



Universidad Nacional Autónoma de México

MAESTRÍA EN DERECHO

Facultad de Derecho

División de Estudios de Posgrado

*En qué momento el Médico incurre en un delito y
cuáles son los medios idóneos de defensa.*

TESIS

Que para optar por el grado de:

Maestro

PRESENTA:

LUIS ERNESTO MENESES DELGADILLO

Tutor: Doctor Raúl Carrancá y Rivas

Facultad de Derecho.

México Distrito Federal, noviembre del 2014.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

ÍNDICE.

En qué momento el Médico incurre en un delito y cuáles son los medios idóneos de defensa.

I.- Introducción.....	I
Capítulo uno.- Reglas básicas en la actuación del profesional de la salud.....	1
I.- <i>LEX ARTIS</i> . México/Colombia.....	1
1.- Leyes.....	1
2.- Guías y protocolos de manejo.....	6
3.- Literatura científica.....	6
4.- Baremo.....	6
Capítulo dos.- Presentación de la inconformidad del paciente.....	7
I.- La demanda civil.....	7
1.- Deslindamiento de responsabilidad civil del profesional de la salud, Colombia.....	10
2.- La prueba en la demanda por responsabilidad civil médica.....	12
3.- Carga de la prueba en materia de responsabilidad médica.....	13
4.- Protección al médico en Colombia.....	17
II.- La denuncia penal.....	19
1.- Lesiones.....	21
1.1.- Lesiones al feto (Colombia).....	22
2.- Homicidio.....	23

3.- Responsabilidad profesional.....	28
4.- Abandono de paciente.....	29
5.- Negación del servicio médico.....	30
III.- Los delitos contra la vida y la integridad, Colombia.....	31
1.- Homicidio culposo, Colombia.....	31
2.- Las lesiones personales culposas.....	33
2.1.- Deformidad.....	34
2.2.- Perturbación Funcional.....	35
2.3.- Perturbación Psíquica.....	36
2.4.- Perdida anatómica o funcional de órgano o miembro.....	37
IV.- El paciente Testigo de Jehová.....	38
1.- El menor Testigo de Jehová.....	40
2.- Consentimiento informado para transfusión sanguínea.....	42
V.- La queja ante la Conamed.....	43
VI.- La queja ante Profeco.....	45
VII.- Tribunal de Ética Médica, Colombia.....	47
1.- Proceso.....	49
2.- Recursos.....	51
Capítulo tres.- Medios de defensa de los profesionales de la salud.....	52
I.- La relevancia de la colegiación de los profesionales de la salud.....	52
1.- Requisitos para constituirse como Colegio de Profesionistas.....	54
2.- Fundamentación.....	56
II.- La carta de los derechos de los médicos.....	71

Capítulo cuatro.- Deberes de los profesionales de la salud.....	75
I.- Deberes del médico, Colombia.....	75
1.- Asistencia y consejo.....	75
2.- Ética Médica.....	76
II.- Certificación obligatoria.....	79
III.- El expediente clínico.....	81
1.- Consentimiento informado.....	83
Capítulo cinco.- Pruebas.....	91
I.- Pruebas relevantes en los asuntos de responsabilidad médica.....	91
Conclusiones.....	95
Bibliografía.....	100

INTRODUCCIÓN.

Actualmente en todas o en la mayoría de las sociedades modernas, las legislaciones protegen tres bienes jurídicos fundamentales, estos bienes son los que protegen a los individuos dentro de esa sociedad determinada, estos bienes jurídicos protegidos mayormente, son: la vida, la salud y la libertad.

Así, dentro de estos bienes jurídicos, la vida es el principal, ya que al no existir la vida los demás pierden validez, éste bien jurídico es el que los profesionales de la salud se encuentran facultados para protegerlo por medio de sus conocimientos y de su pericia.

Por lo que al ser lo más importante que un ser humano puede poseer, de igual forma los profesionales de la salud se encuentran en constante riesgo de ser sancionados cuando en su ejercicio profesional cometen algún error que tenga como consecuencia el menoscabo de la salud o la pérdida de la vida de algún ser humano.

Al ser la vida un bien el cual al perderse ya no se puede recuperar, nos encontramos ante un serio problema en el momento en que el profesional de la salud se encuentra como ser humano ante la posibilidad de dar o quitar ese bien a otro ser humano.

Además, debemos de tomar en cuenta que hace ya algunos años al médico, al igual que al cura, se les trataba de una manera respetuosa y cordial, ya que hasta cierto punto eran autoridad dentro de una sociedad como la mexicana.

Sin embargo, actualmente en una ciudad como la de México, en donde las enfermedades cada vez son más y de mayor gravedad, y donde el paciente ya es un usuario de un servicio y el médico es el prestador del servicio. Al profesional de la salud ya no se le trata con ese respeto, sino que se le exige un servicio que el paciente pague por él, por lo que éste requiere que sea de calidad y en los términos que lo espera. Por su puesto que siempre o casi siempre se querrá que se cure de la enfermedad o que le salve la vida al familiar.

Además, con los avances tecnológicos al profesional de la salud se le cuestiona su actuar profesional, así, en ocasiones los pacientes llegan con su teléfono móvil con internet y cuando el médico le informa su padecimiento y el tratamiento a seguir, el paciente refuta lo dicho con el médico comparándolo con la información que el encontró por internet.

De igual manera, a partir de la creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en el año de 1996, se ha dado una enorme publicidad a los derechos de los pacientes, esto lo podemos comprobar en el momento en que uno se encuentra ante un institución de salud, en donde podemos ver una gran cantidad de carteles señalando los derechos de los pacientes, incluso en el transporte público, como en las estaciones y vagones del metro de la Ciudad de México, también podemos ver la difusión que se les da a dichos derechos.

De lo anterior, considero que es óptimo que a los pacientes se les haga saber sus derechos, en general que a la población se les dé a conocer los derechos que tienen por forma parte de una sociedad, por ser personas. Sin embargo, considero que existe una imparcialidad, ya que la difusión va enfocada a promover los derechos de los pacientes, pero ¿los profesionales de la salud conocen sus derechos? ¿saben cómo defenderse ante aquellos pacientes que sólo buscan una remuneración económica a costa de cualquier engaño? ¿Los médicos saben cómo defender su honra?

Y es que por supuesto que considero que existen médicos que al no poner el cuidado de deber que tienen para con sus pacientes, los afectan en su salud o incluso en su vida.

Pero también existen pacientes que al encontrarse en una situación económica necesitada ven en el médico una salida fácil a esos problemas o económicos, o que simplemente, consideran que contrataron un servicio que requería de ciertas características y el resultado no fue el que ellos exigieron.

Por lo que en la presente investigación se pretende darle a esos profesionales de la salud una idea más clara de las consecuencias jurídicas que

acarrea ciertas situaciones dentro de su profesión y la mejor forma en que se puede hacer frente a dichas situaciones, pero sobre toda la forma en que se pueden prevenir muchas de ellas.

Además se hace una investigación de derecho comparado con la legislación colombiana, legislación que desde el año de 1981 cuenta con una ley en materia de ética médica.

Y al realizar este derecho comparado, se pretende dar pautas para mejorar la legislación mexicana en beneficio sí de los pacientes, pero también de los profesionales de la salud que actúan con ética, apegados a la *lex artis médica*, y que en su ejercicio profesional tienen la mala suerte de encontrarse con pacientes ventajosos.

En qué momento el médico incurre en un delito y cuáles son los medios idóneos de defensa.

Capítulo uno.- Reglas básicas en la actuación del profesional de la salud.

I.- *LEX ARTIS*. México/Colombia.

Cuando se tiene algún problema legal relacionado con una cuestión médico-legal, es constante escuchar que se hable sobre la *lex artis médica*, pero ¿qué es la *lex artis* médica? Bueno, pues es la guía que tienen los profesionales de la salud al momento de encontrarse en una relación médico-paciente, por ello cuando se inicia esta relación el médico tendrá que tomar decisiones por el paciente, por los familiares o bien deberán ser tomadas en conjunto. Es decir, el médico tiene una injerencia en la salud y en la vida del paciente, y para que esta intervención se haga de la manera más responsable y provechosa para el paciente, se han dado algunas “guías” para que el médico las tome y las lleve a cabo cuando sean necesarias.

Así, el Doctor Francisco Bernate Ochoa, nos precisa cuales son los componentes de la *lex artis*:

1.- Leyes.

“La actividad médica se encuentra regulada mediante diversas leyes que son la fuente primaria que debe consultarse a la hora de evaluar el comportamiento del profesional de la salud.”¹

En Colombia se encuentra la Ley 14 del año de 1962, la cual define la medicina y establece los criterios para su enseñanza y ejercicio, la Ley 23 de 1981, conocida también como Código de Ética Médica, y el Decreto 3380 de 1981 (Reglamentario de la Ley 23 de 1981), en que se encuentran de manera específica algunas indicaciones sobre el tratamiento médico. Aparecen también las Leyes 6 de 1991, Ley de Anestesiología, 911 de 2004 sobre enfermería, 919

¹ Bernate Ochoa Francisco. *Imputación Objetiva y Responsabilidad Penal Médica*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2010, p. 95.

de 2004 sobre componentes humanos, entre otras, que conformarán el marco normativo referente a la actividad médica en Colombia.

En México no contamos con códigos sobre ética médica como tal; sin embargo, en los códigos penales encontramos capitulados especiales que se refieren a la actividad médica. Además de las siguientes normas:

Norma Oficial Mexicana NOM-001-SSA1-1993, que instituye el procedimiento por el cual se revisará, actualizará y editará la Farmacopea de los Estados Unidos Mexicanos

Norma Oficial Mexicana NOM-001-SSA2-1993, que establece los requisitos arquitectónicos para facilitar el acceso, tránsito y permanencia de los discapacitados a los establecimientos de atención médica del Sistema Nacional de Salud.

Norma Oficial Mexicana NOM-002-SSA2-1993, para la organización, funcionamiento e ingeniería sanitaria del servicio de radioterapia.

Norma Oficial Mexicana NOM-003-SSA2-1993, para la disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos.

Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993, de los servicios de planificación familiar.

Resolución por la que se modifica la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993, De los servicios de planificación familiar.

Norma Oficial Mexicana NOM-006-SSA2-1993, para la prevención y control de la tuberculosis en la atención primaria de la salud.

Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-006-SSA2-1993, para la prevención y control de la tuberculosis en la atención primaria a la salud

Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-1993, atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio y del recién nacido. Criterios y procedimientos para la prestación del servicio.

Norma Oficial Mexicana NOM-009-SSA2-1993, para el fomento de la salud del escolar.

Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993, para la prevención y control de la infección por virus de la inmunodeficiencia humana.

Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993, Para la prevención y control de la infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana.

Norma Oficial Mexicana NOM-011-SSA2-1993, para la prevención y control de la rabia.

Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-011-SSA2-1993, para la prevención y control de la rabia.

Norma Oficial Mexicana NOM-013-SSA2-1994, para la prevención y control de enfermedades bucales.

Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-013-SSA2-1994, para la prevención y control de enfermedades bucales, publicada el 6 de enero de 1995.

Norma Oficial Mexicana NOM-014-SSA2-1994, para la prevención, tratamiento y control de cáncer del cuello, útero y de la mama en la atención primaria.

Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-014-SSA2-1994, Para la prevención, tratamiento y control del cáncer del cuello del útero y mamario en la atención primaria, para quedar como NOM-014-SSA2-1994, Para la prevención, detección, diagnóstico, tratamiento, control y vigilancia epidemiológica del cáncer cérvico uterino.

Norma Oficial Mexicana NOM-015-SSA2-1994, para la prevención, tratamiento y control de la diabetes.

Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-015-SSA2-1994, para la prevención, tratamiento y control de la diabetes.

Norma Oficial Mexicana NOM-016-SSA2-1994, para la vigilancia, prevención, control, manejo y tratamiento del cólera.

Norma Oficial Mexicana NOM-017-SSA2-1994. Para la vigilancia epidemiológica.

Norma Oficial Mexicana NOM-020-SSA2-1994, para la prestación de servicios de atención médica en unidades móviles tipo ambulancias.

Norma Oficial Mexicana NOM-021-SSA2-1994, para la vigilancia, prevención y control del complejo teniasis/cisticercosis en el primer nivel de atención médica.

Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-021-SSA2-1994, para la prevención y control del complejo teniasis/cisticercosis en el primer nivel de atención médica, para quedar como NOM-021-SSA2-1994, Para la prevención y control del Binomio teniasis/cisticercosis en el primer nivel de atención médica.

Norma Oficial Mexicana NOM-022-SSA2-1994, para la prevención y control de la brucelosis en el hombre.

Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-022-SSA2-1994, para la prevención y control de la brucelosis en el hombre.

Norma Oficial Mexicana NOM-025-SSA2-1994, para la prestación de servicios de salud

en unidades de atención integral hospitalaria médica-psiquiátrica.

Norma Oficial Mexicana NOM-027-SSA2-1999, para la prevención, control y eliminación de la lepra.

Norma Oficial Mexicana NOM-028-SSA2-1999, para la prevención, tratamiento y control de las adicciones.

Norma Oficial Mexicana NOM-029-SSA2-1999, para la vigilancia epidemiológica, prevención y control de la leptospirosis en el humano.

Norma Oficial Mexicana NOM-030-SSA2-1999, para la prevención, tratamiento y control de la hipertensión arterial.

Norma Oficial Mexicana NOM-031-SSA2-1999, para la atención a la salud del niño.

Norma Oficial Mexicana NOM-032-SSA2-2002, para la vigilancia epidemiológica, prevención y control de enfermedades transmitidas por vector.

Norma Oficial Mexicana NOM-034-SSA2-2002, para la prevención y control de los defectos al nacimiento.

Norma Oficial Mexicana NOM-035-SSA2-2002, prevención y control de enfermedades en la perimenopausia y postmenopausia de la mujer. Criterios para brindar la atención médica.

Norma Oficial Mexicana NOM-036-SSA2-2002, prevención y control de enfermedades. Aplicación de vacunas, toxoides, sueros, antitoxinas e inmunoglobulinas en el humano.

Norma Oficial Mexicana NOM-037-SSA2-2002, para la prevención, tratamiento y control de las dislipidemias.

Norma Oficial Mexicana NOM-038-SSA2-2002, para la prevención, tratamiento y control de las enfermedades por deficiencia de yodo.

Norma Oficial Mexicana NOM-039-SSA2-2002, para la prevención y control de las infecciones de transmisión sexual.

Norma Oficial Mexicana NOM-040-SSA2-2004, en materia de información en salud.

Norma Oficial Mexicana NOM-041-SSA2-2002, prevención, diagnóstico, tratamiento, control y vigilancia epidemiológica del cáncer de la mama.

Norma Oficial Mexicana NOM-090-SSA1-1994, para la organización y funcionamiento de residencias médicas.

Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, del expediente clínico.

Resolución por la que se modifica la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, del

expediente clínico.

Norma Oficial Mexicana NOM-170-SSA1-1998, para la práctica de anestesiología.

Norma Oficial Mexicana NOM-171-SSA1-1998, para la práctica de hemodiálisis.

Resolución por la que se modifica la Norma Oficial Mexicana NOM-171-SSA1-1998, para la práctica de hemodiálisis.

Norma Oficial Mexicana NOM-172-SSA1-1998, prestación de servicios de salud. Actividades auxiliares. Criterios de operación para la práctica de la acupuntura humana y métodos relacionados.

Norma Oficial Mexicana NOM-173-SSA1-1998, para la atención integral a personas con discapacidad.

Norma Oficial Mexicana NOM-174-SSA1-1998, para el manejo integral de la obesidad.

Norma Oficial Mexicana NOM-178-SSA1-1998, que establece los requisitos mínimos de infraestructura y equipamiento de establecimientos para la atención médica de pacientes ambulatorios.

Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar.

Norma Oficial Mexicana NOM-197-SSA1-2000, que establece los requisitos mínimos de infraestructura y equipamiento de hospitales generales y consultorios de atención médica especializada.

Norma Oficial Mexicana NOM-205-SSA1-2002, de la cirugía mayor ambulatoria.

Norma Oficial Mexicana NOM-206-SSA1-2002, Regulación de los servicios de salud. Que establece los criterios de funcionamiento y atención en los servicios de urgencias de los establecimientos de atención médica.

Norma Oficial Mexicana NOM-208-SSA1-2002, de la ultrasonografía diagnóstica.

Norma Oficial Mexicana NOM-209-SSA1-2002, Regulación de los servicios de salud. Para la práctica de cirugía oftalmológica con láser excimer.

Norma Oficial Mexicana NOM-233-SSA1-1993, que establece los requisitos arquitectónicos para facilitar el acceso, tránsito, uso, permanencia de las personas con discapacidad en establecimientos de atención médica ambulatoria y hospitalaria del Sistema Nacional de Salud.

Norma Oficial Mexicana NOM-234-SSA1-2003, utilización de campos clínicos para ciclos clínicos e internado de pregrado.

2.- Guías y protocolos de manejo.

“Ante la ausencia de normas de rango legal, cada una de las instituciones prestadoras del servicio de salud, expiden los denominados protocolos de manejo, en lo que consigna la manera como deben atenderse las diferentes situaciones que en el mismo se presentan...cuando estos procedimientos se unifican las instituciones estatales expiden protocolos unificados, denominados guías de manejo”.²

Los protocolos de manejo se realizan de manera clasificada, es decir, los realizan los médicos especialistas adscritos a cada institución de salud, por ejemplo, los cardiólogos realizarán un protocolo de manejo para la unidad de cardiología. Pero además, deberán hacerse por entidad, por lo que se realizará un protocolo de manejo para la unidad de cardiología que será distinto al de la unidad de pediatría, y será diferente porque se tomará en cuenta la situación en que se encuentre cada unidad.

Pero los protocolos y guías de manejo actúan de manera supletoria a las Leyes que se mencionaron en el primer punto.

3.- Literatura científica.

“En aquellos eventos en los que no hay una norma jurídica aplicable al caso y los protocolos de manejo no regulan la situación, es procedente que el médico se guíe en su actuación por los contenidos de los escritos de las autoridades científicas sobre la materia, los cuales se encuentran en libros, revistas, foros, etc.”³

4.- Baremo.

“Si el caso que se le presenta al profesional de la salud no se encuentra presente en la ley, ni en las guías o protocolos de manejo, y ni la literatura científica se ha ocupado del mismo, es procedente obrar de conformidad con el propio criterio,

² *Ibidem*, p. 96.

³ *Ibidem*, p. 99.

aplicando lo que se conoce como procedimientos experimentales, o experimentación científica.⁴

Capítulo dos.- Presentación de la inconformidad del paciente.

I.- La demanda civil.

Cuando algún paciente se siente inconforme por el servicio prestado por el profesional de la salud, una de las opciones a la que recurre es entablar un juicio ordinario civil en contra del médico. Sin embargo, este medio de queja es menos recurrido que algunos otros, pero ¿por qué sucede esto? La respuesta es que cuando se interpone una demanda por la vía civil, el paciente tiene dos opciones: o es abogado y él mismo interpone dicha demanda o bien contrata a uno para entablarla. Por lo que al no ser un medio de queja gratuito, dichas demandas se generan en menor cantidad comparadas con las denuncias en la vía penal o las quejas ante la Conamed.

