el problema fundamentalmente atañe a los médicos y es por ello que estos deben no

²⁸ ACOSTA RAMÍREZ, Vicente, *De la Responsabilidad Civil Médica*, Edit. Jurídica de Chile, República de Chile, 1990, p. 47.

únicamente conocer y analizar las causas que originan las iatropatogenias, sino también analizar la forma de evitar que se presenten durante la práctica de su ejercicio profesional.

Sobre este término que cronológicamente ha venido a agregarse a la responsabilidad profesional, reina en la actualidad la confusión fomentada por los autores que por lograr un pretendido purismo, no han respetado el concepto de responsabilidad profesional o sus similares y, básicamente, con el denominador común de responsabilidad por culpa, han incorporado este término conocido como responsabilidad sin culpa médica o tomando como base su raíz etimológica *Iatros* y desde entonces toda acción médica es iatrógena. Como consecuencia de quienes no crean pero pretenden descubrir significados que hasta ello, eran oscuros, la confusión ha venido a aumentar los cargos de pretendidas faltas del médico.

Sobre éste término tenemos que: Cardenal, en su diccionario Terminológico de Ciencias Médicas, define como "iatrogenia a lo producido por el médico o los medicamentos."²⁹

Carlos Jiménez Díaz, ha expuesto: "... que la iatrogenia es el estudio de los efectos nocivos o patógenos que se originan en el quehacer médico, tanto diagnóstico como terapéutico, debido en última instancia a una necesidad o a una información deficiente, pero no culpable, del médico."³⁰

Otro concepto que se puede deducir gramaticalmente, es el siguiente: (del griego *Iatros*, médico, -geno e ico-) "toda alteración del estado del paciente producida por el médico."³¹

²⁹ Cf. CARRILLO FABELA, Luz María Reyna. "La Responsabilidad del Médico", Op. Cit. p. 10
³⁰ ACHAVAL, Alfredo. "Responsabilidad Civil del Médico", Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 108

³¹ *Ibidem*.

Con la definición anterior se desprende que por el término iatrogenia, debe entenderse no únicamente los efectos positivos o benéficos originados por el médico en el paciente, sino también los efectos negativos o nocivos. En sentido amplio, iatrogenia sería todo lo producido por el médico en el enfermo, en sus familiares y/o en la sociedad; por lo tanto, incluye, no sólo las consecuencias nocivas de la intervención del facultativo, sino también los éxitos de la medicina, la curación de las enfermedades y la conservación de la salud. La tradición sin embargo, ha sancionado que la palabra iatrogenia se use en sentido estricto para referirse únicamente a los aspectos negativos de la práctica de la medicina.

Se puede decir que la patología iatrogénica es una lesión o enfermedad que, por su ejercicio profesional correcto y sin culpa, produce el médico; en cambio la falta de responsabilidad profesional (médica) es una omisión culposa de la pericia que se le debió impartir y que se supone tiene un plan de estudios, de la prudencia que, como hombre de ciencia, se espera de su moral especializada, de los cuidados que lo alejan de la negligencia, de los reglamentos o deberes que, en su organización, la sociedad da como normas para las funciones asignadas.

2.5. CREACIÓN DE LA COMISIÓN DE ARBITRAJE MÉDICO.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico, no sólo trata de conocer el origen de la problemática que ofrece la prestación de los servicios de salud, y encuadrar la conducta del profesional en una hipótesis legal con miras a determinar su responsabilidad, sino que mediante la aplicación de métodos alternos de solución como la asesoría, la conciliación y el arbitraje, busca dar fin a las controversias médico-paciente.

La necesidad de contar con servicios de salud de calidad, fue considerada en el decreto de creación de CONAMED, en donde al referirse al Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 se "plantea el mejorar la calidad de los servicios médicos a través de la reestructuración de las instituciones, así como atender las legítimas demandas de los usuarios para que los servicios operen con mayor calidad y eficiencia".³² Es así como la CONAMED surgió con el carácter de instancia pública y cobertura nacional, con facultades para recibir, investigar y resolver inconformidades derivadas de la práctica profesional médica y evitar la confrontación de las partes, es decir médicos y pacientes, así como pugnar por la mejoría de la calidad de los servicios de salud.

Al recibir, investigar y resolver inconformidades por la prestación de servicios médicos, la CONAMED conoce e identifica con detalle las causas de esas irregularidades, y con la participación de profesionales de la medicina y el derecho, profundiza en su conocimiento para incidir no sólo en su solución, sino en la disminución de su presencia y elevar así la calidad de los servicios médicos.

Al tener la Comisión facultades para intervenir de oficio en cuestiones de interés general en materia de salud, puede investigar irregularidades que afectan la salud de la población, ya sea de un grupo en particular, de una región o de la población en general, participa el abatimiento de las causas de los conflictos y en la prevención de situaciones similares, mediante opiniones técnicas fundadas en el estudio acucioso y ordenado de profesionales expertos en diversas especialidades.

Asimismo, tiene la Comisión atribuciones para hacer del conocimiento de las autoridades judiciales aquellos hechos que pudieren constituir ilícitos, tipificados tanto por la Ley General de Salud como por disposiciones penales, y que son detectados en el proceso de atención de quejas de los usuarios de los

³² Plan Nacional de Desarrollo 1995 - 2000, p. 45

servicios médicos, en particular de quienes practican la medicina sin la autorización de autoridades competentes.³³

Con ello, se pretende limitar la actuación de quienes engañan a la población mediante actos considerados contrarios a la práctica médica, ya que carecen de los conocimientos necesarios para la práctica médica, y atender la salud de los usuarios, con lo que se contribuye a elevar la calidad de los servicios en beneficio de la población.

La facultad de informar sobre hechos delictivos a la autoridad competente, se encuentra en las fracciones VII y XII del artículo 4° de su decreto de creación.

"Artículo 4.- La Comisión Nacional tendrá las siguientes atribuciones:

I...

VII. Hacer del conocimiento de las autoridades competentes, y de los comités de ética u otros similares, la negativa expresa o tácita de los prestadores de servicios, de proporcionar la información que le hubiera solicitado la Comisión Nacional. Asimismo, informar del incumplimiento por parte de los citados prestadores de servicios, de sus resoluciones, de cualquier irregularidad que se decrete y de hechos que, en su caso, pudieran llegar a constituir la comisión de algún ilícito.

XII.- Orientar a los usuarios sobre las instancias competentes para resolver los conflictos derivados de servicios médicos prestados por quienes carecen de título o cédula profesional."

Con fundamento en la primera fracción del artículo en comento, la CONAMED tiene la obligación de hacer del conocimiento del Ministerio Público los

³³ Comisión de Arbitraje Médico. (Cuadernos de Divulgación). La CONAMED en el cumplimiento del derecho a la protección de la salud en México, México 1996, p. 9

hechos que presuman la comisión de un delito y en la segunda, se establece la misma obligación pero respecto al delito específico cometido por personas que sin título profesional prestan servicios médicos.

2.6. FUNCIONES Y PROCEDIMIENTO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO (CONAMED).

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico, de acuerdo al Decreto Presidencial que la crea, tiene por objeto contribuir a resolver los conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de dichos servicios.

Por lo anterior la citada comisión, emplea como medios para la solución de controversias las figuras jurídicas de la conciliación y el arbitraje.

Se considera conveniente señalar que la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, especializado para resolver los conflictos entre usuarios y prestadores de servicios médicos, la cual debe evidenciar como principios generales los siguientes:

- ◆ La imparcialidad
- ◆ La confidencialidad
- ◆ La economía procesal
- ◆ La buena fe
- ◆ La contradicción
- ◆ La igualdad de las partes
- ◆ La participación directa de los interesados
- ◆ La honestidad

- ◆ La gratuidad
- ◆ Los avances tecnológicos y especialización.

La imparcialidad debe traducirse en el absoluto equilibrio de la Comisión en cuanto a las partes.

La confidencialidad se debe ofrecer a las partes en el sentido de que las declaraciones e información que aporten o que sean requeridos de oficio por la Comisión, se mantendrán en estricto secreto y se manejarán con absoluta discreción, con lo cual se preservará la honra tanto del usuario como del prestador del servicio médico que acudan ante la Comisión.

Con la economía procesal se buscarán los mayores resultados posibles con el menor número de actividades procesales. Esto significará la simplificación del procedimiento mediante la precisión del objeto de la controversia y la realización de aquellas prácticas que sean relevantes para la solución del conflicto que se plantee.

Bajo el principio de buena fe la Comisión debe ser considerada por el usuario y el prestador de los servicios médicos, como una instancia para solucionar los conflictos en amigable composición, y no como un medio para fraguar pretensiones ilegales, injustas o fraudulentas. Por ello, las partes deben comportarse y conducirse con lealtad y probidad, buscando la verdad histórica y la justicia.

La contradicción consiste en que toda petición y pretensión formulada por una de las partes, debe comunicarse a la contraria, para que ésta preste su consentimiento o formule, en su caso, la oposición que estime conveniente.

El principio de igualdad de las partes implicada la igualdad de oportunidades procesales para las partes, con objeto de que cada una de ellas, atendiendo a sus pretensiones, exprese y acredite lo que a su derecho convenga.