Cuando se entabla un juicio ordinario civil, éste es promovido por el paciente y en la mayoría de los casos se demanda en conjunto al hospital o clínica, junto con el médico o los médicos.

Las prestaciones que se demandan en dicho juicio son en primer momento el pago del *daño moral*, por el supuesto daño ocasionado por una conducta y actuar ilícito del médico o médicos del respectivo hospital donde se haya atendido el paciente, así como, la responsabilidad objetiva y la negligencia médica.

Lo anterior da como resultado en el paciente un supuesto daño psicológico, por lo que se pide una indemnización por la afectación causada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:⁵

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

⁴ *Ibidem*, p.100.

⁵ Código civil para el Distrito Federal, pág. 181, <http://www.icyt.df.gob.mx/transparencia/sites/default/files/articulos/art14/Fraccl/normatividad/ccdf.pdf>

presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

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. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto 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.

Pero hablar de la reparación del daño moral es muy complicado, ya que antes de calcular a cuánto asciende el valor del daño moral causado a un paciente, se debe comprobar que en realidad dicho paciente ha sido lesionado en su psique, y para ello se requiere un dictamen pericial en psicología, en el cual se evalué y se acredite que realmente los actos realizados por los médicos o el médico dieron como resultado la afectación emocional.

Además debemos tomar en cuenta que la responsabilidad civil deriva de un hecho ilícito, es decir, que la acción u omisión es el resultado de una situación ilícita, por lo que se debe reparar el daño causado. Sin embargo, cuando un médico se encuentra en el ejercicio de su profesión, cualquier acto u omisión que realice se tomarán en primer momento como delitos culposos, por lo que se debe demostrar que la acción u omisión hacia el paciente no tenía que haberla hecho y que al hacerla o dejarla de hacer desencadenó un daño en los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que tienen los demás del paciente.

Para que la idea quede más clara tomaremos el concepto de daño moral que cita Pérez Duarte de Baudry-Lacantinerie y Barde, al señalar que:⁶

...Todo perjuicio que no atenta al individuo en su fortuna o en su cuerpo...El daño comprende: la desconsideración que significa para la persona atacada el resultado del ataque, el dolor causado por la pérdida de una persona querida, los sufrimientos físicos, la pena, las inquietudes que son, a veces, la consecuencia del hecho dañoso.

De lo anterior podemos notar que cuando un paciente interpone una demanda por daño moral en contra de un médico, es porque en primer lugar busca una compensación económica y en muchos casos los médicos son víctimas de abogados que buscan conseguir dinero y actúan en conjunto con el paciente para obtenerlo.

Frecuentemente se le demanda a un médico por la vía ordinaria civil, cuando éste da al apaciente un dictamen médico erróneo, por lo que el paciente acude a demandar por ese daño moral.

Pero hay que tomar en cuenta que la medicina no es una ciencia exacta, por lo que en ocasiones se requiere verificar que el resultado dado por los estudios médicos sean correctos.

Además, actualmente han crecido los fraudes por parte de los laboratorios a donde los pacientes acuden a realizarse los exámenes médicos que les soliciten, pues en dichos laboratorios no realizan el procedimiento requerido para poder llegar a un resultado, por lo que se dejan llevar por la probabilidad. De esta forma toman en cuenta factores como edad y sexo del paciente para emitir un resultado de laboratorio que en la mayoría de los casos es correcto, pero en algunos no. Pero ¿por qué lo hacen? Lo hacen para economizar, ya que al realizar todo el procedimiento necesario para llegar a un resultado de laboratorio, tendría un costo, pero al hacerlo con estadística y probabilidad se ahorran dicho gasto. Sin embargo, cuando el resultado es erróneo el problema recae en el médico tratante.

⁶ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, "El daño moral", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, 1985, núm. 53, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/53/art/art4.pdf>

Por lo anterior es muy importante que el profesional de la salud, con base a sus conocimientos y a su práctica profesional recurra a mínimo dos exámenes médicos en distintos laboratorios, para que de esta forma sea menos probable encontrarse con un problema legal.

Asimismo cabe resaltar, que cuando el paciente recurre a la demanda civil tiene que acreditar fehacientemente los hechos constitutivos de sus pretensiones en términos del artículo 281 del Código Procesal Civil Vigente para el Distrito Federal, en cuanto hace al daño moral que le fue cometido en su persona, dicho artículo a la letra dice:⁷ “Artículo 281.- Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones.”

Por lo que no basta con su simple declaración, sino que tiene que proporcionar los medios de prueba idóneos para acreditar el daño causado.

1.- Deslindamiento de responsabilidad civil del profesional de la salud, Colombia.

Una vez determinada la estructura de la responsabilidad civil e identificados los elementos que la constituyen, se deben valorar los mecanismos a través de los cuales el agente puede probar que no debe asumir las consecuencias del daño sufrido por la víctima. La prueba de ausencia de culpa o la prueba de la existencia de una causa extraña.

El mecanismo que podrá utilizar el agente dependerá del régimen aplicable. De esta forma la doctrina ha clasificado los regímenes de responsabilidad en dos, aquellos que admiten la prueba de la prudencia y diligencia como medio de liberarse de la obligación de reparación del daño (Régimen Subjetivo) y aquellos en los cuales no se permite la exoneración del agente en virtud de haber actuado en forma prudente y diligente, toda vez que en estos casos no se valora el tercer elemento de la responsabilidad. La sólo presencia del daño y del nexo de causalidad, supondrá la responsabilidad del agente, y en consecuencia deberá indemnizar el daño causado a la víctima

⁷ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pág. 91, <http://www.metro.df.gob.mx/transparencia/imagenes/fr1/normaplicable/cpcdf0712.pdf>

(Régimen Objetivo). En este último evento el profesional de la salud sólo podrá exonerarse de responsabilidad probando la existencia de una causa extraña.

Permitir la prueba de la prudencia y la diligencia, implica que el agente se exonera de responsabilidad en aquellos casos en los cuales logra probar que su actuar fue adecuado y se respetaron los preceptos de la ley del arte médico y que a pesar de su diligencia se produjo el daño en el paciente.

Por regla general, el régimen aplicable a la responsabilidad médica es el de carácter subjetivo, es decir, independiente del daño que se produzca en el paciente, y que existe relación causal entre la actividad médica y el daño, el profesional de la salud no responderá por los perjuicios causados en virtud de haber actuado en forma prudente, diligente, ajustado a los parámetros de la *lex artis*.

Como menciona el Dr. Sergio Yepes:⁸

El régimen de responsabilidad subjetiva indica que corresponde al paciente demostrar la culpa del profesional de la salud o de la institución que le prestó un servicio para que surja la responsabilidad. Dicho sistema fue implantado al mismo tiempo que se señaló que la responsabilidad médica era de carácter contractual, en una sentencia conocida como el fallo "Mercier", dictado en Francia en 1936, en el cual se señaló que el profesional de la salud no se obliga a curar al paciente, sino a brindarle los cuidados, no cualesquiera, pero concienzudos, atentos y reserva hecha de circunstancias excepcionales conforme a los datos adquiridos de la ciencia.

En el régimen de responsabilidad objetiva, la culpa o dolo del agente no se valora, toda vez que basta con la presencia del daño y la existencia de nexo de causalidad entre la conducta del agente y el daño producido a la víctima para que se deduzca la responsabilidad y en consecuencia la obligación de indemnizar a cargo del agente.

En este régimen de responsabilidad no importa si la conducta del agente es o no adecuada, no se reprocha su conducta, sino en virtud de la actividad que

⁸ Yepes Restrepo, Sergio, *La responsabilidad civil médica*, 2ª ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1992, p. 74.

realiza, el solo hecho de producir el daño en la víctima lo obliga a repararlo. Por este motivo es que se ha establecido este régimen para aquellas actividades denominadas como peligrosas.

En los regímenes de responsabilidad objetiva, el agente solo podrá exonerarse si logra probar una causa extraña, a través de la cual se genera ruptura del nexo de causalidad, y en consecuencia la no responsabilidad del agente. Los únicos eximentes de responsabilidad en este caso son los siguientes: culpa exclusiva de la víctima, culpa de un tercero, el caso fortuito y la fuerza mayor.⁹

De esta forma, si bien han existido algunas sentencias que han pretendido enmarcar la actividad médica como una actividad peligrosa, no es la posición mayoritaria. Es así como la responsabilidad médica se rige bajo los parámetros de responsabilidad subjetiva y se le permite al profesional de la salud exonerarse de responsabilidad probando la prudencia y diligencia debida en el caso concreto, además de poder probar la presencia de una causa extraña.

2.- La prueba en la demanda por responsabilidad civil médica.

Los medios probatorios más utilizados en los procesos de responsabilidad médica, son los documentos (historia clínica, consentimiento informado, etcétera), los dictámenes periciales, los testimonios, indicios y la confesión. Un medio probatorio que no es frecuentemente solicitado (salvo casos de infección intra hospitalaria) por los abogados de las partes lo constituye la inspección judicial, sin embargo, puede convertirse en una herramienta útil para probar tanto por la parte demandante, fallas en la prestación de los servicios asistenciales, además de errores en la actividad de otros profesionales de la salud diferentes al médico demandado y que pueden ser causa del daño que presenta el paciente. De igual

⁹ El código civil colombiano no implanta ninguna diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor, ya que los precisa como aquel evento imprevisto al que no es posible resistir. Ha sido la jurisprudencia y la doctrina las que han señalado como diferencia, el hecho de que la fuerza mayor deriva de una causa exterior, mientras que el caso fortuito es el del fuero interno del agente (de esta forma el caso fortuito en los regímenes de responsabilidad objetiva no eximen al agente de la obligación de reparar el daño, por no tener fuerza suficiente para romper el nexo de causalidad).

forma es una herramienta de gran valor para el médico demandado en los procesos de responsabilidad profesional, toda vez que le permite probar la complejidad de los actos que ejecuta frente al paciente.

Frente a los medios probatorios, vale la pena anotar el error en el cual están incurriendo algunos jueces, al considerar que la ausencia de determinado medio probatorio (como es la historia clínica), constituye prueba de la culpa del profesional frente al acto que produce el daño.

Algunos fallos en Colombia han considerado insuficientes los testimonios que rinden los profesionales de la salud, toda vez que no concuerdan con la historia clínica, sin embargo, este es un claro error, toda vez que procede el juez en estos casos a dar más validez a un medio probatorio que a otro, sin que en Colombia exista tarifa legal para los medios probatorios en materia de responsabilidad médica. Sin embargo, este tipo de error sucede exactamente de la misma manera en México. El error anterior es tan aberrante que se ha llegado a restar credibilidad al testimonio de los expertos, por el simple hecho de no haberse aportado la historia clínica por parte del demandado.

3.- Carga de la prueba en materia de responsabilidad médica.

Dentro del proceso de responsabilidad médica, la carga de la actividad probatoria ha tenido modificaciones a través del tiempo, acorde con la concepción social de la relación médico-paciente y de los cambios que se han presentado en las legislaciones para proteger más a las víctimas.

En este orden de ideas debemos diferenciar cuando la obligación de reparar el daño, proviene del incumplimiento de un contrato de prestación de servicios médicos, de aquellos eventos en los cuales el régimen de responsabilidad corresponde a la obligación general de reparar el daño derivado de una conducta inadecuada del agente, sin que medie un contrato entre él y la víctima (responsabilidad extra contractual).

En el primer caso, el código civil colombiano¹⁰ contempla que al acreedor le basta con probar el daño y el incumplimiento de la obligación contractual, toda vez que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que debió emplearla.

El incumplimiento de una obligación es un hecho antijurídico que por sí mismo entraña una culpa del deudor. De allí que ese incumplimiento constituya una presunción de culpa, presunción legal que el deudor puede destruir acreditando su diligencia o cuidado o el caso fortuito.

Sin embargo, la doctrina en los casos de responsabilidad profesional, en especial tratándose de responsabilidad médica, establece la carga de la prueba en cabeza del paciente, con base a las llamadas obligaciones de medios.

La doctrina francesa ha definido las obligaciones de medio como aquellas en las cuales el deudor cumple con la obligación, al desplegar todo lo que estaba a su alcance con el fin de conseguir el resultado al cual se había comprometido, independientemente de que este sea alcanzado o no.

En estos casos corresponderá al acreedor probar además del incumplimiento de la obligación, el hecho de que el deudor no haya desplegado los medios que tenía a su alcance para lograr el resultado esperado. En estos casos se presenta una inversión de la carga de la prueba del elemento culpa, debiendo el paciente probar la negligencia, imprudencia, impericia o violación de reglamentos que debía guardar el profesional de la salud.

Al médico no se le exigen milagros ni imposibles: pero sí está obligado a conocer concienzudamente todo lo que el arte médico es capaz de enseñarle en el correspondiente medio científico; a no intentar aquello que escapa de sus posibilidades, pero que está dentro de las que tiene otro; a intervenir, poniendo al servicio de su ministerio todos los conocimientos del caso, toda la diligencia, todo el cuidado, toda la prudencia que un médico, en igualdad de circunstancias, habría empleado, de ser ese médico idóneo, prudente y diligente en el ejercicio de su profesión. Por consiguiente el eje de la responsabilidad médica gira sobre los siguientes postulados: hacer todo aquello que esté indicado hacer, consideración habida al grado de progreso de los

¹⁰ Código Civil colombiano, artículo 1604, http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf

conocimientos médicos y a los recursos disponibles en el correspondiente medio, y abstenerse de hacer todo aquello que no deba hacerse, en atención a las mismas circunstancias.¹¹

Esta posición es la que ha predominado a nivel de la doctrina y la jurisprudencia colombiana, en donde la carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad está por regla general en cabeza del paciente que solicita la reparación.

Sin embargo, en algunas sentencias¹², la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha establecido como obligación del profesional de la salud: participar en forma activa en el proceso, y en aquellos casos en los cuales no logre probar la prudencia y diligencia, será él quien corra con las consecuencias adversas del proceso.

La anterior posición no se ha mantenido en la jurisprudencia reciente, sin embargo, fue justificada dicha tendencia dando aplicación a la teoría de la carga dinámica de la prueba.¹³

Toda vez que se presume, en la mayoría de los casos, que es el profesional de la salud quien se encuentra en mejores condiciones para probar los hechos dentro del proceso de responsabilidad médica, y como no desempeño el papel activo esperado, las consecuencias adversas al proceso deben recaer en su contra.

Como excepción a la obligación del paciente de probar la culpa del profesional de la salud, se ha establecido que existirán obligaciones en la cuales el profesional se compromete ya no a poner todos los conocimientos que estén a su alcance, sino a conseguir un resultado. En estos casos no bastará para el

¹¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 12 de noviembre de 1985, magistrado ponente: Horacio Montoya Gil (citada en la obra del Dr. Sergio Yepes, *Responsabilidad Civil Médica*, 2ª ed., página 76).

¹² Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia de 14 de marzo de 1942, t. XII.

¹³ La carga dinámica de la prueba exige a cada una de las partes, dentro de un marco de lealtad procesal y colaboración, la obligación de probar los hechos que están a su alcance, para lograr el conocimiento de la verdad. Y en caso de no probar aquello que estaba a su alcance, las consecuencias negativas recaerán sobre esta persona que incumplió con el deber de lealtad y colaboración.

profesional de la salud probar la prudencia y diligencia empleadas, sino que sólo se le permitirá exonerarse de responsabilidad probando una causa extraña.

Las llamadas obligaciones de resultado, en las cuales el deudor se compromete a realizar determinada prestación, independientemente de los medios que tenga que emplear para obtener su cumplimiento. Entendiéndose incumplida la obligación en caso de no lograr aquello a lo cual se había comprometido. Sólo podrá en estos casos exonerarse el deudor probando una causa extraña.

En la actividad médica se ha considerado erróneamente, por una parte de la doctrina y por parte de la jurisprudencia, que la actividad de los profesionales que realizan procedimientos estéticos o en la obstetricia (cuando el control prenatal ha sido normal) corresponde al régimen de obligaciones de resultado.

Así la sentencia del consejo de estado del 17 de agosto del 2000, señala que:¹⁴

La cirugía estética es uno de aquellos actos quirúrgicos en que la doctrina ha venido señalando la obligación de resultados, al menos en la ejecución formal de la restauración o corrección procurada...En cuanto a la obligación de resultado que se garantiza, basta con probar, no la culpa sino la ejecución debida.

En casos como estos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y natural, y no con una patología.

El error en que incurre el Consejo de Estado, es desconocer la realidad de los procesos de la naturaleza humana. No puede pretender el juez que por el sólo hecho, de él considerar el trabajo de parto como una actividad normal y natural, los riesgos inherentes a este proceso desaparezcan. Es bien sabido por la ciencia

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de agosto del 2000, Exp. 12.123.

médica, que el momento más difícil del proceso de gestación, corresponde al momento del parto y que es en ese momento cuando se pueden presentar complicaciones no previsibles en el caso concreto.

De igual forma, no es posible en la ciencia médica predecir un resultado independiente de la naturaleza del procedimiento, se podrán hacer proyecciones, pero nunca asegurar un determinado resultado. En consecuencia, quien se comprometa a conseguir un determinado resultado se estará obligando a conseguir un objeto imposible. Así, con fundamento en la Teoría general de las obligaciones, ésta obligación será inexistente y no producirá ningún efecto jurídico, en virtud de haberse realizado el contrato con base a un objeto imposible de conseguir.

Sin embargo, se debe mantener esta clasificación para algunas prestaciones derivadas de la relación médico-paciente, toda vez que existen algunas obligaciones que pueden ser catalogadas como de resultados en la actividad médica, como pueden serlo aquellos casos en los que el profesional de la salud derive su responsabilidad por el uso de determinado instrumental (responsabilidad por el hecho de las cosas) o por el olvido de determinado instrumento (presencia de cuerpos extraños) o por la utilización de productos defectuosos (incumplimiento de la obligación de seguridad).

Mientras que en el régimen de responsabilidad contractual existe duda frente a quien es el que tiene la carga de la prueba, en el régimen de responsabilidad extra contractual es a la víctima a quien corresponde probar los elementos de la responsabilidad médica, sin embargo, en virtud de la teoría de la carga dinámica de la prueba, deberá el profesional de la salud probar aquellos supuestos de que tenga conocimiento, en virtud del principio de lealtad procesal, de solidaridad y colaboración que debe existir entre las partes en un proceso; en caso de no hacerlo, le serán aplicables las consecuencias adversas del proceso.

4.- Protección al médico en Colombia.

En Colombia con la promulgación de la ley 1653 del 15 de julio de 2013, conforme a la cual quien quiera formular alguna acción ante la jurisdicción debe pagar anticipadamente el equivalente al 1.5% de lo pretendido en dinero a título de contribución denominada arancel judicial.

Es decir los demandantes, llamantes en garantía, denunciante del pleito, intervinientes *ad excludendum* e incidentantes están obligados a pagar alguna suma previamente a la formulación de su pretensión.

Así el artículo 4º de la ley en comento, cuyo contenido literal es:¹⁵

ARTÍCULO 4º. Hecho generador. El arancel judicial se genera en todos los procesos judiciales con pretensiones dinerarias, con las excepciones previstas en la Ley Estatutaria de la Administración de justicia y en la presente Ley.

Por su parte, el artículo 6º de la misma ley nos señala que son sujetos de pagar dicho arancel los siguientes:¹⁶

ARTÍCULO 6º. Sujeto pasivo. El arancel judicial está a cargo del demandante inicial, del demandante en reconvenión o de quien presenta una demanda acumulada en procesos con pretensiones dinerarias. De la misma manera, estará a cargo del llamante en garantía, del denunciante del pleito, del ad excludendum, del que inicie un incidente de liquidación de perjuicios cuando no se trate del mismo demandante que pagó el arancel al presentar la demanda y de todo aquel que ejerza una pretensión dinero.

Lo anterior es muy interesante ya que pone un freno a los pacientes y abogados que actualmente solo buscan obtener un beneficio económico demandando al paciente por cifras millonarias sin justificación bien fundada y motivada, dando como resultado en los médicos un deterioro en su labor profesional, en su vida familiar, en su situación anímica y en su situación económica, ya que al notificarle el médico la demanda en su contra, éste tiene que contratar los servicios profesionales de un abogado que lo represente, lo que implica un gasto monetario.

¹⁵ Ley No. 1653 del 15 de julio de 2013, Por la cual se regula un arancel judicial y se dictan otras disposiciones, p. 1,
<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/2013/LEY%201653%20DEL%2015%20DE%20JULIO%20DE%202013.pdf>

¹⁶ *Ibidem*, p.3.

Por lo que en México si se diera una ley de esta magnitud, sería dar un paso verdadero y real a favor de los médicos que se ven ultrajados por abogados y pacientes sin escrúpulos.

II.- La denuncia penal.

La denuncia penal es un medio bastante recurrido cuando se quiere denunciar mala praxis de un médico.

La vía penal se ventila en un principio en las agencias del Ministerio Público, una instancia a la que recurre el paciente o su familiar en el momento en que cree que sus derechos relacionados a su salud han sido violados. Al acudir a un Ministerio Público, el paciente no necesita los servicios de un abogado, pues éste es un órgano acusador que representa a la sociedad, a la probable víctima u ofendido y cuya función es investigar sobre la probable comisión de un delito.

Pero justo en este último tema es donde tenemos el mayor problema, ya que un gran porcentaje de las averiguaciones previas que se ventilan ante un Ministerio Público sobre cuestiones médico-legales se consignan, pero ¿por qué sucede esto? para contestar dicha pregunta, antes tenemos que hacer u breve recorrido por lo que sucede dentro de la averiguación previa cuando existe una denuncia médico-legal.

Para comenzar, el paciente acude a la agencia del Ministerio Público correspondiente, donde el agente le toma su declaración o bien si el paciente cuenta con abogado particular, en la mayoría de los casos la denuncia se presente por escrito.

Posteriormente se manda a citar al médico en calidad de probable responsable o de testigo. Si se le cita en calidad de probable responsable, en el citatorio se le señalará que deberá de ir acompañado de un abogado, pero en caso contrario no se le indicará que tenga que ir acompañado de un abogado, por lo que se debe tener cuidado con lo anterior, ya que en el citatorio no vendrá descrito en que calidad se presentará.

Es importante tomar en cuenta que a pesar de que a un médico se le cite en calidad de testigo, es facultad del agente del Ministerio Público cambiarle la calidad a probable responsable después de haber rendido su declaración como testigo, por lo que es tarea de los abogados del médico tener una reunión antes de la comparecencia, con la finalidad de que trabajando en equipo paciente-abogados, se llegue a un acuerdo sobre los puntos que el agente del Ministerio Público probablemente tocara durante la comparecencia y cómo es que a estos debe de responder el médico.

Cuando al médico se le cita en calidad de probable responsable, el día de la comparecencia es útil que se le reserve el derecho de presentar su declaración por escrito y posteriormente, de acuerdo a lo establecido en el apartado B del artículo 20 Constitucional, ya que esto ayudará a la planeación de su defensa, ya sabiendo que paciente lo está denunciando y por qué motivo.

Posteriormente durante la averiguación previa es pertinente presentar los medios de defensa adecuados, como títulos profesionales y certificados que avalen al médico como profesional de la salud y a su vez afirmen la pericia con la que cuenta para realizar el procedimiento en cuestión. Estas constancias se presentarán en copia simple y el original sólo para que sea cotejado por el agente del Ministerio Público.

Sin embargo, a pesar de que se presenten pruebas durante la averiguación previa es un hecho comprobable que un enorme porcentaje de las averiguaciones previas se consignan, ya que los agentes del Ministerio Público al no tener conocimientos en materia médico-legal prefieren consignar las averiguaciones previas para que el juez se ocupe del caso.

También es importante que en cuanto se presenten síntomas de que pueda existir algún problema con un paciente, o bien cuando se evidente que se fracturó la relación médico-paciente, es idóneo que el médico junto con su abogado se sienten hacer una revisión ardua del expediente clínico, ya que en el momento en que se reciba la denuncia en el Ministerio Público, sólo será cuestión de días para que el expediente clínico de la presunta víctima u ofendido sea pedido a la

institución de salud pública o privada y resguardado, ya que el expediente clínico será el mayor medio de prueba para probar una posible responsabilidad por parte del médico.

1.- Lesiones.

En el Distrito Federal este delito se encuentra estipulado en el artículo 130 del Código Penal del Distrito Federal y señala “Al que cause un daño a otro o alteración en su salud”.

Por lo que este delito se trata de encuadrar en la mayoría de las denuncias en contra de un médico, ya que existen casos en los que por un procedimiento mínimo invasivo, incluso por una inyección intramuscular en la que la única finalidad es suministrar medicamento al paciente de manera más rápida y efectiva, el paciente presenta un hematoma y esto causa la denuncia ante el ministerio público.

Por lo anterior es necesario que el médico haga uso de sus medios de defensa y prevenir cualquier tipo de problema médico-legal, en estos casos un medio de defensa idóneo para el médico es el consentimiento informado, ya que de acuerdo a la norma oficial mexicana 004, en su numeral 10.1.2 no señala:¹⁷

10.1.2 Los eventos mínimos que requieren de cartas de consentimiento informado serán:

10.1.2.1 Ingreso hospitalario;

10.1.2.2 Procedimientos de cirugía mayor;

10.1.2.3 Procedimientos que requieren anestesia general o regional;

10.1.2.4 Salpingoclasia y vasectomía;

10.1.2.5 Donación de órganos, tejidos y trasplantes;

10.1.2.6 Investigación clínica en seres humanos;

10.1.2.7 Necropsia hospitalaria;

10.1.2.8 Procedimientos diagnósticos y terapéuticos considerados por el médico como de alto riesgo;

10.1.2.9 Cualquier procedimiento que entrañe mutilación.

De lo anterior se desprende que el médico está obligado por lo menos a dar consentimiento informado en los supuestos anteriores, por lo que es

¹⁷NORMA Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, Del expediente clínico, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5272787&fecha=15/10/2012

facultativo del médico dar a firmar al paciente consentimiento informado por los procedimientos que él considere pertinentes.

Así, el numeral 10.1.3 de la misma norma, nos señala:¹⁸

10.1.3 El personal de salud podrá obtener cartas de consentimiento informado adicionales a las previstas en el numeral 10.1.2, cuando lo estime pertinente, sin que, para ello sea obligatorio el empleo de formatos impresos.

Esto afirma lo anteriormente dicho, por lo que incluso los consentimientos informados no tendrán que presentar al paciente para firma, impresos o membretados, incluso puede el médico hacerlo a mano sin necesidad de presentar el consentimiento informado impreso o a máquina de escribir. Además si el médico labora para una institución de salud pública o privada, el consentimiento informado proporcionado por la institución puede ser dado a firmar al paciente e ingresado al expediente clínico de dicha institución, pero además el médico puede dar a firmar al paciente otro consentimiento informado hecho por él, ya que la recomendación es que para cada procedimiento el médico tenga un consentimiento informado bien detallado donde se señalen cuáles son las consecuencias inherente a dicho procedimiento, éste consentimiento el médico podrá ingresarlo a un archivo personal que tenga de sus pacientes, y conservarlo para que si en un momento el médico tiene un problema con algún paciente, se cuenten con mayor número de medios de defensa.

1.1.- Lesiones al feto (Colombia).

La responsabilidad penal por el ejercicio de la profesión médica en Colombia ha ido ocupando un gran número de acciones legales en contra de profesionales de la salud, por lo que el Código Penal colombiano sanciona a los médicos cuando cometen u omiten ciertos actos que se encuentran tipificados, como medidas de protección a la salud y la vida de la sociedad, así, la Ley 599 de 2000 en su artículo 126, señala:¹⁹

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Ley 599 de 2000, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>

Artículo 126. *Lesiones culposas al feto.* Si la conducta descrita en el artículo anterior se realizare por culpa, la pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años.

Si fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.

Del anterior artículo se desprende cuales son las sanciones que un profesional de la salud tendrá cuando se le cause daño a un feto, cuando esto se cometa sin dolo, por lo que en México sabemos que los delitos que cometa un médico en el ejercicio de su profesión siempre en un primer momento serán delitos culposos, lo interesante resulta que en Colombia no es así, por lo que el artículo 125 de la misma Ley, nos dice:²⁰

Artículo 125. *Lesiones al feto.* El que por cualquier medio causare a un daño al feto en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.

Por lo anteriormente descrito podemos darnos cuenta que se da el supuesto en la tratada ley de que el médico puede cometer las lesiones de manera dolosa y por lo tanto las sanciones serán mayores.

En México actualmente ni en el Código Penal Federal, ni en el del Distrito Federal contamos con artículos como los anteriores que nos señalen de una manera tan explícita éste delito del cual pueden ser acusados los médicos, sin embargo, la denuncia sí puede iniciarse simplemente como lesiones, cuando por causas en el parto el médico dañe al producto.

2.- Homicidio.

El delito de homicidio se encuentra establecido en el artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal y señala “al que prive de la vida a otro”. Sin embargo, este delito se encuentra dividido en homicidio doloso y homicidio

²⁰ *Idem.*

culposo, recordemos que los delitos dolosos son aquellos delitos en los que el agente que provoca la acción, desea hacerla y consumar su finalidad, haciendo daño a algo o alguien, en cambio, en los delitos culposos el agente no tiene la intención de dañar o de cometer la acción u omisión que se tipifica como delito.

Por lo que las acciones que el médico realice en el ejercicio de su profesión, que encuadren en un delito, sólo estarán dentro del supuesto de delito culposo, por lo que el delito de homicidio que se le impute a un profesional de la salud, siempre será en un primer momento culposo, a menos que en el proceso se den los elementos suficientes para que se encuadre un homicidio doloso.

Para que resulte un homicidio doloso se tienen que presentar varios supuestos, como por ejemplo que el médico no cuente con cédula profesional que avale el procedimiento que realizó y el cual produjo el muerte del paciente, por lo que también se daría el delito de usurpación de profesión, pero recordemos que lo anterior no aplica para los casos de urgencia, en donde la máxima es: estabilizar y canalizar a la persona que se encuentra ante una urgencia médica.

Respecto a lo anterior en México no existe alguna disposición que señale tan explícitamente el hecho de urgencia médica, en cambio en Colombia en el artículo vigésimo octavo del Decreto 126 de 2010 que adiciona el artículo 131 A al capítulo VII del título I del libro II de la ley 599 de 2000, nos hace una explícita descripción de lo que el médico debe de hacer ante una urgencia:²¹

Artículo 131 A. Omisión en la Atención Inicial de Urgencias. El que teniendo la capacidad institucional y administrativa para prestar el servicio de atención inicial de urgencias y sin justa causa niegue la atención inicial de urgencias a otra persona que se encuentre en grave peligro, incurrirá en pena de prisión de treinta y seis (36) a setenta y dos (72) meses. La pena se agravará de una tercera parte a la mitad si el paciente que requiere la atención es menor de doce (12) o mayor de sesenta y cinco (65) años. Si como consecuencia de la negativa a prestar la atención de urgencias deviene la muerte

²¹Decreto 126 de 2010, del 21 de enero del 2010, por el cual se dictan disposiciones en materia de Inspección, Vigilancia y Control, de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones, <http://www.metrosalud.gov.co/inter/joomla/images/pdf/normograma/DECRETOS/2010/DECRETO%200126%20DE%202010.pdf>

del paciente, la pena será de prisión de setenta (70) a ciento veinte (120) meses, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Otro supuesto, sería que se demuestre que el médico tenía la intención y lo consiguió, de matar al paciente durante el procedimiento quirúrgico por razones independientes al actuar médico, es decir, por alguna riña personal con el paciente o por algún otro motivo que señale al médico como responsable del homicidio doloso, y claramente se debe de demostrar que la causa de la muerte no fue una consecuencia inherente al procedimiento médico realizado.

Una de las especialidades que tienen mayor posibilidad de incurrir en el delito de homicidio culposo, son los médicos especialistas en ginecología y obstetricia, ya que esta especialidad tiene en sus manos dos vidas, la de la madre y la del hijo o hija.

Respecto de la vida del producto, de acuerdo a la Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-1993, Atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio y del recién nacido, nos señala el numeral 4.15 que:²²

4.15 mortinato o nacido muerto: Se trata de un producto de la concepción proveniente de un embarazo de 21 semanas o más de gestación que después de concluir su separación del organismo materno no respira, ni manifiesta otro signo de vida tales como latidos cardiacos o funiculares o movimientos definidos de músculos voluntarios.

Por lo que de acuerdo a lo anteriormente mencionado un producto de menos de 21 semanas que no respire al separarlo del organismo materno, no podríamos hablar de nacido muerto y por lo tanto no se podría encuadrar el delito de homicidio culposo al médico obstetra.

Por otro lado, en la reforma al código penal para el Distrito Federal, en la que se reforma el artículo 144, que nos habla del aborto y a la letra dice:²³

Artículo 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

²² Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-1993, Atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio y del recién nacido. Criterios y procedimientos para la prestación del servicio, <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/007ssa23.html>

²³ Código Penal para el Distrito Federal, <http://www.metro.df.gob.mx/transparencia/imagenes/fr1/normaplicable/cpdf0712.pdf>

Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.

De lo anterior podemos observar que a partir de la implantación del embrión en el endometrio y hasta la semana número doce no se puede imputar al médico ni delito de aborto, ni de homicidio culposo hacia el producto, a menos que el primero se cometa sin el consentimiento de la mujer embarazada, por lo que es muy importante que se tenga en expediente el consentimiento debidamente firmado de la mujer embarazada cuando antes de las doce semanas desee interrumpir el embarazo.

Después de la semana doce y hasta antes de la semana veintiuno sólo se podrá imputar el delito de aborto al médico que con o sin consentimiento de la mujer embarazada haya realizado la interrupción del embarazo, pero no el delito de homicidio culposo.

Ya con veintidós semanas cumplidas de embarazo, entonces tal vez podríamos imputar al médico el delito de homicidio culposo, hablando del caso del producto de la concepción.

Para reforzar lo anterior tenemos la siguiente jurisprudencia:

[J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XV, Febrero de 2002; Pág. 588. **DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES.**

Si se toma en consideración, por un lado, que la finalidad de los artículos 4o. y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y, por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquélla, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta,

respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia Norma Fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana, así como que del estudio de los Códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal, y los Códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales.

PLENO

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis discreparon los señores Ministros presidente Genaro David Góngora Pimentel y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 14/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

Pero la realidad es otra, ya que los agentes del Ministerio Público en la mayoría de los casos no conoce lo anterior, por ello cuando se le presenta la denuncia por homicidio culposo de un producto de menos de veintiún semanas, éste consigna la averiguación previa. Por otro lado, incluso cuando se manda a peritos la averiguación previa para que emitan un dictamen, ese dictamen lo realiza en ocasiones un médico legista que no tiene los suficientes conocimientos en ginecología y obstetricia, por lo que dictamina homicidio.

Por lo anterior es importante que el médico conozca y lea las normas que sean de su competencia, y que tenga defensores que también conozcan sobre el tema.

3.- Responsabilidad profesional.

El delito de responsabilidad profesional, es un delito que no sólo compete a los profesionales de la salud, sino que va dirigido a cualquier profesionista.

El artículo 322 del Código Penal para el Distrito Federal nos señala que los profesionistas serán responsables de los delitos que cometen en el ejercicio de su profesión, y es muy claro el artículo al señalar que independientemente de las sanciones que se le impongan por los delitos que se le imputen, también recibirá una sanción extra por tratarse de un profesionista que comete delito en el ejercicio de su labor y esa sanción es que se les suspenderá su cédula profesional para que dejen de ejercer por el término que va de una mes hasta dos años, pero si éste profesionista reincide la suspensión de la cédula puede ser definitiva y por lo tanto no podrá volver a ejercer esa profesión, por lo que estamos hablando que aquí al médico mínimo se le estaría quitando (independientemente del dinero que se quite para la reparación del daño) seis años de su vida, ya que para ser médico general, la carrera es de seis años.

Pero algo aún más preocupante es el hecho de que en el mismo artículo se señala que el profesionista también será responsable por los actos que cometan sus auxiliares, cuando estos sean llevados a cabo por las instrucciones que le dé el profesionista, por lo que un médico será responsable de los malos actos que realice la enfermera o enfermero y el residente, cuando se trate de un médico especialista adscrito que tenga a su cargo a residentes.

Pero ¿qué medio de defensa o preventivo puede utilizar el médico para que en un futuro no tenga problemas en cuanto a este último párrafo del artículo 322 del CPDF? El médico cuenta con un medio preventivo el cual siempre puede utilizar con responsabilidad y a su favor, ese medio es el expediente clínico. El expediente clínico es responsabilidad del médico, por lo que cuando el área de enfermería haga alguna anotación, el médico tiene la responsabilidad de rectificar lo que enfermería haya anotado, el médico no tiene que confiar en las enfermeras

o enfermeros, él debe de revisar las anotaciones de enfermería y posteriormente él firmar el expediente.

En cuanto a los residentes, en la práctica y sobre todo en instituciones de salud pública, por la carga de trabajo y el basto número de pacientes, quienes realizan las notas médicas en el expediente son los residentes y el médico adscrito sólo se ocupa de firmarlas, pero lo anterior acarrea infinidad de problemas, porque en ocasiones el residente comete errores (y es normal, ya que se encuentra en proceso de aprendizaje), pero estos errores no los encuentra el médico, ya que no lee lo que el residente escribió, por lo que cuando llega una demanda o una denuncia, el problema es para el médico especialista adscrito. Además que frecuentemente los residentes firman el expediente, cuando ellos no tienen facultad para hacerlo, lo pueden hacer siempre y cuando se estén tratando asuntos de medicina general y por lo tanto que les compete, pero cuando están en asuntos de especialidad médica, los residentes no tienen porque firmar el expediente, los responsables son los médicos adscritos, de acuerdo a la norma oficial mexicana 004.