La Comisión debe conocer del caso a solicitud personal del quejoso, procurándose en todo momento la participación directa de las partes.

Los procedimientos que se ventilen ante la Comisión, no deben representar para las partes erogación alguna dando cabida con ello al principio de gratitud.

Por lo que respecta a los avances tecnológicos y especialización, éstos aun cuando en estricto sentido no se trata de un principio procesal, se refieren a la actualización de los avances y progresos de la ciencia y técnica médica, y es conveniente que, quienes resuelvan una controversia motivada por la prestación de los servicios médicos, sean precisamente especialistas y peritos de éstas, pues gracias a su alto grado de especialización, pueden asesorar a la Comisión en la resolución de las controversias planteadas.

En relación con la figura de la conciliación, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, de acuerdo con su Decreto de creación, puede intervenir en amigable composición para conciliar conflictos derivados de la prestación de servicios médicos por probables actos u omisiones emanadas de dichos servicios o por probables casos de negligencia con consecuencias sobre la salud del usuario.

Así también puede fungir como árbitro y pronunciar los laudos que correspondan cuando las partes se sometan expresamente al arbitraje.

A. Contrato de transacción.³⁴ El procedimiento que desarrolla la Comisión Nacional de Arbitraje Médico bajo la figura de la conciliación es el siguiente:

En principio recibe la queja o inconformidad y trata de resolverla inicialmente, por medio de un procedimiento denominado "Conciliación A" y que opera en los casos en que es posible resolver el conflicto con la intervención y canalización inmediata, como por ejemplo la falta de atención oportuna o negativa de atención en la prestación de un servicio médico al usuario.

La queja o inconformidad, debe contener:

- ◆ La formación tanto del usuario como del prestador del servicio médico;
- ◆ El motivo de la queja;
- ◆ Las circunstancias del hecho ubicado en tiempo, lugar y forma;
- ◆ Las pretensiones, y
- ◆ Los documentos con los que se acredita la relación médico paciente.

Si no es posible llevar a cabo la "Conciliación A" anteriormente indicada, se inicia el procedimiento conciliatorio o la etapa de conciliación, en la cual la Comisión Nacional hace del conocimiento del prestador del servicio la existencia de la queja o inconformidad que se haya interpuesto en su contra, indicándole:

- ◆ Los hechos que se le atribuyen;
- ◆ La documentación que la soporta;
- ◆ El día y la hora en que deberá presentarse ante la Dirección General de Conciliación o de Coordinación Regional para rendir un informe de los hechos motivo de la queja, y
- ◆ En su momento la fecha y hora de la audiencia de conciliación.

³⁴ LOZANO NORIEGA, Francisco. "Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos", Asociación Nacional de Notariado Mexicano, A. C., México, 1994, p. 34

Lo anterior se hace mediante notificación. En la audiencia de conciliación deben estar presentes el quejoso, el prestador del servicio, así como el médico y el abogado que representan a la Comisión.

La conciliación consiste en dirimir una controversia, por medio de la intervención de un tercero ajeno a ella que, con conocimiento de causa y sin prejuizar, asume un papel activo proponiendo a las partes alternativas para que resuelvan de común acuerdo sus diferencias.

Los conciliadores hacen del conocimiento de las partes el motivo de la queja y el informe presentado, así como los derechos que les asisten y los puntos de coincidencia y discrepancia.

Es indispensable que los conciliadores conozcan los hechos que generan la controversia de que se trata para estar así en posibilidad de proponer alternativas razonables y equitativas de solución.

Las partes pueden aportar las pruebas que estimen pertinentes y necesarias para acreditar los elementos de la queja y del informe respectivo. Puede darse el caso de no lograrse la conciliación entre las partes, y que éstas soliciten el diferimiento de la audiencia, siendo facultad de los conciliadores la admisión de dicha solicitud, en cuyo caso señalarán día y hora para su reanudación.

En caso de que el prestador del servicio no comparezca a la audiencia, o no rinda el informe por escrito con relación a los hechos, se le citará por segunda ocasión a la audiencia, y de no asistir, la Comisión podrá hacerlo del conocimiento de los órganos coadyuvantes, y emitirá, si lo juzga conveniente, una opinión técnica con los elementos que ha proporcionado el quejoso.

Cuando las partes logran avenirse, se procede a la elaboración y firma de un convenio que es suscrito por las partes.

Con el convenio en comento se pone fin a la controversia, por lo cual, en mi opinión se trata de un contrato de transacción en términos de los que prevé el artículo 2944 del Código Civil para el Distrito Federal, que dispone lo siguiente: "La transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura".

Los convenios sólo tienen como limitante no ser contrarios a derecho, al orden público y al interés social.

En caso de no lograrse la conciliación, es decir, cuando las partes no logran dar por terminada la controversia de común acuerdo se les exhorta para que de manera voluntaria designen como árbitro a la Comisión para solucionar el conflicto que presentan.

Puede darse el caso de que las partes no acepten a la Comisión como árbitro, siendo así, se levanta el acta respectiva, a efecto de dejar asentada la voluntad de las partes en ese sentido y, una vez firmada la misma, se acuerda la conclusión y archivo del expediente y si la Comisión lo cree conveniente puede emitir opinión técnica.

B. Compromiso arbitral.³⁵ Una vez que a la Comisión se le acepta como árbitro para solucionar la controversia, las partes formalizan su designación con la firma del compromiso arbitral, en el que se fijan el objeto y los términos del arbitraje, así como la obligación que tienen de sujetarse al laudo que se emita.

³⁵ OVALLE FAVELA, José. "Derecho Procesal Civil". Edit. Harla, 7ª ed, México 1980, pp.302 a la 310.

El fundamento de la obligatoriedad del laudo reside en el acuerdo (compromiso arbitral) de las partes y en la autorización que la ley da a éstas para que sometan su controversia al arbitraje.

En relación con este punto podríamos establecer que el arbitraje convencional puede nacer como producto de una cláusula compromisoria o como resultado de un compromiso arbitral; sin embargo, actualmente el arbitraje que ofrece la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, surge de un compromiso arbitral, es decir de un convenio definitivo entre las partes en conflicto, en el cual se señalan con toda precisión la materia del arbitraje.

Cuando las partes han firmado el compromiso arbitral, la Comisión inicia el procedimiento y observa junto con las partes las reglas para el ofrecimiento, recepción, admisión y desahogo de las pruebas, así como las demás previstas en el citado instrumento legal.

La Comisión puede allegarse de los medios probatorios que a su criterio sean necesarios para conocer la verdad histórica, así como contratar la asesoría de especialistas de reconocido prestigio y capacidad, a efecto de estar en posibilidad de emitir el laudo arbitral correspondiente.

Cerrada la etapa de ofrecimiento, presentación y desahogo de pruebas, las partes cuentan con un término común, para presentar sus alegatos.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico para la emisión del laudo cuenta con tres salas integradas cada una por un árbitro médico y un árbitro abogado, al frente de ellas se encuentra un presidente.

Una vez que se analiza colegiadamente la controversia, la sala correspondiente presenta su proyecto de laudo ante el pleno para su aprobación final.

La Comisión emitirá el laudo arbitral correspondiente y lo notificará a las partes, quienes se obligan a cumplir el laudo.

Con base en lo anterior podríamos esquematizar que el arbitraje cuenta con dos partes, una de instrucción o de preparación y otra de conclusión, en la primera, existen tres etapas que son: la etapa postulatoria, la etapa probatoria y la etapa preclusiva.

En la etapa postulatoria tenemos la celebración del compromiso arbitral por las partes, en el cual se fijan las reglas que deben observar el usuario y prestador de los servicios médicos, así como el árbitro, en el procedimiento.³⁶

En la Comisión Nacional de Arbitraje Médico se siguen los pasos siguientes:

- I. Citación a las partes a una audiencia en la que se les explica el procedimiento del arbitraje.
- II. Firma del compromiso arbitral, dando así inicio el procedimiento.

El árbitro debe recibir las pruebas que le presenten las partes siempre que estén permitidas por estipulaciones contempladas en el compromiso arbitral, en la ley y se refieran a los puntos cuestionados.³⁷

La etapa probatoria consiste en los siguientes pasos:

- I. El ofrecimiento. Es un acto de las partes: en el que ofrecen los diversos medios de prueba, con el fin de acreditar los hechos y pretensiones o defensas.

³⁶ Nota aclaratoria: Es importante mencionar que en la parte arbitral ya no se contempla a las partes como usuario y prestador, sino como demandado y demandante.

³⁷ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Edit. Sista, 5ª ed, México 002, p. 105.

- II. La admisión. Es un acto del árbitro, a través del que se aceptan o se declara procedente la recepción de los medios de prueba que las partes presentan para acreditar su dicho.
- III. La preparación. Es el conjunto de actos que realiza el árbitro, en el que se revisan las pruebas, aceptándolas o desechándolas.
- IV. El desahogo. Es el acto por el cual se desarrollan o desenvuelven determinadas pruebas.

Cuando se han agotado estos cuatro pasos, la etapa probatoria concluye y se pasa a la etapa preclusiva que es la parte en la que se formulan los alegatos por los contendientes en el arbitraje.