Ante esta situación, lo más recomendable es que el médico, a pesar de tener a su cargo a un gran número de pacientes, se tome el tiempo necesario, para revisar y firmar las notas en el expediente si es que él no las realizó.

4.- Abandono de paciente.

El abandono de paciente es un delito que se encuentra tipificado en el artículo 324 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual nos refiere lo siguiente:²⁴

ARTÍCULO 324. Se impondrán prisión de uno a cuatro años, de cien a trescientos días multa y suspensión para ejercer la profesión, por un tiempo igual al de la pena de prisión, al médico en ejercicio que:

I. Estando en presencia de un lesionado o habiendo sido requerido para atender éste, no lo atienda o no solicite el auxilio a la institución adecuada;

²⁴ *Idem.*

De lo anterior podemos destacar que el médico corre el riesgo de ir a prisión en caso de que no asista a un lesionado, debemos de tomar en cuenta que el médico independientemente de su especialidad debe regirse por la máxima de “estabilizar y canalizar”, es decir, cuando esté ante la presencia de un lesionado, estamos en el supuesto de que es una emergencia, por lo que lo primero que tiene que hacer es estabilizar al lesionado, para posteriormente canalizarlo con el especialista que se haga cargo de él.

Sin embargo, existen casos en que ante una urgencia se le pide asistencia a un médico, y éste no atiende al paciente justificándose, por ejemplo, en el hecho de que él es un médico oftalmólogo, por lo que no puede asistir al lesionado.

Por supuesto que lo anterior es un error, que puede tener consecuencias legales, ya que si el lesionado pierde la vida incluso podríamos incurrir en el delito de homicidio doloso, ya que en ese supuesto el médico ha dejado de hacer y así él lo quiso.

Pero no podemos exaltarnos, si tomamos en cuenta lo que nos precisa el artículo 324 CPDF, podemos notar que la pena de prisión será de uno a cuatro años, por lo que el médico ante un problema legal de este tipo, alcanza fianza o caución y podría llevar el proceso fuera de prisión. Aunque también podemos incurrir en otros delitos que junto con este, nos dé como resultado un proceso dentro de prisión.

Otra pena es la suspensión de la cédula profesional, lo que nos da como resultado que el profesional de salud mientras esté suspendida su cédula no pueda ejercer y por lo tanto no tenga ingresos económicos para subsistir.

5.- Negación del servicio médico.

También se encuentra estatuido en el mismo artículo 324 del CPDF, sin embargo, dicho delito se encuentra dentro del párrafo II, que nos menciona.²⁵

II. Se niegue a prestar asistencia a un enfermo cuando éste corra peligro de muerte o de una enfermedad o daño más grave y, por las circunstancias del caso, no pueda recurrir a otro médico ni a un servicio de salud.

²⁵ *Idem.*

Este delito es muy parecido al anterior, ya que si nos ponemos en el supuesto de que se niegue a asistir a un enfermo que corra peligro de muerte, entonces, estamos ante una urgencia, por lo que el médico debe de aplicar la máxima de “estabilizar y canalizar”.

Pero también debemos tomar en cuenta que este supuesto aplica para cualquier persona que requiera asistencia médica, ya que lo marca muy bien el párrafo anterior al decirnos que cuando se corra peligro de una enfermedad, el médico debe “estabilizar y canalizar”.

En ocasiones el paciente no tiene el mejor trato hacia el médico por lo que el médico en ocasiones ofuscado actúa de manera en la que le aclara al paciente que no lo atenderá, por lo que se vuelve una guerra de poder, y el paciente al verse retado, acude al Ministerio Público alegando que el médico le negó el servicio.

Dada la situación anterior es recomendable que el médico siempre se encuentre en una actitud, si bien no sumisa, si de cordialidad y respeto para con el paciente y si es un paciente con quien el médico se sienta menoscabado, el médico puede usar otras tácticas para no darle atención al paciente, dejando ver que tiene compromisos profesionales que le imperan seguir siendo su médico tratante, pero haciendo hincapié que él con mucho gusto le otorgaría el servicio médico.

III.- Los delitos contra la vida y la integridad, Colombia.

De acuerdo a las características especiales del presente trabajo, particularmente en lo que se refiere a brindar herramientas útiles al médico, hablaremos de los tipos penales que pueden ser imputados en Colombia a éste en el ejercicio de su profesión.

1.- Homicidio culposo, Colombia.

Código Penal (Ley 599 de 2000). Artículo 109. Homicidio culposo. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de veinte y seis punto

sesenta y seis (26.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.²⁶

Esta modalidad de homicidio se caracteriza por la presencia de culpa. En efecto, se diferencia de otros tipos de homicidio así: en el homicidio doloso (simple), se quiere el resultado producido; en el homicidio preterintencional se quiere causar una lesión, a la cual sigue, como resultado no deseado, la muerte; en el homicidio culposo se quiere el comportamiento (acción u omisión), pero no el resultado.

Así Alfonso Gómez Méndez, nos señala que: “En el homicidio culposo se quiere la acción (o la omisión), no el resultado (la muerte), que se verifica por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de reglamentos, órdenes y normas.”²⁷

De lo anterior se desprende que el bien jurídico tutelado es la vida humana como valor ideal, el objeto material de la conducta es el hombre vivo físicamente y por último el tipo penal se desarrolla cuando se mata a otra persona, ya sea por acción u omisión.

Comparando lo anterior con el Código Penal para el Distrito Federal, éste nos señala en su artículo 123 que: “Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión.”²⁸

Pero posteriormente en el artículo 76 del mismo código, nos precisa lo siguiente:²⁹

ARTÍCULO 76 (*Punibilidad del delito culposo*). En los casos de delitos culposos, se impondrá la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica o un tratamiento diverso regulado por ordenamiento legal distinto a este Código. Además se impondrá, en su caso, suspensión o privación definitiva de derechos

²⁶ Ley 599 de 2000 (julio 24), *op. cit.*

²⁷ Gómez Méndez, Alfonso. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 1998, p.257.

²⁸ Código Penal para el Distrito Federal, *op. cit.*, p. 40.

²⁹ *Ibidem*, p. 27.

para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso, por un término igual a la pena de prisión impuesta.

Siempre que al delito doloso corresponda sanción alternativa que incluya una pena no privativa de libertad, aprovechará esta situación al responsable del delito culposo.

Sólo se sancionarán como delitos culposos los siguientes: Homicidio, a que se refiere el artículo 123;...

Por lo anterior, podemos deducir que si un médico en el ejercicio de su profesión, comete un homicidio culposo, la pena a que será asequible es de dos a cinco años de prisión, es decir, de 24 a 60 meses y en Colombia de 32 a 108 meses. Por lo que es evidente que la pena en Colombia es mayor a la establecida en nuestro país.

2.- Las lesiones personales culposas.

Artículo 120. Lesiones culposas. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El que por culpa cause a otro alguna de las lesiones a que se refieren los artículos anteriores, incurrirá en la respectiva pena disminuida de las cuatro quintas a las tres cuartas partes.³⁰

El bien jurídico que se persigue proteger con la tipificación de esta conducta es la integridad personal y, en consecuencia, el objeto material es la persona.

Las lesiones consisten en un daño o detrimento corporal causado por una herida, golpe o enfermedad. Según Medicina Legal se trata de un daño orgánico o mental, causado externa o internamente por procedimientos químicos, biológicos o psicológicos que no producen la muerte de la persona.

En principio se trata de una conducta, solo que se distinguen las consecuencias, así: pérdida, perturbación o deformidad, o simplemente incapacidad para trabajar.

Esas consecuencias se diferencian por la incapacidad médico-legal, que es el estado, expresado en días, que toma el tejido lesionado para volver a su estado de integridad previa, o para lograr la reparación biológica primaria.

³⁰ Ley 599 de 2000, *op. cit.*

Artículo 112. Incapacidad para trabajar o enfermedad.

[Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004]

Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o enfermedad superior a treinta (30) días sin exceder de noventa (90), la pena será de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si pasare de noventa (90) días, la pena será de treinta y dos (32) a noventa (90) meses de prisión y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.³¹

Las secuelas son las consecuencias que se producen cuando la cicatrización altera la forma o la función de un órgano o de un miembro, que persiste una vez culminada la incapacidad médico-legal. Estas pueden ser:

2.1.- Deformidad.

Artículo 113. Deformidad. [Modificado por la ley 1639 del 2 de julio de 2013] Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37. 5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si fuere permanente, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si el daño consistiere en deformidad física causada usando cualquier tipo de ácidos; álcalis; sustancias similares o corrosivas que generen daño o destrucción al entrar en contacto con el tejido humano, incurrirá en pena de prisión de setenta y dos (72) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará desde una tercera parte hasta la mitad.³²

Es aquella que afecta la forma o la simetría de la corporeidad; puede ser transitoria o permanente. La pena impuesta por la conducta se agrava si la lesión afecta el rostro.

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

Por lo anterior, podemos notar que el médico en Colombia se encuentra en permanente riesgo de ser denunciado penalmente por alguna de estas causales, pero para tener más claro lo anterior veamos que dice la Real Academia Española en cuanto a el significado de deformar: “hacer algo que pierda su forma regular o natural”³³, así las cosas, pensaría que el especialista que se encuentra en mayor desventaja ante esta norma, son aquellos profesionales de la salud que se dedican a la medicina estética, ya que es un hecho que la finalidad de esta especialidad es que los pacientes cambien y pierdan su forma natural, por lo que veo que el anterior artículo sería un primer plano para interponer una demanda a un médico.

Sin embargo, no todo es malo del anterior artículo, ya que considero podría ser de utilidad, incluso podría aplicarse al Código Penal para el Distrito Federal, ya que sería una herramienta importante para la protección de los pacientes que buscan realizarse cualquier procedimiento médico e incluso un procedimiento estético, además también sería un candado para aquellos médicos que no cuentan con los títulos necesarios para ejercer cierta especialidad y que al hacerlo afectan la salud de los pacientes y la economía y prestigio del gremio médicos.

De esta forma, al tener un artículo las características anteriores en la legislación mexicana, el profesional de la salud, podría ampararse por medio del consentimiento informado, de tal manera que el médico quedaría excluido de este artículo, siempre y cuando actué con la pericia mínima necesaria. Pero del consentimiento informado en medicina estética hablaré en un tema independiente en este trabajo.

2.2.- Perturbación Funcional.

Artículo 114. Perturbación funcional. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] Si el daño consistiere en perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

³³ Diccionario Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=deformar>

Si fuere permanente, la pena será de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes.³⁴

Es la alteración orgánica producida como consecuencia de una disminución o desmejora de las condiciones funcionales fisiológicas del individuo sin que se pierda o anule la función. Puede ser permanente o transitoria.

Volviendo al diccionario de la Real Academia Española, nos señala que perturbar es "Inmutar, trastornar el orden y concierto, o la inquietud y el sosiego de algo o alguien". Por lo que el anterior artículo no lo considero adecuado para que se encuentre dentro de nuestra legislación mexicana, si bien, también con el consentimiento informado el médico puede deslindarse de responsabilidad concerniente a este artículo, considero que es un artículo que acarrearía muchos problemas no justificados hacia el médico, ya que los pacientes y sus abogados abusarían de este artículo para satisfacer sus intereses.

2.3.- Perturbación Psíquica.

Artículo 115. Perturbación psíquica.[Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] Si el daño consistiere en perturbación psíquica transitoria, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si fuere permanente, la pena será de cuarenta y ocho (48) a ciento sesenta y dos (162) meses de prisión y multa de treinta y seis (36) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes.³⁵

Puede ser exclusiva o excluyente: cuando la lesión se infiere por medios psicológicos que deterioran o lesionan la salud psíquica o mental.

También puede ser proveniente de una lesión física al sistema nervioso central y proveniente de una lesión física que no afecta este sistema.

³⁴ Ley 599 de 2000, *op. cit.*

³⁵ *Idem.*

De lo anterior podemos deducir que el artículo transcrito es muy subjetivo, por lo que se deja al árbitro del juez decidir sobre la condena o no del médico, por ello considero que dicho artículo no sería de utilidad en la legislación mexicana, ya que para comprobar una perturbación psíquica se necesitaría de peritos para determinar dicha perturbación, y considero que con la demanda por daño moral queda excluida.

Sin embargo, considero que este artículo puede ser un enemigo en general para el profesional de la salud, incluyendo a ese odontólogo que extrae muelas del juicio y que afecta al sistema nervioso central, pero aquí es donde nos encontramos con un disyuntiva, ya que si el profesional de la salud no contaba con la pericia y por lo tanto con la especialidad necesaria para hacer dicho procedimiento, considero es necesario contar y aplicar una pena como la que se señala en el Código Penal colombiano, pero si al realizar dicho procedimiento el riesgo era inherente, entonces el profesional de salud debe contar con el consentimiento informado requerido.

Por otro lado, considero que también existen los pacientes psiquiátricos que ya se encuentran con perturbaciones mentales, y que dentro de estas perturbaciones está el afectar a otro ser humano, y en un momento dado ese otro ser humano puede ser el médico tratante.

2.4.- Perdida anatómica o funcional de órgano o miembro.

Si bien en la ley federal del trabajo encontramos algunas métricas para considerar el daño económico cuando un trabajador es víctima de la pérdida de un órgano, no lo tenemos dentro del Código Penal, como sí lo tienen en Colombia, así en el artículo 116, nos dice que:³⁶

Artículo 116. Perdida anatómica o funcional de un órgano o miembro.[Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] Si el daño consistiere en la pérdida de la función de un órgano o miembro, la pena será de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses de prisión y multa de treinta y tres punto treinta y tres (33.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

³⁶ *Idem.*

La pena anterior se aumentará hasta en una tercera parte en caso de pérdida anatómica del órgano o miembro.

La primera implica la supresión física de un órgano o miembro, mientras que la pérdida funcional implica la supresión, anulación o desaparecimiento de una función conservando la totalidad física o parte de ella, del órgano o miembro.

Por lo que tomando en cuenta lo anterior, considero que, al igual que los anteriores artículos, podría adecuarse la legislación anterior a nuestro código penal, ya que sería una protección para los pacientes, en contra de aquellos médicos que no ejercen la profesión con la pericia y la ética mínima necesaria.

Por otro lado, el médico tendría que ser muy sigiloso y por lo tanto responsable, ante cualquier posible denuncia por la pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro, ya que en el momento en que el paciente firma el consentimiento, el galeno señala precisamente que existe el riesgo inherente que al realizarse el procedimiento se presente "la pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro" y que "la primera implica la supresión física de un órgano o miembro, mientras que la pérdida funcional implica la supresión, anulación o desaparecimiento de una función conservando la totalidad física o parte de ella, del órgano o miembro", por supuesto que lo anterior en el caso en que efectivamente esa sea una posibilidad que se dé, si se realiza el procedimiento quirúrgico determinado. Independientemente que dicho procedimiento se realice de la manera adecuada.

IV.- El paciente Testigo de Jehová.

La religión en ocasiones puede ser un obstáculo para el ejercicio de la medicina, si bien nuestro Estado es laico, lo cual se encuentra consagrado en nuestra Carta Magna, la religión es parte de nuestra cultura e idiosincrasia.

Así, grupos religiosos como los Testigos de Jehová mantienen su religión en constante comunión con su vida diaria, con su vida cotidiana. De tal manera que las personas que forman parte de este grupo religioso, tienen ciertas reglas que los miembros del grupo deben cumplir para formar parte de su congregación,

tales maneras de actuar incluyen el omitir acudir y realizar fiestas como las de noche buena, año nuevo, *halloween*, etcétera. Además de ciertas maneras adecuadas de vestimentas, como las mujeres utilizar falda preferiblemente.

Alguna de esas posturas en materia de tratamientos médicos es solicitar que estos se realicen sin transfusión sanguínea, aunque ésta sea necesaria para la salvaguarda de la salud y la vida del paciente.

Lo anterior de acuerdo y según ellos de lo establecido en la Biblia en pasajes como el de Hechos 15:29 que señala “que os abstengáis de lo sacrificado a ídolos, de sangre, de ahogado y de fornicación; de las cuales cosas si os guardareis, bien haréis.”³⁷ y Levítico XVII-14 “Porque la vida de toda carne es su sangre; por tanto, he dicho a los hijos de Israel: No comeréis la sangre de ninguna carne, porque la vida de toda carne es su sangre; cualquiera que la comiere será cortado.”³⁸

Por lo que cuando un profesional de la salud se encuentra ante la negación del paciente –o de algún familiar- a ser transfundido, el médico debe de optar por alguna de las siguientes opciones tutelar la libertad de creencias o cultos del paciente o el derecho fundamental a la vida.

Ante esto el médico puede atender a las razones expuestas por el paciente Testigo de Jehová, pero debe dejar constancia de ello en el expediente clínico, además de asumir el riesgo que pueda correr el paciente, o bien el médico si procede a transfundir.

Cualquiera que sea la decisión que tome el profesional de la salud, es muy posible que se vea envuelto en un conflicto legal, y sí el médico transfunde al paciente y éste recupera la salud, es posible que el médico sea demandado por daño moral y se vea inmiscuido en una investigación de tipo más bien ético por hacer caso omiso de las creencias religiosas del paciente. Pero si por el contrario el médico no realiza la transfusión y el paciente muere, entonces el médico se

³⁷ Sagrada Biblia, Nuevo Testamento, Hechos 15:29.

³⁸ *Ibidem*, Levítico 17:14.

verá envuelto en un problema legal por homicidio culposo e incluso cabe la posibilidad de ser investigado por homicidio doloso, ya que omitió realizar la transfusión a pesar de saber a todas luces que el paciente moriría si no se realizaba dicho procedimiento médico, y que estaba en sus posibilidades realizarlo, ya que se contaba con la sangre y con todo lo necesario para realizar dicho procedimiento y aun así no lo hizo.

Por lo que creo que la inclinación del profesional de la salud hacia una u otra opción es muy clara, el médico ¿preferirá enfrentarse a un problema legal más de tipo ético por dejar de lado las creencias religiosas del paciente o preferiría enfrentarse a un problema de tipo penal por la muerte de un paciente que estuvo en sus posibilidades salvaguardar su vida?

1.- El menor Testigo de Jehová.

Ya analizamos el escenario cuando es el paciente el que no desea la transfusión, pero que sucede cuando el paciente Testigo de Jehová es un menor que no autoriza la transfusión y se contrapone con la decisión de sus padres o tutor quienes sí la autorizan.

Para analizar mejor lo anterior tomaremos como ejemplo el proceso T-474/96 de un trámite de tutela promovido en favor del menor Alfonso Cáceres Rojas que ha sido objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional de Colombia, este menor que se encontraba en ese momento entre los 14 y 18 años de edad tenía un cáncer muy avanzado, por lo que se necesitaba la amputación de la pierna derecha y además transfusión, por lo que dicho menor y su padre estuvieron de acuerdo y autorizaron la amputación de la pierna, sin embargo, por lo que respecta a la transfusión, el padre estuvo de acuerdo y la autoriza cuando se le informa el estado de gravedad y las consecuencias de no hacerlo a pesar de ser el padre Testigo de Jehová, pero por lo que respecta al menor, éste no autorizo la transfusión por ser también Testigo de Jehová y por acatar dichas reglas de su religión.

A pesar de que el menor hizo saber a la institución de salud su voluntad de no querer someterse a la transfusión, dicho consentimiento del tutor no es determinante ya que de acuerdo a la ley como el menor no ha alcanzado la mayoría de edad se requiere el consentimiento del padre como representante legal. Además como señala Antonio José Chacón Pinzón “Podría considerarse que además de la edad, el consentimiento del menor carece de objetividad, al existir el error como vicio, al atribuirse a preceptos de orden religioso prevalencia sobre el derecho fundamental a la vida”³⁹.

Ya que los Testigos de Jehová prohíben las transfusiones sanguíneas y la sanción por tal acto es la expulsión de su congregación a quien acepte dichas transfusiones.

De esta forma, mientras el menor se niega a recibir las transfusiones, el padre, titular de la patria potestad del paciente, las autoriza ante la gravedad de la salud de su hijo.

Así que se pone en balanza los derechos del menor como el de libre desarrollo a la personalidad, a la libertad de cultos y de conciencia, frente a los derechos de la salud y la vida, por lo que prevalecen los últimos por encima de los primeros.

Por lo que la Corte Constitucional de Colombia resolvió de la siguiente manera:⁴⁰

“Dada su condición de menor de edad en caso de contradicción entre las decisiones que el menor pretende adoptar en desarrollo de su derecho a la libertad religiosa y las que emanen de sus padres, dirigidas a salvaguardar su derecho fundamental a la vida, prevalecerán las segundas, de cuya realización efectiva será responsable el Estado”.

Por lo que el menor adulto cuando emita un consentimiento informado cuenta con una capacidad relativa, ya que si estamos hablando de un tratamiento

³⁹ Chacón Pinzón, Antonio José. *Fundamentos de Responsabilidad Médica*, Reimpresión marzo 2004, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá D.C.-Colombia. P. 143.

⁴⁰ *Idem*.

que ponga en peligro su vida, debe ir acompañado dicho consentimiento del de los padres, el tutor o representante legal.

Actualmente ya se han buscado alternativas para reducir los riesgos a los pacientes por transfundirlos, esto a su vez beneficia a aquellos pacientes que no desean transfundirse ya sea por miedo a contraer una enfermedad o porque su religión no se lo permite, así existen métodos como la solución salina normal, *gelifundol*, *osmorin*, el lactato de *ringer*, *eritropoyetina*, *haemacell*.

Sin embargo, no siempre es una alternativa los métodos anteriores descritos para omitir la transfusión sanguínea, ya que hay componentes en la sangre insustituibles, por lo que en algunos tratamientos médicos como la anemia aguda es necesario la transfusión sanguínea.

2.- Consentimiento informado para transfusión sanguínea.

Debemos de tener claro que cuando se trata de una inminente urgencia, el consentimiento informado, incluido el de transfusión sanguínea pasa a un segundo plano de importancia, por lo que en ese momento lo primordial es establecer al paciente y en su caso salvarle la vida.

Sin embargo, cuando no nos encontramos ante una situación de extrema urgencia, en el consentimiento informado se debe hacer una explicación clara al paciente sobre la necesidad de ser transfundido, ya sea con sangre o sus componentes, como son: plasma, concentrado de plaquetas, glóbulos rojos empacados o crioprecitados.

Ahora, en el consentimiento informado se deberá indicar que la sangre o los componentes que se pretenden suministrar al paciente, fueron analizados para pruebas de HIV 1-HIV 2, hepatitis b, hepatitis C, enfermedad de sífilis, de chagas y los resultados fueron negativos. Pero también se debe hacer saber cuáles son los riesgos inherentes a la transfusión, y estos pueden ser ´dolor, hematomas, flebitis: reacciones adversas como rash urticarioiforma, fiebre,

hipervolemia, hemólisis⁴¹, etcétera; e incluso no se asegura la no transmisión de enfermedades infecciosas a pesar de dar los resultados negativos en ellas, ya que existe una ventana inmunológica. Y por último se señalarán las posibles consecuencias por no transfundirse, indicando si es el caso, que una de ellas es la muerte.

V.- La queja ante la Conamed.

Las quejas ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico son un medio muy idóneo para los pacientes que tienen alguna inconformidad de algún médico que les atendió. Ya que ante la Conamed una queja no cuesta, es decir, el paciente llega e interpone su inconformidad ante el funcionario correspondiente, posteriormente esta queja le es notificada al médico para que asista a la audiencia de conciliación. Por lo que al no tener costo alguno para el paciente -y al referirme al costo, quiero decir que el paciente no tendrá que contratar los servicios de algún abogado, como sí lo es por la vía civil- éste interpone la queja, cuyo fin es la obtención de dinero.

Antes de continuar con esta exposición, considero conveniente señalar que en cada estado de la República Mexicana el nombre de la comisión de arbitraje médico tiene distintos nombres, por ejemplo: en el Estado de México su nombre es Comisión de Conciliación y Arbitraje Médico CCAMEM, en el Estado de Jalisco su nombre es Comisión de Arbitraje Médico del Estado de Jalisco CAMEJAL, etcétera.

Además las audiencias de conciliación no se llevan a cabo de la misma manera en todos los lugares. Por ejemplo, en el Distrito Federal la Conamed las lleva a cabo en una misma sala, donde se encuentran presentes el abogado y el médico de la CONAMED, el paciente y el médico asistidos por sus abogados, si es que así lo hacen. Al iniciar la audiencia se le da a conocer al médico sobre lo que versa la queja para que posteriormente de una explicación al paciente y a los

⁴¹ *Idem.*

funcionarios de la CONAMED sobre su actuar médico, por lo que considero que es una manera idónea de tratar de solucionar el conflicto médico-paciente.

En cambio en la CCAMEM en el Estado de México, en la audiencia de conciliación el paciente junto con su abogado, si es el caso, se encuentra en una sala, y el médico con su abogado están en otra, por lo que al iniciar la audiencia los funcionarios de la CCAMEM señalan al médico cual es el motivo de la queja, así como la pretensión del paciente, para que posteriormente dé una explicación sobre su actuar médico. Después los funcionarios de la CCAMEM acuden a la otra sala a informar al paciente sobre la respuesta del médico y sobre su intención o no de conciliar. Una vez que el paciente da su respuesta, ésta se la hacen saber al médico. Por lo que el paciente y el médico nunca se encuentran cara a cara y los funcionarios de la CCAMEM son los intermediarios entre lo que dice uno y el otro, por lo que considero que es una pésima manera de llevar una conciliación, ya que se puede caer en el error de jugar al “teléfono descompuesto” y que no se llegue a una conciliación por la falta de contacto directo entre los involucrados.

Al acudir a la audiencia el médico, al igual que el paciente, podrá estar asistido por un abogado. Además, en dicha audiencia se encontrarán un médico y un abogado por parte de la Conamed, pero a pesar de que se creó que esta dependencia es un organismo imparcial, la realidad es otra, pues la parcialidad se deja notar y siempre será hacia el paciente por una simple razón: la Conamed debe de justificar su creación y su permanencia, ¿y cómo lo logra? la respuesta es sencilla, tratando de que se den el mayor número de conciliaciones posibles, alentando al médico para que, teniendo o no responsabilidad alguna en la queja interpuesta, llegue a un acuerdo económico con el paciente.

Sin embargo, si el médico no desea llegar a una conciliación se dejarán a salvo los derechos del paciente para que los haga valer por otra vía. Ya que una segunda opción dentro de la Conamed es que se lleve el asunto al arbitraje médico dentro de la misma dependencia para que se decida la solución al asunto, que hará las veces de cosa juzgada. Pero para que se llegue a esta situación, ambas partes deben estar de acuerdo a someterse a dicho arbitraje.

En lo particular considero que como defensa del paciente el arbitraje sería una buena opción, pero como defensa del médico no lo es, ya que se le estaría exponiendo a que ocurra una sanción hacia él, ya que cabe la opción de que el paciente al dejar a salvo los derechos, no interponga más alguna acción por otra vía.

VI.- La queja ante Profeco.

Dentro de las acciones que llegan a tomar algunos pacientes en contra de los médicos es interponer una queja ante la Procuraduría Federal del Consumidor.

Si bien la Profeco es un organismo público descentralizado de la Secretaría de Economía, cuya finalidad es servir como mediador entre los consumidores y los proveedores de algún bien o servicio, este organismo no tiene poder de coacción sobre los proveedores. Sin embargo, el abogado conciliador de Profeco sí tiene facultad para apercibir y en su caso multar a algún proveedor que sin causa justificada no se presente a una audiencia de conciliación y no presente su informe previsto en el artículo 112 de la Ley Federal de Protección al Consumidor. La multa es por la cantidad de seis mil pesos y se manda a la Secretaría de Finanzas para que ésta a su vez la ejecute. Cabe resaltar que dicha sanción nos puede dar un total de dieciocho mil pesos, si es que el proveedor no asiste a las tres audiencias de conciliación previstas en la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Así las cosas, en ocasiones los pacientes interponen queja ante Profeco en contra de algún médico, por haberles realizado algún procedimiento médico del cual no quedan satisfechos o bien incluso por considerar que hubo negligencia médica. El artículo 5º de la Ley Federal de Protección al Consumidor, reza:⁴²

ARTÍCULO 5.- Quedan exceptuadas de las disposiciones de esta ley, los servicios que se presten en virtud de una relación o contrato de trabajo, los servicios profesionales que

⁴² Ley Federal de Protección al Consumidor, p. 3, http://www.profeco.gob.mx/juridico/pdf/l_lfpc_ultimo_camDip.pdf

no sean de carácter mercantil y los servicios que presten las sociedades de información crediticia.

Pero a pesar de que se trata de un servicio profesional la queja la radican en Profeco, incluso poniendo que se trata de "productos para dama", y si el médico no asiste a las audiencias se le interponen las sanciones correspondientes.

Para anular la multa o las multas, es necesario interponer recurso de revisión ante la misma procuraduría, pero en la mayoría de los casos sólo se confirma la multa. Por lo que se requiere interponer un juicio de nulidad, aunque para interponer dicho juicio no es necesario agotar los procedimientos, es decir, no es necesario interponer antes el recurso de revisión.

Otra solución que considero es interponer una queja ante el órgano interno de control de la Procuraduría Federal del Consumidor, la queja será en contra del Jefe de Servicios de la Delegación de Profeco donde fue radicada la queja, ésta se puede interponer incluso por internet y posteriormente se citará con los medios de prueba idóneos en el órgano interno de control a fin de que se anule la queja.

Sin embargo, hay que ser muy cautelosos de como es interpuesta la queja en contra del médico, ya que en ocasiones la queja va dirigida al nombre comercial de la clínica donde se atendió el paciente, por lo que si la queja va dirigida en ese sentido, es una queja mal interpuesta, y el médico no tendrá problema alguno, ya que la queja tendrá que ir en contra de la razón social, es decir en contra de una persona moral o una persona física, pero no en contra de un nombre comercial, que en muchos casos, incluso no está registrado.

Por lo anterior, podemos darnos cuenta que quien se encuentra desfavorecido es el médico, ya que ésta no puede llegar a la Profeco a interponer una queja en contra de un paciente que se fue sin pagarle la consulta, ya que inmediatamente le sería rechazada la queja.

VII.- Tribunal de Ética Médica, Colombia.

El Tribunal de Ética Médica en Colombia se crea en el año de 1981, por lo que a diferencia de México en Colombia se ven muy adelantados a comenzar a mirar los problemas que se dan entre pacientes y médicos, ya que en México se ve dicha situación hasta el año de 1996 con la creación de la Conamed.

El Tribunal de Ética Médica surge con la ley 23 de 1981. Dicho Tribunal se encuentra dividido en dos secciones, por un lado se encuentra la primera instancia llamada Tribunal Seccional, que es competente para cada departamento de Colombia, pero tomemos en cuenta que en Colombia hay 31 departamentos, sin embargo, algunos son muy pequeños y cuentan con poca población, por lo que en algunos no hay Tribunal Seccional, y todos los asuntos que surgen en esos departamentos pasan inmediatamente al Tribunal Nacional.

El Tribunal Nacional es la segunda instancia del Tribunal de Ética Médica y tiene su sede en Bogotá, la capital de Colombia.

Tanto los Tribunales Seccionales, como el Tribunal Nacional se integran de cinco magistrados, los cuales son médicos. El requisito para formar parte como magistrado en los Tribunales Seccionales es tener una experiencia mínima de 5 años ejerciendo la medicina y para poder pertenecer al Tribunal Nacional se requiere de una experiencia mínima de 10 años como profesional de la salud.

Sin embargo, algo que salta a la vista es que estos médicos no necesariamente tienen que tener alguna especialidad, es decir, pueden ser médicos generales o bien contar con alguna especialidad.

Por lo que si se presenta un conflicto en el que se vea inmerso un problema médico del área de cardiología, podría resolverse pero por médicos generales y/o con especialidad, pero ninguno con especialidad en cardiología.

De lo anterior observamos que esto es una deficiencia para poder juzgar al profesional de la salud, ya que debería ser juzgado por un médico de su especialidad, si es el caso, que tenga un gran prestigio y honorabilidad, además de contar con los conocimientos para poder resolver sobre el problema médico de la especialidad que se trate.

Por otro lado, debemos de hacer hincapié en que el Tribunal de Ética Médica es un ente privado que administra justicia, y ni siquiera tiene alguna base constitucional, por lo que los magistrados que forman parte de la institución no reciben remuneración alguna por parte del Estado colombiano y sólo se encuentran dando dicho servicio con la finalidad de poder resolver de manera “ética” las contrariedades que se den entre el paciente y el médico.

Sanciones.

Sin embargo, a pesar de que el Tribunal de Ética Médica no es un órgano judicial, si tiene la facultad de sancionar a los profesionales de la salud que incurran en violación de normas.

Las sanciones que puede interponer son:

1. Amonestación. Que puede ser un llamado de atención. Así el artículo 48 del decreto 3380 de 1981, por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981, nos precisa “Artículo 48. La amonestación privada consiste en la reprensión privada y verbal que se le hace al infractor por la falta cometida”⁴³.
2. Censura. El artículo 49 del decreto 3380 de 1981, por el cual se reglamente la Ley 23 de 1981, indica “Artículo 49. Se entiende por censura la reprobación que se hace al infractor por la falta cometida”⁴⁴.
 - a. Censura escrita privada. El artículo 50 del mismo decreto 3380 de 1981, nos lo explica “Artículo 50. La censura escrita pero privada se hará mediante la entrega por parte del tribunal de una copia de la decisión del mismo, al infractor sancionado”⁴⁵.
 - b. Censura escrita y pública. El artículo 51 de la ley en comento, nos dice “Artículo 51. La censura escrita y pública se aplicará mediante

⁴³ Yepes Restrepo, Sergio. *La responsabilidad civil y médica*. 6ª edición, Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2004, p. 191.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Idem*.

la lectura de la decisión en sala plena del tribunal y será fijada en lugar visible de los tribunales por diez días hábiles''⁴⁶.

- c. Censura verbal y pública. El artículo 52 de la ley de la cual se habla, señala: ''La censura verbal y pública será dada a conocer al infractor, mediante la lectura de la decisión ante el colegio médico correspondiente y la fijación de la misma, en lugar visible de la sede de los tribunales por diez días hábiles''⁴⁷.
3. Suspensión. Que puede ir de 1 día hasta 5 años para que el médico ejerza su profesión.

1.- Proceso.

El proceso ante el Tribunal de Ética Médica puede ser:

1. A solicitud.
2. A oficio.

Cualquiera que sea el caso, la queja se debe interponer necesariamente acompañada de por lo menos una prueba. Esta prueba regularmente es la historia clínica, la cual a diferencia de México en Colombia el paciente sí tiene a su disposición en cualquier momento que lo requiera; cosa que en México no sucede, ya que el paciente solo puede requerir a la Institución de servicio de salud o al médico un resumen de su expediente clínico, y quien sí puede solicitar el expediente clínico completo es alguna autoridad con facultad para ello.

Aunque existen algunos tribunales especializados como el Tribunal de Ética odontológica, pero no hay tribunales especializados para cada especialidad médica.

Los Magistrados pertenecientes al Tribunal de Ética Médica ya sea Nacional o Seccional, son profesionales de la salud que tienen sus consultorios, clínicas o trabajan para una institución de salud y de ahí obtienen recursos económicos.

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Idem.*

Ya presentada la queja por escrito, el presidente ya sea del Tribunal Seccional o Nacional, designa a un magistrado investigador quien tendrá la tarea de indagar sobre los hechos motivo de la queja, para ver la posible comisión de infracción de la ley.

Éste magistrado investigador cuenta con 30 días, prorrogables por otros 30 días, si es que requiere de más tiempo, para presentar un informe ante los restantes magistrados, dentro de esos 30 o 60 días el magistrado investigador puede solicitar pruebas al médico, a la Institución de salud o al paciente para poder entregar un informe más completo.

Presentando el informe al resto del pleno de los magistrados, el pleno tendrá tres opciones, de las cuales sólo por una podrán optar:

1. Informe incompleto. El pleno puede resolver que el informe presentado por el magistrado investigador se encuentra incompleto, por lo que dará un plazo de hasta 30 días más a dicho magistrado para ampliarlo.
2. Informe completo. Cuando el pleno considera que el informe se encuentra completo, pero en el informe presentado por el magistrado investigador, éste no encuentran alguna infracción que merezca de una sanción, entonces el pleno manda a archivo dicha queja y se desestima el caso. Además, se solicita informar al quejoso de dicha resolución, informarse, más no notificarse, ya que la decisión tomada de mandarse el caso al archivo no es susceptible de recurso alguno.
3. Imputar cargos. Si el informe está completo y el magistrado investigador sí ve faltas, entonces se notifica al profesional de la salud mediante un escrito donde se señala:
 - a. Hechos cometidos.
 - b. Las normas infringidas.

Por lo que se cita al médico a descargas en donde puede ofrecer las pruebas que considera pertinentes para su defensa. Además el médico puede acudir solo o con abogado.

Por lo que considero que es una falla en dicho proceso, ya que al estar siendo juzgado el médico y al encontrarse en juego la suspensión de su permiso para ejercer la medicina, representando un detrimento en su honorabilidad y en su economía, considero que el profesional de la salud, tendría que acudir necesariamente con un abogado, ya que el anterior proceso se asemeja a la averiguación previa que en México está a cargo del agente del ministerio público, y si al médico se le requiere como probable responsable es necesario que acuda con un abogado. Por lo anterior es que estimo conveniente y necesario que en una situación como la que se está planteando, el profesional de la salud acuda acompañado de un abogado.