Cabe hacer notar que la valoración de las pruebas no pertenece, como podría parecer a primera vista, a la etapa probatoria, ya que esta evaluación debe desenvolverse en la fase conclusiva, es decir en la etapa en que se pronuncia o dicta el laudo o sea cuando se llega a la conclusión del proceso arbitral.

c) Laudo, homologación y ejecución forzada. El laudo arbitral es la decisión que se dicta por el árbitro, con la cual se pone fin al procedimiento arbitral y se resuelve el conflicto que se sometió a su análisis y estudio por los contendientes.

La estructura de los laudos arbitrales debe presentar cuatro secciones o partes:

- I. El preámbulo. En este debe señalarse, el lugar y fecha de la emisión del laudo, de quien emana, el número de expediente, los nombres de las partes y tipo de laudo arbitral (en estricto derecho o en conciencia), es decir, todos aquellos datos que sirvan para identificar plenamente el caso de que se trata.
- II. Los resultandos. Aquí se hace la descripción histórica de los acontecimientos, es decir, se relatan los antecedentes del caso, refiriendo

la posición de cada una de las partes, sus afirmaciones, los argumentos que han esgrimido, así como las pruebas que han ofrecido y su mecánica de desenvolvimiento.

- III. Los considerandos. Son la parte medular de los laudos arbitrales, es aquí donde, después de haberse relatado en la parte de resultandos la historia y los antecedentes del caso, se llega a las conclusiones y a las opiniones que resultan de la confrontación entre las pretensiones y las resistencias, a través de la luz que las pruebas hayan arrojado sobre la materia de la controversia.
- IV. Puntos resolutivos. Son la parte final del laudo arbitral, en donde con base en lo anterior, que sustentará la debida fundamentación y motivación del laudo, se resuelve el caso planteado.

Los aspectos esenciales de contenido que todo laudo arbitral debe poseer son:

- I. Congruencia del laudo. Que es la correspondencia o relación entre lo aducido por las partes y lo considerado y resuelto por el árbitro.
- II. Motivación del laudo. Consiste en la obligación del árbitro de expresar los motivos, razones y fundamentos de su resolución.
- III. Exhaustividad del laudo. El árbitro debe agotar todos los puntos aducidos por las partes y referirse a todas y cada una de las pruebas rendidas.

La homologación de los laudos arbitrales, es el reconocimiento que hace un Tribunal Público de la regularidad de un laudo pronunciado por un árbitro, para poder proceder a su ejecución coactiva. En un sentido amplio la homologación implica la aprobación judicial de un acto jurídico que no había adquirido toda su eficacia jurídica antes de ser homologado.

De acuerdo con lo anterior, el laudo arbitral que pone fin a la controversia entre un usuario y un prestador de servicios médicos, en caso de que condene a éste último a cumplir una obligación de dar, de hacer o no hacer, para que se pueda ejecutar es necesario acudir ante el Juez Civil pero si el laudo fuera absolutorio, entonces no tiene ejecución alguna, pues al momento de emitirse queda ejecutado.

2.7. CRÍTICA A LA CONAMED

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), nació con la finalidad de resolver los conflictos de salud de carácter público, privado y social, así como de contribuir a mejorar la calidad y eficiencia de los servicios médicos en nuestro país.

Asimismo, dentro de sus ámbito de atribuciones se encuentran la de brindar asesoría e información en forma gratuita, tanto a los usuarios como a los prestadores de servicios médicos, sobre sus derechos y obligaciones en materia de salud, así como recibir, investigar y atender las quejas que sean presentadas por el usuario, con relación a posibles irregularidades en la prestación o negativa de servicios médicos.

De las anteriores consideraciones, tenemos que diversos autores, entre los que destacan la jurista Luz María Reyna Carrillo y Gonzalo Moctezuma Barragán afirman que "... el impacto que ha producido la CONAMED definitivamente ha sido trascendental en forma favorable, ya que dicha institución brinda asesoría e información sobre los derechos y obligaciones de usuarios y prestadores de servicios médicos, en materia de salud; soluciona los conflictos entre éstos en forma ágil, con economía procesal, frente a los procesos jurisdiccionales establecidos por el Estado, los cuales frecuentemente son complicados, largos,

públicos y costosos, (...) ha demostrado ser un mecanismo eficiente para dirimir las controversias derivadas de las quejas presentadas por los usuarios de los servicios médicos. Ha disminuido considerablemente la excesiva carga de trabajo del Ministerio Público y de los Tribunales Penales y Civiles, aminorando los tiempos y los costos en la resolución de las controversias, así como también ha favorecido a los profesionales médicos en general, al llegar a una conciliación con el quejoso, cuando esto ha sido posible, y por supuesto, también ha contribuido a la mejoría de la relación médico-paciente y al incremento de la calidad de los servicios médicos."³⁸

Sin embargo, discrepo de tales aseveraciones, toda vez que si bien la CONAMED se constituyó como una instancia cuyo propósito es resolver eficazmente los conflictos suscitados entre los usuarios y los prestadores de servicios de salud de carácter público, privado y social, así como de contribuir a mejorar la calidad y eficiencia de los servicios médicos en nuestro país; sus esfuerzos aunque loables, han quedado cortos por los siguientes aspectos:

Primeramente, por que en la realidad la resolución plena a las quejas que recibe este órgano son escasas, ya que según datos recopilados por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en 1999 "... de 2,876 que se presentaron ante la CONAMED, se resolvieron en ese año 1,254"³⁹, es decir, no llegó a solucionar de los casos que ante se plantearon.

Por tales razones, a mi parecer resulta una falacia lo que establece el párrafo primero del Considerando del Decreto por el cual se creó la Comisión Nacional de Arbitraje Médico que a la letra señala lo siguiente:

"Que el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 plantea el mejorar la calidad de los servicios médicos a través de la reestructuración de las instituciones, así como atender las

³⁸ REYNA CARRILLO, Luz María, op. cit., p. 144.

³⁹ Información extraída del Internet, en la dirección <http://www.cndh.org.mx>, México, 2000, p. 1.

legítimas demandas de los usuarios para que los servicios operen con mayor calidad y eficiencia; ..."

De la anterior transcripción, se desprende que ante las cifras expuestas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos respecto a que la CONAMED no resuelve en forma eficaz y rápidamente las quejas que le son presentadas, no podemos afirmar, tal y como temerariamente lo hacen los autores doctrinales que alaban, sin sustento alguno, que dicho órgano contribuya a mejorar la calidad de los servicios médicos en nuestro país.

Por otra parte, considero que su función resulta secundaria, ya que cuando suceden problemas entre los usuarios y los prestadores de los servicios médicos, los primeros, en la mayoría de los casos desconocen la existencia de la CONAMED, y por ello, presentan sus denuncias ante una instancia judicial, como serían los órganos dependientes de las Procuradurías General de la República, General de Justicia del Distrito Federal o Generales de Justicia de los Estados o ante las Comisiones de Derechos Humanos.

Asimismo, debido a que el usuario de los servicios médicos tiene la posibilidad de presentar su denuncia ante una gama de autoridades, considero que el que haya otro órgano más, en vez de ayudarlo burocráticamente lo confunde, ya que debemos situarnos en el lugar del denunciante, que ante la preocupación de la situación del problema que le aqueja, le resultará todo un calvario estar concurriendo a Ministerios Públicos o a Comisiones de Derechos Humanos, para que puedan resolverle su situación; por tanto, creo que el quejoso al estar realizando trámites ante la CONAMED le resultará a la larga engorroso.

De igual manera, se puede señalar que debemos tener en cuenta que los usuarios de la CONAMED, únicamente podrán solucionar los conflictos que tengan en contra de los prestadores de los servicios médicos, de manera amigable y bajo la demostración de la mejor buena fe posible, tenemos que el haber

concurrido a dirimir un problema ante este órgano, y en el cual no pueda ser posible este tipo de soluciones, entonces tendremos que a final de cuentas, habrá sido inútil haber denunciado irregularidades médicas ante la susodicha institución, en el sentido de que como en muchas ocasiones pasa con las autoridades impartidoras de la justicia en México, con las manos en la cintura y con la mayor tranquilidad le dirán al quejoso, que como no pudo haber algún tipo de solución que plantea la legislación de la CONAMED, entonces para resolver íntegramente su conflicto debiera acudir ante los órganos judiciales competentes, lo cual se nos hace injusto y ocioso, por la pérdida de tiempo y esfuerzo que ocupó el denunciante sin poder obtener resultados óptimos.

Por último, las resoluciones de la CONAMED al no tener una fuerza obligatoria de cumplimiento para los prestadores de servicios médicos denunciados, ocasiona que en la práctica los problemas que le denuncian no tengan una solución pronta, ya que los inculpados podrán o no cumplir con las observaciones o determinaciones que dicho órgano les plantee en caso de que resulten culpables, y por tanto, consideramos dejan en un estado de indefensión al quejoso, ya que no tendrá mejor alternativa que acudir a final de cuentas, ante los órganos judiciales que deslindarán una efectiva responsabilidad de los hechos, pero con la consabida situación de que enfrentará un proceso jurisdiccional complicado, largo y costoso.

Así entonces, concluyendo creo que este órgano está por demás, en el cumplimiento de la justicia en aquellos casos de responsabilidad médica, y que lo único que origina es más burocratismo, lentitud y torpeza en las funciones que tienen los órganos judiciales competentes. Así también, si su finalidad es la de dilucidar amigablemente los conflictos de naturaleza médico, sin tener injerencia coercitiva, consideramos que basta y sobra con intervención de las Comisiones de Derechos Humanos, por tanto, la CONAMED no tiene una razón jurídica plena de existencia.

CAPÍTULO 3 ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 1910 Y 1915 DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

3.1. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 1910 Y 1915.

En términos generales, tenemos que la responsabilidad "...consiste en el deber de responder ante otro sujeto por la sobrevenida violación imputable de cualquier norma precedente y presupuesta de conducta y sufrir las sanciones preestablecidas... Puede llamarse responsabilidad, en sentido sustancial, la imputación de una especie de ilícito al sujeto... El juicio de responsabilidad es, a un tiempo, condición de la relevancia jurídica del evento dañoso, de su calificación como ilícito y presupuesto para su vinculación a un sujeto determinado responsable."⁴⁰

Por lo que se refiere al análisis en específico de la Responsabilidad Civil por Servicios Profesionales, se considera importante definir y explicar de manera breve y clara el concepto y los aspectos generales de la responsabilidad civil. Por tal se entiende la obligación a cargo de un sujeto a causa de un evento dañoso generado por el hecho ilícito o por el riesgo creado, la cual se traduce en la necesidad de indemnizar a los sujetos afectados por este evento.

Para el profesor Joaquín Martínez Alfaro señala que "...la responsabilidad civil es la obligación de carácter civil de reparar el daño pecuniario causado directamente, ya sea por hechos propios del obligado a la reparación o por hechos ajenos de personas que dependen de él, o por el funcionario de cosas cuya vigilancia está encomendada al responsable de la reparación."⁴¹

⁴⁰ BONET RAMÓN, Francisco. "Apuntes del Curso de Responsabilidad Civil" impartido en el Doctorado en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1978 - 1979, p. 9

⁴¹ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. "Teoría de las Obligaciones.", 2ª ed., Edit. Porrúa, S.A. México, 1998, p. 145

De lo anterior también se puede decir, que la responsabilidad civil, es la obligación de carácter civil, de reparar el daño pecuniario causado directamente por el obligado a la reparación o por las personas o cosas que estén bajo su cuidado.

En el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, señala lo siguiente:

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

Se entiende por hecho ilícito la conducta violatoria del deber jurídico, de no causar daño a nadie.

En la actualidad la responsabilidad profesional médica tiende a aumentar debido al mayor conocimiento médico y jurídico por parte de los pacientes, quienes exigen al médico una curación completa y pronta a sus problemas, bajo condiciones de óptima calidad profesional, esto ha podido observarse a lo largo de estas dos últimas décadas; prácticamente antes de los años 70s era extremadamente rara en nuestro país, la presencia de denuncias por responsabilidad profesional del médico, esto condicionado por factores de índole cultural y de educación principalmente.

Ahora bien después de haber estudiado lo que es la responsabilidad civil, pasaremos a estudiar lo que es la responsabilidad médica para ello daremos algunos conceptos sobre este controvertido tema.

El autor Francisco Tenorio, sobre la responsabilidad médica señala: "... es el compromiso moral de responder de los actos propios y la obligación de reparar

o indemnizar las consecuencias de actos perjudiciales para terceros. Dos vertientes de un concepto que contiene elementos tan antiguos y complejos, como el médico mismo."⁴²

El jurista chileno Vicente Acosta Ramírez, sobre el tema en comento vierte el siguiente comentario: "Los médicos, en el ejercicio de la medicina, pueden ocasionar una serie de perjuicios, y ello justamente genera todo el problema de su responsabilidad. La responsabilidad médica es la obligación para los médicos de sufrir las consecuencias de ciertas faltas por ellos cometidas que pueden comportar una doble acción, civil y penal."⁴³

Debe entenderse de los anteriores conceptos, que la responsabilidad que afecta al médico por sus actos u omisiones que puedan considerarse culpables, ya sea por imprudencia, descuido, ligereza o por error en la administración de medicamentos o en la ejecución de operaciones o en la emisión de juicio científico, en las actuaciones periciales o, en fin, en cualquier acto en que intervenga en calidad de facultativo.

Sobre la culpa el jurista Joaquín Martínez Alfaro, vierte el siguiente comentario: "La culpa es la inejecución de un deber que el agente podía conocer y observar. Si lo conocía efectivamente y deliberadamente lo violó, hay delito civil, o en materia de contrato, dolo contractual. Si la violación del deber, pudiendo ser conocida y evitada, ha sido involuntaria, hay simple culpa; y, en materia extracontractual, se le llama cuasidelito. En todos los dominios, la culpa cuenta con dos elementos, uno objetivo, el deber violado, el otro más bien subjetivo, la imputabilidad del agente...".⁴⁴

⁴² TENORIO GONZÁLEZ, Francisco " Responsabilidad Profesional del Médico". Academia Mexicana de Cirugía, México, 1998, p. 5

⁴³ ACOSTA RAMÍREZ, Vicente. " De la Responsabilidad Civil Médica". Edit. Jurídica de Chile, República de Chile, 1990, p. 19

⁴⁴ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. " Teoría de las Obligaciones." op. cit. p. 176

Sobre este tema autores como Mazeud, Planiol y Ripert, señalan que "... los médicos solamente responden por su culpa grave o lata."⁴⁵

Así mismo, sobre la culpa Jean Mazued, agrega: "La culpa ha encontrado mucha aceptación en la esfera de la responsabilidad médica, entre los médicos y cirujanos expuestos a numerosas acciones de responsabilidad intentadas por sus clientes. Pero está hoy condenada por la jurisprudencia. Desde el instante en que el juez da por aprobado que un médico cuidadoso se habría comportado, en las mismas circunstancias, de otro modo que el demandado, debe condenar a reparación."⁴⁶

De igual manera, tenemos que la responsabilidad civil implica la reparación de los daños causados y de los perjuicios provocados por uno mismo o un tercero, por el que debe responderse. No supone un perjuicio social, sino el daño a un particular y trata de establecer un vínculo jurídico, una relación de obligación entre dos personas, convirtiéndolas en acreedor y deudor respectivamente.

Por tanto, se puede afirmar que existe responsabilidad civil cuando una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra.

También tenemos que diversos juristas, dividen a la responsabilidad de la siguiente manera:

a) **SUBJETIVA**.- Es aquella que se fundamenta en el proceder culposo (es la falta de pericia o la imprudencia de no tener el suficiente cuidado de hacer las cosas) o doloso (es la malicia con que obra el sujeto activo para ocasionar el daño) del responsable. Por su parte, la Escuela Clásica establece que para que se configure este tipo de responsabilidad deben darse las siguientes circunstancias:

⁴⁵ MAZEUD, Henri y MAZEUD, Jean. "Lecciones de Derecho Civil", Parte 2. Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1988, p. 345.

⁴⁶ Ibidem, p. 346

1. Incumplimiento de una obligación que puede ser contractual o extracontractual.
2. Que el proceder ocasione un daño, pues en caso contrario se estaría sancionando el enriquecimiento ilegítimo.
3. Que la inejecución de dicha obligación sea consecuencia de una determinación libre de voluntad, en una palabra que sea culpable el agente.

b) **OBJETIVA**.- Conocida también como la teoría del riesgo creado, es "aquella que se aparta del fundamento forzoso en culpa o dolo para exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios, es decir, opera una responsabilidad sin culpa".⁴⁷

Por consiguiente, de lo anteriormente expuesto, podemos considerar que la manera de responder, en materia civil, es mediante la reparación de los daños. Por ello, esa obligación de reparar los daños y perjuicios causados se llama responsabilidad civil. En nuestro sistema jurídico este tipo de responsabilidad tiene dos posibles fuentes: el hecho ilícito (que es la conducta antijurídica culpable y dañosa) y el riesgo creado (que es la conducta lícita e inculpable de usar un objeto peligroso).

Así también, es de destacarse que algunas de las formas en que el paciente puede hacer valer su derecho de reparación del daño por concepto de responsabilidad profesional son:

- a) Por patrimonio propio del responsable.
- b) Por parte de un seguro de responsabilidad profesional.
- c) Indemnización del Estado en caso de tratarse de un servicio público,

⁴⁷ CHOIY G. Sonia, " Responsabilidad en el Ejercicio de la Medicina " op. cit., p. 27.

- d) Indemnización de una Institución o persona particular, en caso de tratarse de un servicio particular.

"Artículo 1915.- La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o 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 esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas senala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.

Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes.

Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este código."

La finalidad de la presente reforma, es conseguir que todos los juzgadores en los procesos respectivos, no exijan que el actor acredite ser representante de la sucesión de la víctima, lo cual es un lamentable error e injusticia, pues como lo vimos en el apartado respectivo, el derecho a la indemnización cuando la víctima muere, no es derecho hereditario, y por lo tanto

no se requiere ser albacea o representante de la sucesión para estar legitimado y poder ejercitar la acción de indemnización correspondiente.