Posterior a las descargas, se cita a una audiencia, en donde se dará el fallo, y en donde los cinco magistrados decidirán sobre ello.

Si la condena es una suspensión superior a los seis meses, entonces, el expediente se debe enviar al Tribunal Nacional para que éste lo falle.

2.- Recursos.

Si se falla a sanción de más de seis meses por el Tribunal Seccional y se pasa al Tribunal Nacional quien falla por una suspensión de hasta cinco años, el recurso de la segunda instancia para decidir sobre la sanción, es decir, para afirmar el fallo o no, es ante el Ministerio de Salud.

Además, en cualquier caso, pero sólo sobre los fallos del Tribunal de Ética Médica y no sobre los del Ministerio de Salud, los fallos pueden apelarse por la vía civil.

Por ultimo una gran laguna sobre la ley 23 de 1981, y sobre lo concerniente a los asuntos que resuelve el Tribunal de Ética Médica, es que no existe un listado donde al el profesional de la salud y/o el paciente y/o el Tribunal de Ética Médica se les indique cuales son las fallas en que pueden incurrir, ni la sanción que corresponde o correspondería a cada una de esas faltas.

Capítulo tres.- Medios de defensa de los profesionales de la salud.

I.- La relevancia de la colegiación de los profesionales de la salud.

En nuestro país todos los profesionales, de cualquier rama tenemos el derecho de colegiarnos, sin embargo, este derecho pocas veces se hace valer.

Pero antes de continuar me gustaría diferenciar entre un profesional y un profesionista, ya que en la ley se manejan ambas palabras, por lo que en muchos países de habla hispana ser profesional es también ser profesionista; sin embargo, en México se utiliza profesionista para referirse sobre todo a aquella persona que curso la Universidad y que tiene un título universitario, en cambio ser profesional, no necesariamente se cuenta con título universitario, pero sí se es experto en cierta rama del conocimiento, en cierta disciplina o en algún arte.

Los médicos al ser una profesión y la única a la que se le dedica un capitulo especial en el código penal de la mayoría de los estados de la República Mexicana, es muy importante que se alleguen del mayor número de elementos posibles para hacer frente a los problemas legales de los que son presa.

Pero ¿cuáles son los propósitos del colegio? El artículo 50 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, nos indica cuales son las funciones de constituirse en colegio de profesionistas, así la fracción b señala "b).- Promover la expedición de leyes, reglamentos y sus reformas, relativos al ejercicio profesional"⁴⁸, la anterior fracción es de las más importantes, ya que faculta de poder a los médicos para la creación y modificación de leyes en su beneficio, pero quiero hacer hincapié en que este tipo de patrocinios sólo se adquieren cuando los médicos se asocian y no cuando actúan de manera individual.

⁴⁸ Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, Relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, http://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/f74e29b1-4965-4454-b31a-9575a302e5dd/ley_reglam_art5_ejerc_prof_df.htm

Por su parte la fracción e nos dice "e).- Proponer los aranceles profesionales"⁴⁹, de lo anterior se desprende que otra de las ventajas que ofrece el asociarse en un colegio de profesionistas es que los médicos tasan el valor de su trabajo y que no sean las aseguradoras las que lo hagan, por eso es que se requiere que el gremio médico se concientice y haga valer este derecho, ya que ellos más que nadie saben cuál es el valor de su trabajo y cuánto les costó (no económicamente) el obtener un título de médico general o mejor aún, de médico especialista.

El inciso f del mismo artículo anota "f).- Servir de árbitro en los conflictos entre profesionales o entre éstos y sus clientes, cuando acuerden someterse los mismos a dicho arbitraje"⁵⁰, de lo anterior podemos notar que es de suma importancia que los profesionales de la salud se colegien, ya que de esta manera al encontrarse alguno de sus colegas en un conflicto legal, es menos probable que se cometa una injusticia hacia él, al ser árbitro un médico especialista en el área de la que se tiene el conflicto, esto también se relaciona con el inciso h que señala "h).- Prestar la más amplia colaboración al poder público como cuerpos consultores"⁵¹.

Por otra parte el inciso k nos dice "k).- Colaborar en la elaboración de los planes de estudios profesionales"⁵², por lo que al constituirse en un colegio médico de profesionistas, tienen la responsabilidad, pero también el honor de colaborar en mejoras en la educación de los futuros médicos y poder resarcir aquellas cuestiones que ellos cuando fueron estudiantes de medicina encontraron como obstáculos o debilidades en sus planes de estudios.

Por su parte el inciso p a la letra dice "p).- Velar porque los puestos públicos en que se requieren conocimientos propios de determinada profesión estén desempeñados por los técnicos respectivos con título legalmente expedido

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Idem.*

y debidamente registrado⁵³, el anterior inciso nos señala claramente que entre las funciones de ser un colegio se encuentra que todos los médicos cuenten con las mismas oportunidades para poder ascender a puestos directivos dentro de los hospitales que laboren, ya que sobre todo en las instituciones de salud pública se dan constantemente situaciones en las que los médicos a los que se les da la oportunidad de ocupar estos puestos son los "recomendados" de algún director del hospital; otra vertiente que tiene este artículo es el hecho de que muchos médicos que se encuentran laborando en instituciones públicas o privadas no cuentan con título profesional que los avale, por lo que esto es un delito.

1.- Requisitos para constituirse como Colegio de Profesionistas.

Los requisitos para poder obtener el registro ante la Dirección General de Profesiones como Colegio de Profesionistas, se encuentran estipulados en el artículo 45 de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, que dice:⁵⁴

ARTÍCULO 45.- Parra constituir y obtener el registro del Colegio Profesional respectivo, deberán reunirse los siguientes requisitos:

I.- Tener cien socios como mínimo los que se constituyan en el Distrito Federal. Para estimar debidamente el número no se tomarán en cuenta los nombres de las personas que figuren como socios activos en un Colegio ya registrado, a menos que se demuestre que han dejado de tener tal carácter.

Si el Colegio de Profesionistas radica en alguno de los Territorios Federales, el mínimo será de quince miembros ahí domiciliados; cuando se trate de una profesión nueva o no hubiere el número de profesionistas requerido, la Dirección General de Profesiones autorizará discrecionalmente, la constitución del Colegio.

II.- Que se reúnan los requisitos de los artículos 2670, 2671 y 2673 del Código Civil vigente;

III.- Ajustarse a los términos de las demás disposiciones contenidas en el título decimoprimer del Código Civil en lo relativo a los Colegios; y

IV.- Para los efectos del registro del Colegio deberán exhibirse los siguientes documentos:

a).- Testimonio de la escritura pública de protocolización de acta constitutiva y de los estatutos que rijan, así como una copia simple de ambos documentos;

b) Un directorio de sus miembros; y

c) Nómina de socios que integran el Consejo Directivo.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ *Idem.*

De lo anterior se desprende que uno de los requisitos para poder constituirse como colegio de profesionistas es que existan como mínimo 100 socios que tendrán que exhibir su cédula profesional para que sea cotejada por la Dirección General de Profesiones, por lo que si el número de socios es menor no podrán constituirse como colegio en el Distrito Federal, el número de socios se da tomando en cuenta el territorio y la población en que habitan, por lo que al ser el Distrito Federal una de las ciudades más pobladas del mundo, se ha estipulado esta cifra como mínimo para poder constituirse en colegio médico.

Por lo que existe una tesis aislada que nos habla sobre el tema:

[TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, Septiembre de 2000; Pág. 15. **COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. LOS ARTÍCULOS 44 Y 45, FRACCIÓN I, DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 50. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL, AL CONDICIONAR SU REGISTRO AL CUMPLIMIENTO DE CIERTOS REQUISITOS, NO TRANSGREDEN LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN.**

De conformidad con el criterio sustentado por el Pleno de este Alto Tribunal en la jurisprudencia P./J. 28/95, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, octubre de 1995, página 5, la libertad de asociación que como garantía individual consagra el artículo 9o. de la Constitución Federal, implica el derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente; el derecho a permanecer en una asociación o renunciar a ella y el derecho a no asociarse. En congruencia con lo anterior, es posible afirmar que el artículo 44 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal que establece que todos los profesionistas de una misma rama podrán constituir en el Distrito Federal uno o varios colegios, sin que excedan de cinco por cada rama profesional, y el diverso artículo 45, fracción I, de la propia ley que prevé que para constituir y obtener el registro de un colegio de profesionistas en dicha entidad, deberán tener cien socios como mínimo, no transgreden la citada garantía constitucional. Ello es así, porque los referidos preceptos no impiden la incorporación de los particulares a una sociedad ya existente, ni la creación de una nueva, ni tampoco que elijan no pertenecer a ninguna, sino que se limitan a reglamentar ciertas modalidades que deben observarse para obtener el registro como colegio de profesionistas, a fin de salvaguardar los intereses colectivos que se persiguen con su establecimiento. Además, el hecho de que el legislador ordinario en el precepto citado en último término haya establecido el mínimo de cien miembros que deban reunirse para obtener el registro de una asociación como colegio de profesionistas, lejos de vulnerar la libertad de asociación, la fortalece, pues con este requisito sólo se pretendió que se creara un ente colectivo permanente, con

representatividad suficiente de la profesión que agremia y con fuerza para defender sus intereses, respetando así la naturaleza del derecho de colegiación profesional.

PLENO. Amparo en revisión 295/99. Colegio Mexicano de Licenciados en Administración, A.C. 8 de mayo de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Ángel Ramírez González.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy cinco de septiembre en curso, aprobó, con el número CXXXV/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a cinco de septiembre de dos mil.

Nota: La tesis P./J. 28/95 citada, tiene como rubro: "CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA. EL ARTÍCULO 5o. DE LA LEY DE LA MATERIA VIOLA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 9o. CONSTITUCIONAL."

2.- Fundamentación.

La fundamentación legal para constituirse como colegio de profesionistas, se encuentra establecida en el artículo 44 de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal; sin embargo, ésta ley sólo aplica para el Distrito Federal, por lo que en cada estado de la república nos encontraremos con la ley respectiva que hable sobre el ejercicio de las profesiones, así por ejemplo en Jalisco tenemos la Ley para el Ejercicio de las Profesiones del Estado de Jalisco.

El artículo 44 de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal nos menciona lo siguiente:⁵⁵

ARTÍCULO 44.- Todos los profesionales de una misma rama podrán constituir en el Distrito Federal uno o varios colegios, sin que excedan de cinco por cada rama profesional, gobernados por un consejo compuesto por un presidente, un vicepresidente, dos secretarios propietarios y dos suplentes, un tesorero y un subtesorero, que durarán dos años en el ejercicio de su encargo.

De lo anterior se desprende que en el Distrito Federal si ya existen cinco colegios de profesionistas de médico generales, por ejemplo, entonces se ve

⁵⁵ *Idem.*

coartado el derecho de los demás médicos que no se encuentren dentro de alguno de estos colegios, pero que quieran formar otro.

Tomando de ejemplo al estado de Tamaulipas, ahí el artículo 47 de la Ley del Ejercicio Profesional en el Estado de Tamaulipas, a la letra dice.⁵⁶

ARTICULO 47.- En los municipios del Estado podrá existir cuando menos, un Colegio por cada profesión reconocida en esta Ley, pero no habrá más de dos de la misma rama; el Departamento informará a los interesados que así lo soliciten, en forma razonada y fundada según las condiciones objetivas del caso, la posibilidad de constituir o no nuevos colegios en la Entidad, sin que nunca pueda excederse del número señalado en este artículo.

Por lo anterior nos damos cuenta que en el estado de Tamaulipas, se acota a dos colegios de profesionistas por cada municipio, por lo que tomando el mismo ejemplo de crear un colegio de médicos generales, si en un municipio de Tamaulipas ya existieran dos de ellos, entonces sería negado.

De lo anterior podemos notar que a todas luces se ve restringido nuestro derecho de asociación establecido en nuestra Carta Magna, pero entonces ¿qué hacer cuándo nos encontremos ante esta situación? ¿Tendremos que buscar otro estado de la República Mexicana para constituirnos en colegio y para hacer valer nuestros derechos como colegiados, cuando en nuestra localidad ya no haya cupo para uno nuevo? La respuesta es NO en lo absoluto, se debe hacer valer nuestro derecho.

¿Pero de qué forma? Procede un amparo indirecto por violar la garantía de igualdad, en relación con las libertades de trabajo y asociación contenidas en los artículos 1º, 5º y 9º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dicen:⁵⁷

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección,

⁵⁶Ley del Ejercicio Profesional en el Estado de Tamaulipas, p.15, <http://docs.mexico.justia.com.s3.amazonaws.com/estatales/tamaulipas/ley-del-ejercicio-profesional-en-el-estado-de-tamaulipas.pdf>

⁵⁷Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta constitución establece.

Artículo 5o. 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 se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, 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.

Artículo 9o. No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la república podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada, tiene derecho de deliberar.

No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto, a una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee.

Pero lo anterior también tiene relación con la exposición de motivos de 1945, ya que el legislador en aquel momento no fundamenta, ni motiva el hecho de que sean únicamente cinco colegios de profesionistas por cada rama, es decir, el legislador deja ambiguo este tema.

De la exposición de motivos del artículo 44 de la Ley reglamentaria del Artículo 5º Constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, se advierte que en el anteproyecto de ley relativo fue identificado con el numeral 48, cuyo contenido se propuso en los siguientes términos:⁵⁸

Artículo 48.- Todos los profesionales de una misma rama podrán constituir en el Distrito y Territorios Federales, uno o varios colegios, gobernados por un consejo compuesto de

⁵⁸ Legislatura XXXIX - Año I - Período Ordinario - Fecha 19431223 - Número de Diario 33 (L39A1P1oN033F19431223.xml) Núm. Diario:33 ENCABEZADO MÉXICO, D. F. JUEVES 23 DE DICIEMBRE DE 1943 DIARIO DE LOS DEBATES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Registrado como artículo de 2a. clase en la Administración Local de Correos, el 21 de septiembre de 1921. AÑO I.- PERÍODO ORDINARIO XXXIX LEGISLATURA TOMO I.- NÚMERO 33. SESIÓN DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS EFECTUADA EL DÍA 23 DE DICIEMBRE DE 1943, <http://cronica.diputados.gob.mx/DDebate/39/1er/Ord/19431223.html>

un presidente, un vicepresidente, dos secretarios propietarios y dos suplentes, un tesorero y un subtesorero, que durarán dos años en el ejercicio de su encargo.

El consejo será electo por mayoría mediante voto individual escrito y público que cada profesionista emitirá desde el lugar en que se encuentra por envío postal certificado, con acuso de recibo a la sede del colegio.

Las asociaciones se denominarán: "Colegio de...", indicándose la profesión que corresponda. Cada colegio tendrá secciones locales regidas en igual forma que la anterior.

Todo profesionista, cumpliendo con los requisitos que exijan los reglamentos respectivos, tendrá derecho para formar parte del colegio de profesionistas.

Lo anterior se analizó en la Cámara de Diputados el 23 de diciembre de 1943, de cuyo Diario de Debates se puede ver lo siguiente:⁵⁹

Está a discusión el artículo 48.

El C. Presidente: Se abre el registro de oradores.

Están inscritos los ciudadanos diputados Moctezuma, Moreno Sánchez, Aguilar y Maya y Murillo Vidal.

Se concede la palabra al ciudadano diputado Fernando Moctezuma.

El C. Moctezuma Fernando: Para hacer una interpelación a la Comisión. ¿Cómo se van a distinguir los varios colegios que se van a constituir en cada localidad?

El C. Serra Rojas Andrés: Eso depende de la Dirección de Profesiones, que puede emplear nombres, títulos o cualquier otro medio. Es una enumeración nada más y de reglamentación administrativa.

El C. Presidente: Tiene la palabra el ciudadano licenciado Moreno Sánchez.

El C. Moreno Sánchez Manuel: Señores diputados: yo considero que este es el último problema fundamental que queda por discutir en esta ley; y es fundamental e importante, porque se refiere nada menos que a la forma en que han de agruparse los profesionistas.

Como ustedes han podido percatarse, como la comisión acertadamente lo dice, los tres o cuatro grandes problemas del ejercicio profesional, han suscitado un debate a su tiempo, que ha sido amplio y en donde ha quedado claramente consignada la voluntad del legislador:

Cuando se determinaron las profesiones que requerían título para su ejercicio; cuando se determinaron las condiciones que deben llenarse para obtener los títulos; cuando se determinó lo que es el ejercicio profesional; ahora se va a determinar la forma de

⁵⁹ *Idem.*

asociación de los profesionistas, en realidad se plantea otro de los problemas importantes. A este respecto, a través de la formación de las tendencias que hoy vienen a vaciarse en el proyecto, ha habido dos posiciones fundamentales: los profesionistas desde 1931, en 1935, en 1938 y con ocasión de todas las veces que se ha discutido este asunto, siempre se han colocado respecto a la asociación, en cualquiera de estas dos posiciones: o bien que la asociación sea libre y potestativa, como lo quiere la comisión, o bien que la asociación sea forzosa, automática y unitaria.

Las razones que se dan para esta segunda posición, que es la que vengo a defender, son muchas; pero las voy a exponer con toda brevedad: Este artículo establece que los profesionistas podrán asociarse en colegios, estableciendo en segundo lugar que pueden constituir uno o varios colegios. En mi concepto, debe pedirse, por las razones que voy a exponer, que la asociación profesional para el ejercicio debe ser forzosa; y entonces debe redactarse el artículo diciendo:

"Los profesionistas de cada rama deberán"; y en segundo lugar, que sea unitaria la asociación, es decir, que no formen varios colegios sino uno solo, los profesionistas de cada rama.

El C. Víctor Alfonso Maldonado: La palabra "deberán" casi tiene la misma acepción que "podrán". Interpretando lo que quiere decir el compañero Moreno Sánchez, quiero consultarle si no queda más claro "debe", que es más preciso.

El C. Moreno Sánchez Manuel: Evidentemente la diferencia proviene de la distinción que hay entre los verbos "poder" y "deber". Mientras que "poder" implica una potestad, "deber", en cualquiera de sus formas en que se conjugue, implica una obligación. Por eso estoy porque debe decirse "debe", o "deberán"; pero siempre usando una palabra que se derive del verbo deber. Las razones son las siguientes:

Primeramente, voy a exponer razones que se derivan del proyecto mismo. ¿Que persigue este proyecto de ley? Ya lo dijimos desde un principio: defender a la sociedad. ¿Y cómo vamos a defender a la sociedad, estableciendo una agremiación libre de los profesionistas? ¿Quién nos dice que con 100 socios, que muy bien pueden ser 100 amigos, no se constituya un colegio para que unos a otros se solapen en el mal ejercicio profesional? ¿Quién nos dice que el tribunal de honor, que dentro de un colegio debe organizarse siempre, la defensa ética de un profesionista no queda en manos de amigos, que son los 100 socios, y echen por tierra la defensa ética de una profesión? Pero es más: la propia redacción de los artículos siguientes establece que los colegios vienen a ser colaboradores del poder público, y vienen a tener una suerte de intervención en la administración pública, que se conoce en derecho con el nombre técnico de administración descentralizada por colaboración.