En consecuencia, el albacea como representante de la sucesión y titular de las acciones pertenecientes a la herencia, carece de legitimación activa para ejercitar una acción que no es propia de ella, es decir que no le corresponde la indemnización multireferida, solo por llegar a tener ese carácter, ya que es más importante que se conceda a quien ha sufrido el daño o ha quedado en situación de desamparo por la muerte de la víctima.

3.2. RESPONSABILIDAD POR HECHO ILÍCITO

Este, junto con el contrato, constituye una de las fuentes de las obligaciones más importantes. El hecho ilícito es un hecho jurídico en sentido estricto, ya que su autor desea el hecho, sin embargo, no desea las consecuencias jurídicas. De acuerdo con el artículo 1830 del Código Civil "es el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."

El hecho ilícito que interesa para fines de nuestro trabajo es aquél que engendra obligaciones, éste se regula en el artículo 1910 del Código Civil de acuerdo con el cual "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre, demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

Tomando como base este artículo, se afirma 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."⁴⁸ De esta definición se pueden derivar como elementos del hecho ilícito los siguientes:

A. La antijuricidad. Esta es la nota que caracteriza a una determinada situación como violatoria del ordenamiento jurídico, de esta manera, todo hecho ilícito constituye una conducta antijurídica. La antijuricidad puede darse por acción cuando se viole una norma jurídica que prohíba realizar determinado hecho o por omisión si se desobedece un orden legal.

Es necesario distinguir entre la antijuricidad por violación de una norma penal de aquella proveniente de un ilícito civil. La primera se refiere a conductas ilícitas llamadas delitos que son merecedoras de la aplicación de una pena, en cambio la segunda caracteriza a aquellas conductas que dan lugar a la obligación de indemnizar a la víctima por los daños que se le han causado, es decir, la antijuricidad penal se traduce en un castigo, mientras que la responsabilidad civil obliga a una reparación de tipo económico.

En el caso del ilícito civil se tutela el interés de los particulares protegiéndolos de los demás, pudiendo la víctima intentar la acción. Por otra parte, en el ilícito penal los bienes tutelados son predominantemente públicos y su acción la ejercita el Ministerio Público como representante de la sociedad. En algunos casos el delito produce daño a un tercero, en este supuesto se puede afirmar que el hecho delictuoso genera responsabilidad civil la cual es independiente de la responsabilidad penal a pesar de tener el mismo origen.

B. La culpa. Para que un hecho ilícito pueda ser considerado como fuente de obligaciones es necesario que sea culpable, entendiendo por culpa "la intención, falta de cuidado o negligencia que genera un daño y que el Derecho

⁴⁸ BEJARANO SÁNCHEZ., Manuel. "Obligaciones Civiles". Edit. Harla, 3ª ed., México, 1998, p. 223

considera a efecto de establecer una responsabilidad."⁴⁹ En el primer caso, es decir, cuando hay intención se habla de dolo, en los otros dos casos (falta de cuidado o negligencia), se dice que hay culpa en sentido estricto. En todos estos casos se hace referencia a la culpa civil.

La culpa es probablemente el elemento más importante del ilícito civil, a un grado tal que en una época era predominante el principio que afirmaba que no podía haber responsabilidad sin que hubiera culpa de por medio.

Nuestro Código Civil da un tratamiento distinto al dolo del que se da a la culpa en sentido estricto, señalando en su artículo 2106 que "la responsabilidad precedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla es nula." En cambio, no existe disposición alguna que prohíba renunciar a la responsabilidad por culpa cuando esta no provenga de dolo, por lo que puede ser objeto de renuncia mediante la estipulación de una cláusula contractual.

C. El **daño**. Este el tercer elemento del hecho ilícito, se puede decir que mientras la culpa crea al deudor, el daño crea al acreedor en los casos de responsabilidad por culpa. De acuerdo al artículo 2108 del Código Civil: "Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación." El artículo 2019 agrega que: "Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación."

Los artículos citados anteriormente han sido criticados por los siguientes autores:

Bejarano Sánchez, hace las siguientes afirmaciones: "los conceptos anteriores son criticables por su estrechez... El daño no es sólo una pérdida

⁴⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ. Ernesto. "Derecho de las Obligaciones", 7ª ed. Porrúa, S.A., México, 2000, p. 479.

pecuniaria, sino también todo menoscabo sufrido por la persona en su salud, en su integridad física y la lesión espiritual resentida en sus sentimientos, creencias y afecciones. La definición debería comprender además los daños en la integridad personal y los daños morales. Por añadidura, el daño no sólo tiene, o puede tener por causa el incumplimiento de una obligación, sino la inobservancia de cualquier deber jurídico e incluso, como ya se ha visto, la utilización de un objeto peligroso. En nuestra opinión, daño es la pérdida o menoscabo sufrido por una persona en su patrimonio, en su integridad física, o en sus sentimientos o afecciones por un riesgo creado."⁵⁰

Por su parte, Gutiérrez y González, considera que por daño debería entenderse "la pérdida o menoscabo que sufre una persona en su patrimonio por una conducta lícita o ilícita de otra persona, que la ley considera para responsabilizar a ésta."⁵¹

Se han vertido las opiniones de algunos autores, con las cuales estamos de acuerdo, en que debe ampliarse el concepto de daño proporcionado por el Código Civil, incluyendo en él los daños a la integridad psíquica y física de los individuos además de la patrimonial. Por otra parte, consideramos que no solamente existe daño por el incumplimiento de una obligación, ya que también puede haber daño extracontractual o por riesgo creado.

3.3. RESPONSABILIDAD POR RIESGO CREADO

En la materia civil existe una figura jurídica llamada responsabilidad civil objetiva por riesgo creado, en el ejercicio de la Medicina podríamos relacionarla con el manejo de equipo médico, el cual de acuerdo con la Ley general de Salud en su artículo 262 Fracción primera, corresponde a:

⁵⁰ BEJARANO SÁNCHEZ, op. cit., p. 246.

⁵¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, E., op. cit. p. 489.

Artículo 262.- "Para efectos de esta Ley, se entiende por:

1. Equipo médico: los aparatos, accesorios e instrumental para uso específico, destinados a la atención médica, quirúrgica o a procedimientos de exploración, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de pacientes, así como aquellos para efectuar actividades de investigación biomédica".

El Código Civil para el Distrito Federal establece en su artículo 1913 y 1914 lo siguiente:

Artículo 1913.- "Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzca o que cause, aún cuando no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

Artículo 1914.- "Cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etc., a que se refiere el artículo anterior, y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes, se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización".

Es válido admitir que no hay acto ilícito que genere responsabilidad civil sin culpa del agente (probada o presumida) y, no lo es, en cambio, limitar esa noción de responsabilidad a la emergente de esos actos ilícitos. La responsabilidad civil puede tener su origen tanto en la conducta ilícita como en los comportamientos lícitos, y el factor de atribución que justifique la obligación de resarcir puede estar dado por la culpa (en materia de actos ilícitos), por el riesgo creado y otros factores de atribución tratándose en la mayoría de los casos de comportamientos lícitos.

"Síntesis. El núcleo de toda cuestión radica en la idea de daño injustamente causado que no debe ser soportado por la víctima. A veces ese menoscabo puede haber sido generado por una conducta ilícita, pero en otras oportunidades habrá que admitir que el daño obedece a comportamientos lícitos que imponen a los responsables la obligación de resarcir, pero sin convertir a la conducta de aquellos en ilícita".⁵²

Es indispensable que el médico cuente con un equipo de trabajo competente, tanto administrativo como técnico; la selección del personal es parte vital, toda vez que este personal tiene relación con el paciente o sus familiares en forma directa o indirecta. La labor de equipo para efectos penales y civiles puede tener diferentes vertientes, así, acuerdo con algunos autores,⁵³ los médicos-patronos son civilmente responsables por los perjuicios que causen a sus pacientes, el personal profesionalmente dependiente, aunque en materia criminal dicha responsabilidad queda limitada a los casos en que el propio Médico-patrono haya intervenido directa y personalmente, o bien, al menos, cuando haya participado en la conducta causal, que deber ser voluntariamente lesiva o temerariamente negligente.

3.4. REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL.

Habida cuenta que la figura del daño es común denominador cuando de responsabilidad profesional de los médicos se trata, considero interesante su entendimiento. Para ello, tenemos que la palabra daño viene del latín *damnus*, significa daño, deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa o dolor que se provocan en la persona, cosas o valores morales o sociales de alguien.

⁵² D. PIZARRO. "Responsabilidad Civil por el Riesgo o Vicios de las Cosas". op. cit. pp. 10 y 17.

⁵³ G. LÓPEZ. "Defensa en las Negligencias Médicas". op. cit. p. 105.

Por su parte, los juristas Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara establecen que el daño alude "... a la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación. Esta definición legal debe entenderse en el sentido de daño material, sin embargo, también puede haber daño moral, que es aquel que afecta a la vida de una persona, a su bienestar, a su honor, etc."⁵⁴

Por su parte, el autor español José de Aguiar Díaz establece que el daño moral es "... aquel que existe sobre bienes de naturaleza extrapatrimonial, o inmaterial, es decir, cuando los derechos de la personalidad son conculcados, estamos ante un agravio moral. Cuando el campo de protección del Derecho se proyecta sobre bienes que no pueden ser tasables en dinero, como son el honor, sentimientos, afectos, creencias, etc., el daño causado a estas se llama moral".⁵⁵

Ahora bien esta definición es en cuanto a la materia civil, con relación a la penal se entiende por daño el detrimento causado por dolo o imprudencia, en cosa ajena o en cosa propia que se configure en perjuicio de un tercero, siendo irrelevante el medio elegido para causar el daño.

En el campo penal el daño originado en la salud de la víctima, configura el tipo penal de lesiones cuya pena se establece de acuerdo a la magnitud del daño causado, por lo que cabe señalar que el requerimiento civil se limita a la

⁵⁴ PINA, Rafael de y Rafael Pina Vara "Diccionario de Derecho," Edit. Porrúa, S.A., México, 30ª ed., 2001, p. 213.

⁵⁵ AGUILAR DÍAZ, José de. "Tratado de la Responsabilidad Civil," Edit. Cajica. Puebla, México, 1983, p. 373.

reparación monetaria de los perjuicios que haya producido el daño en el ofendido, mientras que el tratamiento penal, deberá considerar al daño como una agresión a un bien jurídico, objeto valor en la vida integral de la existencia humana, ya que la víctima ve limitadas sus facultades psicofísicas para someterse a la vida en sociedad, por tanto, el trato penal que se le dé, irá más allá de una simple compensación monetaria.

Resulta interesante también hacer anotación por cuanto hace al muy argumentado daño moral, en el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1916 se ofrece un concepto bastante extenso de este daño, del que me permito transcribir la definición:

"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 sí misma tienen los demás ..."⁵⁶

Entendiendo así que mientras que el daño material es patrimonial, el moral es extrapatrimonial, sin embargo, su indemnización se hará en dinero y aún con la publicación de un extracto de la sentencia en los medios informativos, cuando, como lo prevé el mismo artículo mencionado, el daño moral haya afectado el decoro, honor, reputación o consideración de la víctima.

⁵⁶ Código Civil para el Distrito Federal, op. cit. p. 271

El artículo 1916 bis del ordenamiento civil en mención establece que no existirá obligación de reparación del daño moral si son producto del ejercicio de derechos de opinión, crítica, expresión e información, con las limitaciones establecidas por los artículos 6º y 7º de la Constitución Política Federal y tales limitaciones son "ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público", por cuanto hace al artículo 6º mencionado y el 7º establece como límites "la vida privada, la moral y la paz pública".

Por otra parte, para cuantificar el monto de la indemnización del daño se permite que el juzgador emita su sentencia considerando los derechos de los lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, incluyendo también las demás circunstancias del caso, dentro de las cuales se podrá incluir por ejemplo el nivel académico y el estado de salud.

Ahora bien, una vez que se ha planteado el problema de determinar si sólo el daño patrimonial se puede reparar, o también el daño moral, ya que éste no admite valoración pecuniaria y por tanto ser insuficiente y arbitraria, ya que por regla general, la reparación significa la restauración de la situación anterior al daño.

Tal y como lo mencionamos al inicio de este inciso, el daño moral también es conocido como daño no patrimonial, precisamente el hecho de que no se produzca atentado alguno contra un patrimonio plantea el problema de la justificación de esta clase. ¿Cómo se puede reparar con dinero una pérdida, un perjuicio que, por definición, no es pecuniario? Ante esta problemática las propuestas son variadas:

a) El dinero de la indemnización procura una satisfacción que reemplaza de algún modo el daño sufrido no puede hablarse aquí de restablecimiento del equilibrio patrimonial roto.

b) La indemnización por daños morales puede justificarse si se le considera como una pena privada impuesta al causante del daño y establecida a favor de la víctima y no del Estado. Ninguna de ellas es absolutamente convincente, pudiendo conducirse de ambas las características excepcionales del daño moral. En efecto, la pena se afirma, en una sanción específicamente reservada a los delitos penales. No hay, por otra parte ruptura alguna de un equilibrio patrimonial. Existe simplemente una indemnización que actúa a modo de sucedáneo, digamos, de la imposibilidad de reponer el estado anterior de las cosas.

Debemos decir que, por lo que respecta a esta clase de daño, los tratadistas no se han puesto de acuerdo si es o no reparable, pero como consideramos innecesario entrar en polémica, simplemente nos concretamos a decir que, el daño moral, es el que sufre una persona en sus sentimientos, en su honor, en su consideración social a causa del hecho dañoso.

Sin embargo, la doctrina considera que reparar no se debe interpretar en sentido restrictivo ni aun en los casos de reparación del daño patrimonial, pues cuando se destruye una cosa que por su naturaleza sea irremplazable, tampoco se podría restablecer la situación anterior al daño.

La reparación del daño moral está contemplada en el Código Civil en el siguiente artículo.

Artículo 1916. "Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual. Igual

obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1928, ambas disposiciones del presente Código.

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

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

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

A su vez el artículo 2116 establece: "Al fijar el valor y deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afecto, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño; el aumento que por estas causas se haga, se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1916."

Para que un daño sea indemnizable se tiene que probar efectivamente su existencia. Dentro de la doctrina española hay dos principios básicos para esta determinación: 1) Que el daño sea real en su existencia y cuantía; y 2) No basta que exista un incumplimiento de una obligación, el daño sufrido se debe probar,

por lo que vimos anteriormente de que el incumplimiento no lleva consigo necesariamente, aunque si generalmente, la producción de un daño.

Sobre la reparación del daño la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido el siguiente criterio jurisprudencial:

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEPTIMO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XI, Marzo de 2000

Tesis: XVII.1o.14 C

Página: 980

DAÑO MORAL, PROCEDE LA INDEMNIZACIÓN EN DINERO COMO REPARACIÓN DEL, INDEPENDIENTEMENTE DEL TIPO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL QUE HAYA DERIVADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). El artículo 1801 del Código Civil del Estado de Chihuahua, prevé en relación a la reparación del daño moral, que cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual, así como que igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva; de lo expuesto con antelación es factible deducir, que en el citado numeral se establece la procedencia de una indemnización en dinero, sea cualesquiera de las clases de responsabilidad que dieren lugar a ese tipo de daño, esto es, la objetiva o de riesgo creado o bien, la derivada de hecho ilícito, pues no otra cosa se deduce cuando en dicho precepto se expresa "igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1798"; de ahí que independientemente de que el daño moral hubiere surgido como consecuencia de un hecho ilícito o por el uso de los mecanismos, aparatos, instrumentos o sustancias a que se refiere el mencionado artículo 1798, el responsable deberá pagar una indemnización en dinero a quien corresponda recibir la misma, a no ser que se demuestre, como lo refiere el último numeral citado, que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 892/97. María Guadalupe Luna Carreón y Arneses de México, S.A. de C.V. 10 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Ignacio Rosas González. Secretario: José Luis Estrada Amaya.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

La anterior tesis jurisprudencial determina la obligación de la reparación del daño moral, a través del pago de una indemnización en dinero que debe hacer el responsable, cuando los perjuicios que ocasiona provengan de un hecho u omisión ilícitos, o que incurra en responsabilidad objetiva, a no ser que demuestre que el daño producido se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

En primer término, sobre el hecho ilícito tenemos que "...es toda conducta humana culpable, por intención o por negligencia, que pugna con un deber jurídico *strictu sensu*, con una manifestación unilateral de voluntad o con lo acordado por las partes en un convenio".⁵⁷ En tanto, que la omisión, en cambio radica en abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar, es una forma negativa de la acción. De acuerdo con Eduardo Pallares, la omisión ilícita "consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley impone el deber de ejecutar un hecho determinado".⁵⁸

De los anteriores conceptos, se desprende que resulta lógico y conveniente que la tesis jurisprudencial en análisis pugne por la indemnización del daño moral que causen este tipo de conductas, ya que el responsable actuó de forma contraria a derecho, es decir, por intención, por negligencia o por su inacción

⁵⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "El Patrimonio". Edit. Porrúa, S.A., México, 5ª ed. 1995, p. 271.

⁵⁸ PALLARES, Eduardo. "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Edit. Porrúa, S.A., México, 2ª ed., 1998, p. 587.

causó un perjuicio a la víctima el cual debe reparar, de conformidad con lo que establece el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal.

Sobre la consideración de la indemnización que nace por la responsabilidad objetiva, tenemos que esta apreciación jurisprudencial es acorde con lo que establece el Código Civil de 1928, concretamente en numeral 1913 el que señala "cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismas, por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente..."

Ahora bien, la enunciación que nos presenta de los objetos peligrosos conforma una idea bastante exacta de cómo se establece en este ordenamiento legal la responsabilidad civil objetiva.

Ciertamente cada uno de los objetos indicados por su naturaleza, lleva en potencia un peligro para la vida, la integridad personal o el patrimonio de la persona que sufre los daños, por ende el que por el uso de los objetos peligrosos cause daño, está obligado a repararlo por cuantos daños origine el objeto, por lo cual es válido decir que la naturaleza jurídica de la indemnización que nace de la responsabilidad objetiva emana de nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, en el artículo anteriormente invocado.