Administración descentralizada por colaboración la ejecutan organismos integrados por particulares que, sin embargo, colaboran con el Estado en el desarrollo de determinados actos que son, por su naturaleza, actos de administración pública.

Veamos qué facultades tienen en el proyecto los colegios: vigilancia del ejercicio profesional. ¿A quién corresponde vigilar los actos de los particulares? Evidentemente a la administración pública. Ya aprobamos un artículo en que se dice que la Dirección General de Profesiones vigilará el ejercicio de las profesiones; luego vigilar el ejercicio de una profesión es una función del Estado que los colegios vienen a cumplir también por colaboración con el mismo. Son, pues, corporaciones que cumplen este servicio público social en forma tal, que ayudan al Estado a realizar sus fines. Al decir "promover leyes", quizá quiso decir la comisión "iniciar leyes"; pero aunque no haya querido decirlo, promover leyes que interesan al ejercicio profesional es evidentemente algo que está muy cerca de la función específica del Estado.

Después, la fracción C dice: "Auxiliar a la administración pública con capacidad para promover lo conducente a la moralización de la misma".

Dice además la fracción D: "Denunciar los actos de determinada naturaleza que sean adversos al ejercicio profesional".

Dice el F: "Servir de árbitro entre profesionales o entre éstos y sus clientes".

Administrar justicia ¿acaso no es una función pública? Y aunque una agrupación particular pueda servir de árbitro, ¿no está colaborando con el Estado en la realización de una función esencialmente administrativa o jurisdiccional? Evidentemente que sí.

También en este caso cumplen funciones del Estado. Dice: "fomentar la cultura de los socios". Fomentar la cultura en todos los aspectos, es también una de las obligaciones del Estado, aunque si bien es cierto, cuando se refiere exclusivamente a los socios, pudiera ser una cuestión privada; pero dice "en el país", dice "en el extranjero"; establece posibilidades amplias del fomento de la cultura, que en este caso del fomento de la cultura lo identifica con una función administrativa de las que están encomendadas al Estado.

El inciso k) dice: "Colaborar en la elaboración de los planes de estudios profesionales". ¿Quién hace estos planes de estudios si no los órganos del Estado o aquellos a los que el Estado ha dado facultades para que colaboren, como en el caso de la Secretaría de Educación Pública o de la Universidad Nacional Autónoma de México? Elaborar los planes de estudios es una función de carácter administrativa que tiene íntima relación con la educación del país.

Luego, se dice en otra de las fracciones, "velar porque los puestos públicos se encuentren desempeñados por personas capaces; "velar", porque esas personas van a desempeñar actividades que también son de colaboración con el Estado.

Y ahora, después de que creo que he demostrado que los colegios de profesionistas tienen funciones de colaboración administrativa con el Estado, quiero que se me diga si es posible que con cualquier número de profesionistas, digamos, con cien socios, se puedan tener tantos colegios como ello sea posible. En México, en el Distrito Federal, ejercen más de cinco mil médicos, y quiero que se me conteste cuántos divididos por cien resultarían los colegios, y quién va a controlar la actividad de esos cinco mil médicos que ejercen en el Distrito Federal y quién va a realizar todas estas funciones con propiedad.

Son funciones de tal carácter que implican necesariamente una rigidez en la ley. Así pues, unos profesionistas se asocian, otros quedan libres; los que se asocian cumplen con las funciones de colaboración con el Estado y los que no se asocian siguen viviendo una vida anárquica y absurda fundada en un liberalismo que no tiene razón de ser.

Esta ley nos ha ido aclarando muchos conceptos. Aquí ha oído decir a muchos de los compañeros diputados, que me consta que no tienen ideología retrasada, que el libre ejercicio de las profesiones, que la libre competencia de las profesiones resulta siempre mejor. Es simplemente la vieja postura del liberalismo que dice que la libre competencia en el comercio da siempre el mejor resultado; que la libre competencia de las ideas da siempre el mejor resultado. No es exacto. En estos aspectos, nosotros que hemos venido luchando con la clase profesional por una ley de esta naturaleza, somos profundamente antiliberales. Nosotros no queremos que sigan las mal llamadas profesiones liberales en México en una anarquía. Al contrario, hemos fijado a veces cosas duras para los profesionistas, porque pensamos que de la ideología liberal quedan siempre sentados tres, cuatro o cinco grandes principios que no pueden ser rebatidos; pero también una serie de principios accesorios o secundarios que hace mucho tiempo que la sociedad los ha desechado y uno de ellos evidentemente es éste: creer que el profesionista libre, o en medio de la competencia, en medio siempre del mercado libre de las profesiones, pueden llegar a cumplir con su deber. Esto no es exacto. El profesionista necesita siempre, como fundamento de su actividad, estar profundamente ligado a sus compañeros; necesita pertenecer a un colegio, a uno solo; quizás aceptaría yo a distintos colegios, pero siempre que se aumentara el número de socios para que dichos colegios fueran los menos posibles, pero nunca la agremiación potestativa, porque ésta viene a dejar sin base este proyecto de ley, porque viene a hacer imposible la vigilancia ética de las profesiones que es el aspecto más importante de ellas, porque la vigilancia penal ya existe, puesto que cuando se cometen delitos el Ministerio Público siempre puede actuar, porque la responsabilidad civil existe en las disposiciones del Código Civil; ¿pero dónde existe la vigilancia moral, dónde el juicio de calificación ética de las profesiones? Todo ello no existiría y no existirá si cada 100 socios forman un colegio y estos 100 socios han de decidir de la calificación ética y de la publicidad que hagan los

profesionistas. Supongan que 100 socios adoptan unas líneas de publicidad y otros 100, otras, esto sería volver a la anarquía, es cierto que no a la anarquía de 5 mil, pero a la anarquía de un pequeño número que también viene a traer una gran confusión. Yo conozco las objeciones que se me van a hacer: usted quiere algo inconstitucional. Pero no es exacto, señores diputados, lean ustedes el artículo 4o. constitucional y con toda claridad allí encontrarán que la Constitución establece dos acepciones de la palabra "título" profesional. Establece la posibilidad de que las autoridades expidan un título. Debe entenderse que a veces, se toma la palabra "autoridad" en sentido estricto, como aquella que tiene poder de mando y decisión en representación del Estado. A veces "autoridad" lo es en sentido pedagógico, la que tienen facultades para certificar los estudios realizados. Hemos pedido los profesionistas, en varias ocasiones, que se declare que "título" quiere decir dos cosas: por una parte, quiere decir el título académico que un individuo obtiene cuando termina sus estudios, y por otra parte, quiere decir el título administrativo, la autorización gubernativa que se da para que una persona pueda ejercer una profesión. No es cierto que sea la misma cosa. Esta ley está demostrando que son distintas. Hemos estado diciendo que las escuelas son las únicas capacitadas para expedir títulos profesionales y estamos entonces dándole a la palabra "título" la connotación de título académico. ¿Entonces la autoridad del Estado no puede expedir títulos? Sí, señores; la autoridad del Estado puede expedir títulos desde el momento en que existiendo el título, lo registra y otorga una patente de ejercicio profesional, como se dice, para que se le dé un certificado que haga veces de patente en el ejercicio profesional. ¿Qué es patente? Patente es la licencia del Estado para que se realicen determinadas cosas. De manera que desde ese punto de vista, título quiere decir: patente administrativa para ejercer. Por tanto, el artículo 4o. no se lesiona cuando la asociación forzosa viene a ser sólo una de las condiciones para expedir el título profesional tomado en el sentido de patente administrativa. Se cumple claramente con el artículo 4o. cuando expresa que una ley determinará las condiciones que se requieren para que un individuo pueda recibir un título profesional.

En este caso, señores diputados, existe clara y terminantemente señalado cuál es el camino que tenemos que seguir. No existe el reparo constitucional, señores diputados. Yo en otro tiempo, en asambleas de profesionistas, se ha estudiado esta cuestión más detenidamente y he llegado al convencimiento de personas que saben mucho más derecho que nosotros, que la palabra "título" tiene dos sentidos, y estos dos sentidos, son: el título académico y la patente administrativa. Ya sentamos cuáles son las condiciones que se requieren para recibir el título académico, pero falta sentar las condiciones que se requieren para expedir el título administrativo, que es una patente para el ejercicio profesional, como lo dice la ley en otro artículo, que es aquel documento según el cual se da autorización para que el profesionista pueda ejercer. En efecto,

¿todo profesionalista, por el hecho de qué se recibe, debe pertenecer a la agrupación? No; ésta sería la agrupación automática si desde el momento en que un abogado, un médico se recibieran, pasaran a formar parte de la asociación; pero no se trata de esto. Sencillamente, si no ejerce no forma parte de una asociación, puesto que son asociaciones para el ejercicio profesional. Si he recibido un título en la escuela y no quiero ejercer, me voy a mi casa, no registro mi título y no pertenezco a ninguna asociación. Pero si quiero ejercer y vivir de mi profesión, entonces tengo que registrar mi título, pedir mi patente al Estado y asociarme a los demás profesionalistas para que sea posible que se realice la vigilancia del ejercicio profesional.

En España y en Estados Unidos de Norteamérica los profesionalistas deben, en algunos casos, registrarse forzosamente para poder hacer uso del derecho de ejercer la profesión. Las barras de abogados que existen o existían en España tenían esta significación porque eran órganos de colaboración con el Estado.

Yo suplico atentamente a la comisión escuche mi razonamiento. Creo que ella no tiene más reparo que hacer, que la cuestión del artículo 4o. constitucional; pero contra lo que ella diga y después de la interpretación que hago del artículo 4o. -y suplico que no se coloque en el terreno de liberalismo rancio, porque lo hemos rechazado- queremos una norma absolutamente clara para poder vivir dentro de la sociedad ya que tiene casi toda su vida reglamentada; y queremos, por último, que asuma su responsabilidad y respete el sentimiento unánime de los profesionalistas de la República que, reunidos en 1938 en la Universidad Nacional, emitieron un proyecto en el cual la asociación era forzosa. Pero todavía por las dificultades que pudieran presentarse, diría que no sea unitaria esa asociación, pero sí tengo que defender el pensamiento y declarar que mi pretensión consiste en que la agregación de los profesionalistas sea obligatoria.(Aplausos).

El C. Murillo Vidal: Yo casi no tengo nada que agregar a lo dicho por el compañero Moreno Sánchez, en virtud de que a esta tribuna venía a sustentar que fuera obligatoria la asociación de profesionalistas; pero difiero en el fondo de lo que dijo el compañero Moreno Sánchez, respecto a que sea unitaria la asociación de estos colegios, ya que por razones de orden personal y de ideología, a veces muy profunda, no podrían agruparse personas que pensarán de distinto modo o tuvieran intereses encontrados. Por eso no creo que la asociación de profesionalistas deba ser unitaria. Tenemos un ejemplo vivo en la asociación de los trabajadores que persiguen un mismo fin, y sin embargo, a pesar de los propósitos de la Revolución y del gobierno, no se han podido constituir en una central única.

Pero en virtud de que el compañero Moreno Sánchez estuvo al final de acuerdo por razones que no nos expresó; pero que las adivinamos, con que no fuera precisamente unitaria la constitución de los colegios de profesionalistas, yo solamente pido a la comisión, que, aceptando la variedad de los colegios, nos precise la relación que debe tener este

artículo con el 24, puesto que de acuerdo con el artículo 24 constitucional, se señala la forma de integrar las comisiones técnicas que van a depender de la Dirección General de Profesiones. Que nos diga la comisión en qué forma van a designar sus delegados, cuando sean diversos los colegios de profesionistas, porque en el artículo 24 la comisión está suponiendo que existe solamente un colegio; pero si aceptamos lo dicho por la comisión en el artículo 48, tenemos que buscar la forma precisa y clara en que se habrán de integrar esas comisiones cuando sean diversos los colegios de profesionistas.

El C. Presidente: Se concede la palabra al ciudadano diputado Madraza Basauri.

El C. Madraza Basauri Luis: El aspecto que plantea el compañero Murillo Vidal, es de reglamentación de la ley. Cuando existan varios colegios de profesionista de una misma rama profesional, éstos se reúnen y elegirán entre sí un representante que concurra a la Comisión Técnica relativa de la Dirección General de Profesiones.

El C. Murillo Vidal Rafael: Yo creo que sería mejor y más claro que se dijera en la ley y no dejarlo en el reglamento.

El C. Madraza Basauri Luis: Está bien.

El C. Presidente: Aceptada por la comisión la proposición del licenciado Murillo Vidal, se va a proceder a preguntar a la asamblea si está suficientemente discutido. Se concede el uso de la palabra al licenciado Serra Rojas.

El C. Serra Rojas Andrés: Compañeros diputados: voy a ser muy breve en esta exposición. Ustedes recordarán que en el anteproyecto que se sometió a la consideración de la opinión pública del país, existía un precepto que establecía la asociación obligatoria. Pues bien, casi el 95 por ciento de las opiniones que se enviaron, y que fueron quizás en un número no menor de mil quinientas, fueron en el sentido de que era anticonstitucional el tratar de obligar a los profesionistas a formar parte de una sola asociación y esto en forma obligatoria. Entre los argumentos que más nos impresionaron, estuvo precisamente uno de carácter constitucional y otro carácter doctrinal en su aspecto genérico.

Ustedes saben que el artículo 9o. de la Constitución establece el derecho de asociación y este derecho de asociación sigue respondiendo dentro de la estructura de nuestra Constitución, al viejo criterio liberal. ¿Por qué motivo? Sencillamente porque la Constitución ha tomado como base muchos de los preceptos de la Constitución de 57 y los ha repetido en forma textual, siendo estos preceptos una repetición de los principios de la vieja escuela liberal.

A mí no me arredra que se diga que ese precepto de ese artículo 48 y siguientes corresponden a una tendencia liberal, porque en honor a la verdad estamos reglamentando un principio constitucional derivado de una tendencia liberal.

Pero luego vino la segunda objeción, también para nosotros impresionante: todos aquellos países totalitarios que han reglamentado la materia de las profesiones, son, justamente, los que más han abusado de la asociación obligatoria.

Si esta ley es una novedad dentro de nuestro medio jurídico, nosotros no debemos recurrir a posturas exóticas contrarias a nuestra manera de ser.

Por consiguiente es indispensable establecer dentro de la ley la posibilidad de su cumplimiento y, sobre todo, que este cumplimiento responda a una tendencia general. Se pidió la opinión pública del país y éste, en forma muy brillante, respondió. En consecuencia, las normas jurídicas más perfectas son aquellas que, además de su plena validez como normas de conducta, responden también a los ideales y a los propósitos de un país; y en este caso nosotros seguimos la vieja tradición de nuestro país que sigue todavía en gran parte amando algunas de nuestras viejas instituciones liberales y que tampoco ha cerrado los ojos al advenimiento de las nuevas instituciones políticas sociales y económicas, y poco a poco, dentro de la estructura de la Constitución, particularmente en los artículos 27 y 123, ha dado margen a una tendencia nueva, en tendencia estatista que no es el momento de revisar en lo que tiene de antagonismo con la estructura que establecía la Constitución de 57, pero que a la postre será objeto de una meditación cuidadosa por parte de las legislaturas subsecuentes.

Nosotros sí estimamos pertinente la objeción de que el número de colegios debe limitarse; y hacemos la reforma limitándolo a cinco, pero este es un problema totalmente diferente al que se ha venido a plantear en esta tribuna.

El C. Moreno Sánchez Manuel: Pido la palabra para una interpelación al señor licenciado Serra Rojas.

El C. Presidente: Tiene usted la palabra.

El C. Moreno Sánchez Manuel: Señor licenciado: yo presenté un argumento a usted, que no se ha servido contestar, y, por tanto, ya fuera de debate, simplemente quiero que me conteste hechos.

El artículo 4o. dice: "La ley determinará cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deben llenarse para obtener el título, las autoridades que han de expedirlo. Yo le suplico a usted que me conteste esto: las escuelas que hasta ahora hemos dejado que expidan títulos académicos, ¿son autoridades en el sentido que tiene la palabra autoridad estrictamente hablando, que es un órgano del Estado con poder de decisión?"

El C. Serra Rojas Andrés: Debe hacerse una distinción, y esta distinción gira alrededor del concepto de autoridad. Las autoridades son aquellas que a nombre del Estado ejercen una función pública. En una jurisprudencia de la Corte, que viene a mi memoria en estos momentos, recuerdo que había grandes dificultades para señalar cuándo debía entenderse por autoridad para los efectos del artículo 103 de la Constitución para la

procedencia del juicio de garantías; y entonces hubo necesidad de hacer extensivo este concepto de "autoridad" a cualquiera que detentara la fuerza pública. Con esto se daba una interpretación nueva al concepto de autoridad.

Por lo tanto, este es justamente el criterio que ha seguido la comisión. Más aún, yo quiero analizar en forma detallada los argumentos y la interpelación del compañero Sánchez.

Dice el artículo 4o.: "Una ley determinará las profesiones que necesitan título para su ejercicio". Entiendo que dentro de este concepto, no puede quedar incluida ninguna obligación, para los profesionistas, de asociarse. Segundo, las condiciones que deben llenarse para expedirlo, para expedir el título. Tenga usted la bondad de leer.

El C. Moreno Sánchez Manuel: Para obtenerlo.

El C. Serra Rojas Andrés: Para obtenerlo. En consecuencia, la interpretación legal de ese precepto es en el sentido de que ni para registrarlo ni para ejercer sino para obtener el título, se requiere asociarse; significa las condiciones educativas necesarias que deben llenarse para obtener el título, pero no dice para "ejercer la profesión" ni tampoco para que el Estado registre la profesión.

Tercero: "Las autoridades que han de expedirlo". El señalar específicamente las autoridades que han de expedir el título no significa en manera alguna una obligación para el Estado de constreñir a los profesionistas a que se asocien, ni literalmente interpretando ese artículo encuentro que pueda derivarse una argumentación en ese sentido; por el contrario, sí encuentro en la Constitución claramente establecido el derecho de libre asociación.

El C. Moreno Sánchez Manuel: Insisto, simplemente como eco de la interpelación. La palabra "título", evidentemente, tiene dos sentidos: título académico y título administrativo, como ya dije. La ley utiliza el término título que sirve para el ejercicio profesional. Una licencia es un título, como lo es una patente; una autorización del Estado es también un título, como una concesión minera se establece mediante un título que se concede.

Por tanto, el licenciado Serra Rojas evade el problema, simplemente porque no quiere responder con claridad a que una de las condiciones que puede fijar la ley, para obtener el título, es la asociación forzosa de los profesionistas.

El C. secretario Borunda: Se pregunta a la Asamblea si con las objeciones hechas por el diputado Moctezuma y por el diputado Murillo Vidal se considera suficientemente discutido este artículo. Los que estén por la afirmativa, sírvanse manifestarlo. Se considera suficientemente discutido. Se reserva para su votación nominal.