CAPÍTULO 4
PROPUESTA PARA LA MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1910 Y 1915
DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1. OBJETO DE LAS MODIFICACIONES REQUERIDAS.

Ahora bien, es importante recordar que nuestro interés principal sobre el tópicó en cuestión, es de que exista una disposición más clara y precisa para la reparación del daño, que sea causado por una persona, en este caso un prestador de servicios que no toma las medidas necesarias o que no tiene los conocimientos necesarios para intervenir o recetar a una persona que acude en su auxilio. Asimismo, es conveniente advertir que en la actualidad, la función del médico ya no es como en antaño, ahora es una persona que tiene que atender a un número determinado de pacientes, sin anteponer una función humanitaria, ahora su labor se constriñe a solo cumplir con su trabajo, y se ha olvidado que el ser al que esta recetando o al que ha de intervenir es una persona, que siente, piensa y la cual le está otorgando no sólo su confianza, sino que además le está poniendo la propia vida en sus manos para mejorar su salud.

Por tanto, el sistema normativo debe obligarse a defender ese derecho a la salud, que tiene el hombre, ya que al ser la vida el bien jurídicamente tutelado, esta debería tener una protección especial, para el caso de la responsabilidad profesional del médico, ni aún cuando subsistan causas justificadas; por lo cual actualmente no se tiene algo claro para poder manejar este tipo de situaciones, y al ver la en la actualidad todo lo que esta pasando con las

personas (pacientes), que solicitan este tipo de asistencia, tenemos que generalmente reciben malos tratos, y una atención médica, por tanto, resulta necesario que se ponga un alto, y que se establezcan bases claras para evitar que se sigan dando tantos abusos, por lo que las leyes deben contemplar la obligación de evitarlos, puesto que tiene que velar por los derechos y las obligaciones de todo ser social, tratando de vedar los abusos y atropellos de gente sin escrúpulos, o que por imprudencia o negligencia no pone el cuidado que debe tener para conservar la salud del paciente.

4.2. JUSTIFICACIÓN DE LAS PROPUESTAS RESPECTIVAS.

Sin duda, los usuarios de los servicios hospitalarios públicos y de seguridad social, se encuentran en una relación especial de sujeción, el estado del paciente que acude a dichos servicios a causa de una dolencia o enfermedad lo coloca en una situación de dependencia, tal que su dignidad personal corre grave riesgo de no ser respetado.

Actualmente, existen agrupaciones sociales legítimamente constituidas que exigen el respeto a la dignidad de la mujer, de los niños, de los presos, de los indígenas, incluso de los consumidores, pero los pacientes, tienen una nula protección de sus derechos.

Así entonces, tenemos que la dignidad de la persona humana debe ser el principio rector de la profesión médica; el respeto hacia la persona conocida como tal, no como un objeto, sino debe comprenderse como una entidad compuesta de diversos aspectos que no puedan ser tratados con un objeto, así todos y cada uno de nosotros tenemos una muy singular percepción de nuestra individualidad, pero los demás sólo ven en nosotros la forma, el color, las deficiencias, los humores, es decir, ven aspectos que pueden ser tratados como una materia del saber fisiológico, médico, pero esas perspectivas no conducen a lo esencial. Decenas de fotografías, radiografías y análisis clínicos combinados no conforman a una persona que piensa, que crea y que ama; es un error creer que la exigencia por el respeto irrestricto de los derechos de los pacientes solo busca que no se le trate en serio, sino que se busca que se tome en cuenta sus particularidades.

De igual manera, tenemos que abordar el problema de la introgénia y sus implicaciones sociales, no tiene por objeto señalar responsables, sino de prevenir cualquier conducta del médico contraria a los intereses del paciente o sus familiares, por tanto, el ejercicio del profesional médico debe ser con base al respeto a la dignidad personal del enfermo, rodeándole de las máximas garantías, a fin de evitar que se produzcan situaciones irregulares que deriven en desatención o negligencia.

4.3. NUEVO TEXTO A LAS DISPOSICIONES ALUDIDAS.

En primer término, tenemos que resulta necesario señalar textualmente los artículos que proponemos tengan reformas, a saber:

Artículo actual del Código Civil para el Distrito Federal.

“Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”⁵⁹

Como debería de quedar dicho artículo una vez hechas las modificaciones que se proponen.

La causa por la que se quiere la reforma, es para definir el hecho ilícito más claramente, definiendo los conceptos en los que puede incurrir una persona, en este caso un profesional de la medicina, al momento de no realizar su trabajo como debe, y causar al paciente un daño, así como aumentar la obligación de reparar el daño, tanto físico como moral causado, a él y a sus familiares o con los que tiene obligaciones, y así estos conceptos más claros se fomenta la

⁵⁹ Código Civil para el Distrito Federal, op. cit. p. 270.

impunidad, porque deja sin castigo a aquel que ilícitamente causa un daño.

El Código Civil da una solución injusta e inequitativa sin lugar a duda, por lo que la solución a esta situación es ampliar el concepto y con ello impedir que el que comete un hecho ilícito quede sin sanción, por la existencia de una salida de la misma ley motiva y así la víctima podrá recuperar la seguridad y confianza en las leyes.

"Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente, por negligencia, impericia, imprudencia, cause daño, muerte, lesiones o enfermedades a otro, estará obligado a reparar el daño causado, tanto físico como moral, a él o a sus deudos o terceros a menos que se demuestre claramente que el daño, se produjo como consecuencia de la culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

Artículo actual del Código Civil para el Distrito Federal.

"Artículo 1915.- La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el establecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Cuando daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o permanente, total o 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 éste en vigor en el Distrito Federal 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.

Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes.

Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este Código."

Sobre el contenido actual del artículo arriba enunciado, tenemos que en él se contempla una reparación del daño, pero de manera limitada para la persona que le compete la acción de la indemnización, debido a esto la víctima sufre de una injusticia al pretender con justo derecho que se les otorgue una reparación del daño, y en el mejor de los casos con una indemnización, la cual al ser otorgada, ésta es entregada en una sola exhibición, es decir, proporcionan conjuntamente una cantidad de dinero en efectivo a la víctima, calculando el porcentaje de acuerdo con lo que establece la legislación laboral en cuanto a las tablas de porcentaje de indemnización correspondientes. Situación que consideramos errónea, ya que, no le alcanzaría con el transcurso del tiempo por las actuales y constantes devaluaciones monetarias que sufre nuestra economía en el país, entre otras cosas. Esto ocasiona a la víctima grandes problemas económicos para el futuro y más para quien sufra de la incapacidad total o permanente, porque, como es sabido la naturaleza de la misma, es la más complicada debido a la incapacidad de hacerse valer por sí mismo, así como también, la existencia de una latente frustración moral, aunado a una baja autoestima, en otras palabras diremos que existe una baja calidad de vida en todos los aspectos del sujeto.

Por tales circunstancias, resulta necesario adicionar este artículo en cuanto a la forma y aplicación de la indemnización.

Es importante señalar, que si bien es cierto que dentro de nuestra legislación civil, cabe la posibilidad de demandar la reparación del daño ocasionado, y está se contempla en dos vías, la primera en reparar las cosas en el estado en que se encontraban y la segunda en una reparación pecuniaria, cabe agregar, que ésta por lo regular se ejecuta a través de un juicio en el cual se obliga a pagar cierta cantidad líquida y para el caso que nos ocupa que es la negligencia médica; considero que sería importante, que se considere que el médico durante la secuela del juicio diera al paciente que le ocasionó el daño una cantidad provisional en lo que se termine el juicio.

Considero necesario aplicar esta medida cautelar, en los casos en los que a criterio del juez, se vea notoriamente la responsabilidad en la que incurrió el médico, y que le fije aunque sea una cantidad mínima, en lo que se termina el juicio para que pueda sobrevivir o en otro de los casos pueda adquirir algún medicamento o aparatos que tenga que utilizar de por vida, como se ha dado en algunas ocasiones.

"Artículo 1915. La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el establecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios, en caso de responsabilidad médica y que el juez considere pertinente al pago de una pensión

provisional al paciente, se procederá de acuerdo al daño causado.

Cuando el daño que se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o permanente, total o 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 éste en vigor en el Distrito Federal 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, se optará por una indemnización total o en su caso una pensión a los acreedores alimentarios de acuerdo a las circunstancias, tanto del médico.

Los créditos por la indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán perfectamente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes.

Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este Código".

Ahora bien, con la adición que se propone serviría de gran apoyo económico a favor del paciente ofendido, ya que como se indicó en la crítica que se hizo a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en el inciso 2.7, resultaría más benéfico, rápido y eficaz que los daños ocasionados se repararán a través de la aplicación u observancia de una disposición legal, que en este caso sería el artículo 1915 del Código Civil para el Distrito Federal, que mediante la intervención del órgano aludido, tal y como lo observamos en el análisis respectivo, se tardaría más en resolver sobre los problemas relativos a la responsabilidad de los médicos.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El derecho a la salud es un fenómeno que se encuentra normativamente contemplado en casi todas las constituciones del mundo, y nuestro país no puede ser la excepción en un tópico, tan importante para la sociedad, por lo que a este respecto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en el párrafo cuarto del artículo 4° que: "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución".

SEGUNDA.- Todas las instituciones que prestan servicios de salud, ya sean públicas o privadas, son responsables de garantizar los derechos de los individuos, ya que esa es su finalidad y razón de su existencia, al margen de las relaciones jurídicas accesorias en que puedan circunscribir su prestación.

TERCERA.- Dentro de nuestro sistema normativo tenemos que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley General de Salud, señalan dentro de su contenido, que corresponde a la Secretaría de Salud establecer y conducir la política nacional en materia de asistencia social, servicios médicos y salubridad general, así como vigilar su cumplimiento.

CUARTA.- A pesar de los grandes avances de la medicina y la mayor posibilidad de acceso a los servicios de salud, la sociedad mexicana manifiesta una creciente y constante insatisfacción por los servicios médicos que recibe; dichos reclamos son interpretados por los usuarios como un deterioro en la calidad de la atención que se les brinda, la cual no solo ha debilitado su confianza en dichos servicios, sino que los induce a demandar mejor atención a sus inconformidades.

QUINTA.- El Gobierno de la República, apeándose al marco jurídico existente en materia de salud, ha tratado de responder a los numerosos reclamos sociales enunciados en la conclusión anterior, creando la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), constituida como un órgano desconcentrado de la Administración Pública Federal, es decir de la Secretaría de Salud, el cual goza de plena autonomía técnica para emitir opiniones, acuerdos y laudos.

SEXTA.- Sin embargo, a pesar de que la CONAMED tiene a su cargo una loable misión, su participación resulta limitada, ya que sus resoluciones al no tener carácter coercitivo, pueden o no ser cumplidas por las instituciones médicas o su personal, por lo que, aún cuando sus facultades se refieran a cuestiones especializadas en materia médica, su actuación es tan inefectiva como la que realiza la Comisión de Derechos Humanos.

SÉPTIMA.- El daño moral consiste en 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. Este concepto, como su alcance, ha experimentado una evolución a través de los siglos, partiendo desde cuestiones materialistas hasta alcanzar elaboraciones abstractas de contenido más espiritual, por lo que se discute, si solamente es reparable el daño moral que deriva del material o también debe indemnizarse el daño moral puro.

OCTAVA.- Otro punto que se cuestiona es el tipo de responsabilidad indemnizable; si sólo procede la reparación extracontractual y la emergente de delito, o se incluye también la de origen contractual, ya que el numeral 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, sienta un criterio amplio en estos puntos. En lo que se refiere al monto de la indemnización, se otorga amplio arbitrio al juez, quien dictará sentencia tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

NOVENA.- Ante la problemática de fijar la reparación del daño moral en materia de responsabilidad médica, es necesario que se aplique una modificación al artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que su contenido actual es bastante limitado, y no resulta explícito para el tipo de responsabilidad en cuestiones médicas, porque se puede fincar responsabilidad

no sólo por obrar ilícitamente, sino que puede ser por negligencia, impericia o imprudencia, y tales aspectos también deben ser mencionados y sancionados por la ley de la materia. Así mismo, el artículo en cuestión no resulta claro en señalar a qué tipo de daño se refiere para repararlo. Por último, el daño moral no solo puede ser causado a la víctima, toda vez que en caso de que esta muera, también los deudos o terceros deben gozar de la indemnización respectiva, por lo que procede un texto de la siguiente forma:

“Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente, por negligencia, impericia, imprudencia, cause daño, muerte, lesiones o enfermedades a otro, estará obligado a reparar el daño causado, tanto físico como moral, a él o a sus deudos o terceros a menos que se demuestre claramente que el daño, se produjo como consecuencia de la culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”

DÉCIMA.- Por último, también se requiere una modificación substancial al contenido del artículo 1915 del ordenamiento civil citado, para que las personas perjudicadas por la responsabilidad médica, puedan tener acceso a la reparación del daño moral, debido al creciente aumento de este tipo de casos, por lo que el juez debe ordenar el pago de una pensión provisional al paciente, que procederá de acuerdo con el daño causado, quedando el texto de la siguiente forma:

“Artículo 1915. La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el establecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios, en caso de responsabilidad médica y que el juez considere pertinente al pago de una pensión provisional al paciente, se procederá de acuerdo al daño causado.

Cuando el daño que se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o permanente, total o 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 éste en vigor en el Distrito Federal 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. se optará por una indemnización total o en su caso una pensión a los acreedores alimentarios de acuerdo a las circunstancias, tanto del médico.

Los créditos por la indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán perfectamente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes.

Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este Código".

BIBLIOGRAFÍA.

1. ACOSTA ROMERO, Miguel. "Derecho Administrativo Especial". 3a. ed. Edit. Porrúa, S.A. México, 1988.
2. ACOSTA ROMERO, Miguel. "Compendio de Derecho Administrativo", Edit. Porrúa, S.A. México, 1996.
3. ACHAVAL, Alfredo. "Responsabilidad Civil del Médico". Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.
4. BEJARANO SÁNCHEZ., Manuel. "Obligaciones Civiles", Edit. Harla, 3ª ed., México, 1998.
5. BONNECASE, Julien. "Tratado Elemental de Derecho Civil", Colección los Clásicos del Derecho Civil, Volumen, Edit. Harla, México, 2000
6. BONET RAMÓN. Francisco. "Apuntas del Curso de Responsabilidad Civil" impartido en el Doctorado en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1978.
7. CARRILLO FABELA, Luz María Reyna. "La Responsabilidad Profesional del Médico", 3ª ed. Porrúa, México, 2000.
8. CHIRINO CASTILLO, Joel. "Contratos Civiles", 2ª ed. Edit. Mc Graw Hill, México, 1997.
10. CHOY G. Sonia A. "Responsabilidad en el Ejercicio de la Medicina". Edit. OGS, Puebla, México, 1999.
11. DÍAZ MULLER, Luis T. "Bioética, Salud y Derechos Humanos", Edit. Porrúa, S.A. México, 2001.
12. FRAGA, Gabino. "Derecho Administrativo", Edit. Porrúa, S.A. 35a. ed. México, 1998
13. FAYDO ORTÍZ, Guillermo, "Manual de Ética Médica", Edit. Manual Moderno, México, 2000.
14. GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil". Parte General, Edit. Porrúa, S.A. 11a. ed. México, 1993

15. GUTIERREZ SALAZAR, O. "La Constitución Mexicana en el Siglo XX", Edit. Porrúa, S.A. México, 1994.
16. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. "El Patrimonio", 4a de. Edit. Porrúa, S.A. México, 1995
17. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "Derecho de las Obligaciones", 7ª ed. Porrúa, S.A., México, 2000.
18. LOZANO NORIEGA, Francisco. "Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos", Asociación Nacional de Notariado Mexicano, A. C., México, 1994.
19. MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. "Teoría de las Obligaciones", 2ª ed., Edit. Porrúa, S.A. México, 1998.
20. MARCEL PLANIOL. "Derecho Civil", Colección Clásicos del Derecho Civil, Volumen 3, Edit. Harla México, 2000.
21. MAZEUD, Henri y MAZEUD, Jean. "Lecciones de Derecho Civil", Parte 2, Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, Argentina, 1988.
22. OVALLE FAVELA, José. "Derecho Procesal Civil". Edit. Harla, 7ª ed, México 1980.
23. PACHECO E. Alberto. "La Persona en el Derecho Civil", Edit. Panorama, México, 1998.
24. ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil I", Edit. Porrúa, S.A. 23a. ed. México, 1992.
25. SERRA ROJAS, Andrés. "Derecho Administrativo", 18a. ed. Edit. Porrúa, S.A. México, 1997.
26. TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. "Los Contratos Civiles y sus Generalidades", 5ª ed. Edit. Mc Graw Hill, México, 1999.
27. QUIROZ CUARON, Alfonso. "Medicina Forense". 8ª ed. Edit. Porrúa, S.A., México, 1996.
28. SGRECEIA, Elio. "Bioética y Medicina", Edit. Bosch, Madrid, España, 1997.
29. TENORIO GONZÁLEZ, Francisco "Responsabilidad Profesional del Médico", Academia Mexicana de Cirugía, México, 1998.

OTRAS FUENTES

Comisión de Arbitraje Médico, (Cuadernos de Divulgación). La CONAMED en el cumplimiento del derecho a la protección de la salud en México, México, 1996.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO OCEÁNO , Edit. Océano, S.A., Bogotá, Colombia, 1991.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Edit. Porrúa, S.A. México, 1998.

Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000.

PALLARES, Eduardo. "Diccionario de Derecho Procesal Civil", Edit. Porrúa, S.A. México, 24ª ed., 1998.

PINA, Rafael de y Rafael Pina Vara. "Diccionario de Derecho", Edit. Porrúa, S.A., México, 30ª ed., 2001.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Porrúa, México, 2001.
Ley de Profesiones, México, 2001

Código Civil para el Distrito Federal, 2002.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, 2002.

Reglamento Interior de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico. 2002.

Código Civil Comentado, para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Edit. Miguel Angel Porrúa. S.A. México, 1997.