De la discusión anterior se fijó que el precepto se encontraba ya lo suficientemente discutido y fue prácticamente la única que se dio sobre el número de colegios permitidos pasando posteriormente a discutir otros temas, por lo que esta discusión dio origen a que se modificara el entonces artículo 48 del anteproyecto presentado por la comisión y ahora sería el artículo 44, que sigue manteniendo dicho numeral hasta el día de hoy.

De la discusión transcrita podemos notar que se vieron marcadas dos posiciones, por un lado el diputado Manuel Moreno Sánchez señala que la asociación debía ser forzosa, automática y unitaria; quien fue apoyado por el diputado Murillo Vidal quien, estando de acuerdo con que la colegiación debía de ser obligatoria, sin embargo, éste vio algunos inconvenientes de que fuera unitaria.

La otra postura en dicha discusión la toma el diputado Andrés Serra Rojas, quien puntualizó que sería pertinente que el número de colegios debía de limitarse, indicando que cinco sería el número pertinente, además de considerar que la colegiación no tendría que ser obligatoria.

Posteriormente el 24 de diciembre del año 1943, en la Cámara de Diputados se procedió a la votación nominal, en donde se aprobó por unanimidad al artículo 44 de la ley en comento.

Cuyo texto final del artículo 44 de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, que en aquel momento se denominaba ‘‘Ley Reglamentaria de los Artículos 4º y 5º Constitucionales, Relativos al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito y Territorios Federales’’, el cual fue publicado el veintiséis de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco en el Diario Oficial de la Federación y que quedó estipulado de la siguiente manera:⁶⁰

Artículo 44.- Todos los profesionistas de una misma rama podrán constituir en el Distrito y Territorios Federales, uno o varios colegios, sin que excedan de cinco por cada rama profesional, gobernados por un consejo compuesto por un presidente, un vicepresidente, dos secretarios propietarios y dos suplentes, un tesorero y un subtesorero, que durarán dos años en el ejercicio de su encargo.

⁶⁰ Diario Oficial de la Federación, 26 de mayo de 1945, Secretaría de Gobernación, Ley Reglamentaria de los artículos 4º y 5º constitucionales, relativos al ejercicio de las profesiones en el Distrito y Territorios Federales.

El consejo será electo por mayoría mediante voto individual escrito y público que cada profesionalista emitirá desde el lugar en que se encuentre por envío postal certificado, con acuse de recibo a la sede del colegio.

Las asociaciones se denominarán: "Colegio de...", indicándose la rama profesional que corresponda. Cada colegio tendrá secciones locales regidas en igual forma que la anterior. Todo profesionalista cumpliendo con los requisitos que exijan los reglamentos respectivos, tendrá derecho para formar parte del Colegio de Profesionistas.

Cuando sean varios los colegios de profesionistas, éstos designarán por mayoría, el representante a que se refiere la parte final del artículo 22 de esta Ley; y en caso de empate, será la Dirección General de Profesiones la que elija entre las personas designadas quién debe representar al colegio de que se trate.

Ya por último hubo una reforma al artículo 44 de la ley en comento, en el año de 1974, quedando en los términos que actualmente se encuentra vigente.

Por lo anterior podemos concluir que del anteproyecto de la ley que se está tratando, se indicó que podrían constituirse uno o varios colegios; pero derivado de la discusión que modificó el artículo 44 y que ya fue transcrita, se concluyó que no podrían exceder de cinco el número de colegios, pero no se expresaron las razones que justificaran dicho número.

De la discusión podemos notar que lo que el legislador procuró fue evitar que la colegiación fuera unitaria, por lo que pretendió establecer un parámetro para el número de colegios; sin embargo, tomando en cuenta la garantía de igualdad ese número no obedece a un criterio de racionalidad justificable.

Por lo que al establecer el artículo 44 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, que todos los profesionales de una misma rama podrán constituir en esta ciudad un máximo de cinco colegios por cada rama profesional, lo anterior frena a las agrupaciones que aspiran a obtener un registro ante la Dirección General de Profesiones también como colegio, por lo que se están afectando sus garantías de igualdad en relación con las de libertades de trabajo y asociación, que se encuentran consagradas en los artículos 1º, 5º y 9º de nuestra Carta Magna, ya que se les está violando el derecho de igualdad al impedirseles a diferencia de los colegios que ya tienen el registro como tal, obtener el reconocimiento de colegio con actividades de orden público e interés colectivo y a su vez también se les está

coartando la libertad de dedicarse a la profesión, trabajo u ocupación que libremente los ciudadanos mexicanos están en aptitud de elegir.

El problema radica en que el legislador nunca definió por qué cinco es el número idóneo para el número de colegios permitidos, por lo que dicho artículo establece un trato desigual de sujetos iguales que no se encuentra justificado.

De lo anterior nos sirve de apoyo la siguiente Tesis Aislada, que es del tenor literal siguiente:

[TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Octubre de 2007; Pág. 184. **COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. EL ARTÍCULO 44 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 50. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL, AL LIMITAR A CINCO EL NÚMERO MÁXIMO DE COLEGIOS SUSCEPTIBLES DE CONSTITUIRSE POR CADA RAMA, VULNERA LA GARANTÍA DE IGUALDAD, EN RELACIÓN CON LAS DE LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACIÓN.**

El citado precepto legal, al establecer que todos los profesionales de una misma rama podrán constituir en el Distrito Federal uno o varios colegios, sin que excedan de cinco por cada rama profesional, viola la garantía de igualdad, en relación con las de libertad de trabajo y asociación contenidas en los artículos 1o., 5o. y 9o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respectivamente, en tanto que establece una condición sobre el número posible de este tipo de organizaciones que, una vez satisfecha, se convierte en un obstáculo insuperable para aquellas agrupaciones que aspiran a obtener un registro de esa naturaleza, habida cuenta que esa medida les impide, a diferencia de las organizaciones que ya tienen el registro como colegio de profesionistas (derecho de igualdad), obtener el reconocimiento relativo que les permita dedicarse a la profesión, trabajo u ocupación que libremente pueden elegir (libertad de trabajo) y les restringe toda posibilidad de reconfigurarse como una persona moral con las actividades de orden público e interés colectivo que involucran la citada colegiación (libertad de asociación). Además, de acuerdo con la jurisprudencia 1a./J. 55/2006 de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el análisis de constitucionalidad de un dispositivo normativo a la luz de la garantía de igualdad -que debe entenderse en relación directa con las libertades que la propia Constitución consagra- requiere corroborar, entre otros elementos, la racionalidad o adecuación de la distinción introducida por el legislador, la cual está condicionada a constituir un medio apto para conducir al fin u objetivo que aquél desea alcanzar; sin embargo, tales presupuestos no se surten en el mencionado artículo 44, pues ni el contenido del ordenamiento en que se encuentra inmerso ni los antecedentes de su proceso legislativo revelan que la cantidad de colegios establecida sea realmente útil para la consecución de la finalidad perseguida por el creador de la norma, máxime que lo que éste pretendió fue evitar que la colegiación fuera unitaria, pero sin señalar por qué cinco es el número idóneo para tal efecto, lo que de suyo es apto para poner de manifiesto que el precepto otorga un trato desigual a sujetos iguales que, por no encontrarse justificado, está proscrito por el Orden Supremo.

PRIMERA SALA

Amparo en revisión 505/2007. Asociación Nacional de Abogados de Empresa, A.C. 19 de septiembre de 2007. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Mario César Flores Muñoz.

Nota: La tesis 1a./J. 55/2006 citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIV, septiembre de 2006, página 75, con el rubro: "IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL."

II.- La carta de los derechos de los médicos.

En el marco de los compromisos asumidos a través de la Cruzada Nacional por la Calidad de los Servicios de Salud dentro del Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006 se elaboró la Carta de los Derechos de los Pacientes que se dio a conocer el 11 de diciembre del año 2001 ante el entonces Presidente de la República Vicente Fox, pero no fue sino hasta casi un año después cuando se concluye la Carta de los Derechos Generales de los Médicos, por lo que es notorio que existió una parcialidad tratando de preponderar los derechos de los pacientes sobre los derechos de los médicos, y si bien, es cierto que ser médico es una profesión que no tiene en sus manos los números de una empresa, como es un contador o la comida de un cliente como es un chef (sin menoscabar a esas profesiones), sino por el contrario el médico tiene en sus manos los bienes jurídicos mayormente tutelados en una sociedad, que son la vida y la salud de las personas; también es cierto que la medicina no es una ciencia exacta y que los médicos antes de ser médicos, son seres humanos que pueden equivocarse y que se les debe dar el mismo trato en cuanto a sus derechos, igual que a los pacientes.

La Carta de los Derechos Generales de los Médicos señala lo siguiente: "1.- Ejercer la profesión en forma libre y sin presiones de cualquier naturaleza."⁶¹ Respecto del numeral anterior es un hecho que los médicos no ejercen su profesión sin presiones, ya que al laborar en instituciones públicas o privadas el médico se ve presionado a cumplir con las reglas que el jefe de área le impone.

⁶¹Carta de los Derechos Generales de las Médicas y los Médicos, <http://bvs.insp.mx/local/File/CARTA%20DERECHOS%20MEDICOS.pdf>

En este mismo numeral se señala que el médico tiene derecho a “declinar la atención de algún paciente, siempre que tales aspectos se sustenten sobre bases éticas, científicas y normativas”; sin embargo, esto se puede contraponer con lo establecido en el artículo 325 del Código Penal para el Distrito Federal que habla sobre la negación del servicio médico, ya que el diccionario de la Real Academia nos menciona que declinar es “rechazar cortésmente una invitación”⁶², por lo que rechazar y negar podríamos tomarlo como un sinónimo, ya que el mismo diccionario indica que rechazar es “denegar algo que se pide”⁶³. Así las cosas, el derecho anterior ¿realmente es un derecho?, ya que al señalar que se puede declinar la atención siempre que se sustente sobre bases éticas, científicas y normativas, lo anterior es muy subjetivo, por lo que si nos ponemos en una postura de jerarquía de leyes, entonces ¿cuál norma debe de prevalecer sobre la otra?, pero realmente ante la negación del servicio médico, lo que prevalece es el artículo 325 del CPDF, ya que a pesar de que en ocasiones el médico es insultado por el paciente, y éste último además de insultar al médico, se queja ante la dirección de la institución médica, muchas veces el director del hospital da la orden de que el médico siga atendiendo al paciente, a pesar de que otro derecho del médico es “5.- Recibir trato respetuoso por parte de los pacientes y sus familiares”⁶⁴. Además, cuando un paciente llega al Ministerio Público denunciando la negación del servicio médico, en la mayoría de los casos se consigna.

Por lo anterior considero que como medio de defensa el médico debe ser cauteloso cuando por cualquier razón, incluyendo a un paciente agresivo, no desea otorgar el servicio médico a un paciente, considero que una excusa de falta de tiempo para atender a ese paciente es lo correcto, por ejemplo: decirle al paciente que tendrá que acudir a un congreso o a un curso a otro país y que por tal motivo ya no podrá seguir atendándolo.

⁶² Diccionario Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=declinar>

⁶³ *Ibidem*, <http://lema.rae.es/drae/?val=rechazar>

⁶⁴ Carta de los Derechos Generales de las Médicas y los Médicos, *op. cit.*

Sin embargo, esto no quiere decir que el médico no tenga la obligación de atender a un paciente ante una urgencia, lo anterior va encaminado a una relación médico-paciente en consulta médica, en tratamiento.

Respecto del numeral 2 de la Carta de los Derechos Generales de los médicos que nos indica que tienen derecho a “laborar en instalaciones apropiadas y seguras que garanticen su práctica profesional”⁶⁵ en relación con el derecho número 3 que señala “tener a su disposición los recursos que requiere su práctica profesional”⁶⁶, considero que este derecho es una utopía, ya que en específico en las instituciones de salud pública, el médico es inmiscuido en problemas legales, no por falta de pericia o por negligencia en su actuar médico, sino porque en ocasiones y las más, el hospital donde labora no cuenta con los recursos materiales ni humanos para salvaguardar la vida y la salud de los pacientes.

Y el anterior problema es algo que frecuentemente sucede con los médicos anestesiólogos, ya que de acuerdo a la Norma Oficial Mexicana NOM -006-SSA3 2011, para la práctica de la anestesiología, los numerales 12, 12.2 y 12.4.2, nos dicen lo siguiente:⁶⁷

12. Lineamientos para el cuidado post-anestésico quirúrgico

12.2 La supervisión médica en general y la coordinación del cuidado del paciente en esta área, será responsabilidad tanto del anestesiólogo como del cirujano.

12.4.2 El médico anestesiólogo deberá indicar y vigilar los cuidados inmediatos y el monitoreo que amerite el paciente;

De lo anterior se desprende que es responsabilidad del anestesiólogo el cuidado del paciente después de realizado el procedimiento quirúrgico, sin embargo, en muchos hospitales se cuenta con muy pocos anestesiólogos durante un turno, incluso se da el caso en que sólo hay un anestesiólogo por turno, por lo que es evidente que para quince pacientes en proceso de parto (por ejemplo), no

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ NORMA Oficial Mexicana NOM-006-SSA3-2011, Para la práctica de la anestesiología, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5240668&fecha=23/03/2012

podrá acatar lo que indica esta norma, y no porque no quiera, sino porque es imposible llevarlo a cabo. Por ello cuando alguna paciente fenece y no por culpa del procedimiento anestésico, sino por algo distinto, quien se ve involucrado desde un principio es ese homicidio culposo es el anesthesiólogo.

Por lo que recomiendo que cuando algún médico se encuentre en este supuesto inmediatamente ingrese un oficio a la oficialía de partes del hospital donde labora, uno dirigido al director en donde se pidan mayores recursos humanos y por lo tanto, más anesthesiólogos, siendo muy específico en que al ser el único anesthesiólogo en turno le es imposible brindarle una atención integral a los pacientes, esto servirá como prevención, ya que si se da algún problema legal, el acuse de recibido del anterior oficio, se puede utilizar como medio de prueba.

Otra táctica efectiva es poner por escrito en el expediente clínico de cada paciente, que al ser el único anesthesiólogo en turno en el hospital debe de dejar de supervisar al paciente ya que existe una urgencia con otro paciente (apuntando el nombre de la paciente o el paciente que asistirá).

Por otra parte en el numeral 8 se habla sobre el derecho a “asociarse para promover sus intereses profesionales”⁶⁸, este es un derecho que el médico tiene que ejercer y la mejor forma de hacerlo es colegiándose.

A su vez el numeral 9 señala lo siguiente:⁶⁹

9.- SALVAGUARDAR SU PRESTIGIO PROFESIONAL. El médico tiene derecho a la defensa de su prestigio profesional y a que la información sobre el curso de una probable controversia se trate con privacidad y en su caso el resarcimiento del daño causado.

El anterior derecho se me hace muy interesante, ya que existen un gran número de casos en que a pesar de no tener la certeza de si el médico es responsable de algún tipo de negligencia, los medios de comunicación (sobre todo escritos, como los periódicos) señalan responsable de una mala práctica profesional a algún médico, incluso señalándolo con su nombre completo.

⁶⁸ Carta de los Derechos Generales de las Médicas y los Médicos, *op. cit.*

⁶⁹ *Idem.*

Considero que lo anterior es muy grave, ya que el médico vive de una reputación, la cual se ve dañada su integridad emocional cuando algún paciente acude a un medio de comunicación y éste enjuicia al médico sin importarle el daño que esto le causará. De lo anterior, recomiendo que una vía oportuna para tratar de resarcir el daño que esto le puede causar a un médico es demandar por la vía civil un daño moral, tanto al paciente como al medio de comunicación.

Por último, en el numeral 10 se señala:⁷⁰

10.- PERCIBIR REMUNERACIÓN POR LOS SERVICIOS PRESTADOS. El médico tiene derecho a ser remunerado por los servicios profesionales que preste, de acuerdo a su condición laboral, contractual o a lo pactado con el paciente.

Respecto del derecho anterior, es una lástima ver como son las aseguradoras las que tasan el valor del trabajo del médico, a pesar de que la medicina es una profesión que requiere de mucho compromiso. También es muy común que los pacientes se vayan sin pagar los honorarios de los médicos.

La recomendación para lo anterior es que los médicos opten por la colegiación, para exigir mejoras en la remuneración de su trabajo y que no sean las aseguradoras las que decidan esto. En cuanto al segundo punto, considero que así como es obligación que el médico de a firmar consentimiento informado, también que sea algo común que el médico de a firmar al paciente un pagaré donde se comprometa a pagar por el servicio profesional del médico y si no es así, entonces poder demandar por la vía mercantil.

Los demás derechos de los médicos son: abstenerse de garantizar resultados en la atención médica, que es un derecho que se ve menoscabado sobre todo cuando estamos hablando de cirugías plásticas, estéticas o reconstructivas donde el paciente casi siempre demanda por no conseguir los resultados que esperaba, cuando en muchas ocasiones el problema se encuentra en la mente y no en el físico; tener acceso a educación médica continua y a ser

⁷⁰ *Idem.*

considerado en igualdad de oportunidades para su desarrollo profesional; y tener acceso a actividades de investigación y docencia en el campo de su profesión.

Capítulo cuatro.- Deberes de los profesionales de la salud.

I.- Deberes del médico, Colombia.

1.- Asistencia y consejo.

De acuerdo al artículo 11 de la Ley 23 de 1981, se señala que el médico siempre tomará ante el paciente una actitud de respeto y de apoyo, por lo que la relación médico-paciente se debe dar en un ambiente de cordialidad por ambas partes, aunque en dicho artículo sólo se hable del deber de apoyo del médico hacia el paciente.

Además se señala que el médico no hará al paciente comentarios que despierten su preocupación, sin embargo, considero que lo anterior pone al médico en una situación de "preocupación" al encontrarse frente a paciente, ya que al ser un profesional de la salud que trata enfermos, lo que el médico comente con el paciente siempre serán temas delicados, pero pienso que esto se refiere más a que el médico tenga "tacto" a la hora de emitir su diagnóstico, para que el paciente no salga del consultorio pensando que su vida ha terminado o pronto terminará.

2.- Ética Médica.

a) Decoro en consultorio: de acuerdo al decreto D3380181 de la ley 23 de 1981 de Colombia, los pacientes deben ser atendidos en un espacio limpio, que este destinado exclusivamente al fin esperado, que es otorgar al paciente un servicio de salud para que sea atendido por un profesional en la rama, con la finalidad de ser tratado en el problema de salud que le aqueja, por lo que es necesario que este espacio físico sea el idóneo para prevenir y evitar cualquier tipo de riesgo al paciente, riesgo en su salud, en su integridad o en su vida.

b) Prohibición de experimentar con el paciente: de acuerdo con la ley 23 de 1981 en Colombia está prohibido experimentar con pacientes:

- Indemnidad frente a riesgos: así el párrafo del artículo 10 de la ley 23 de 1981, señala: “El médico no exigirá al paciente exámenes innecesarios, ni lo someterá a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen.”⁷¹
- Medios aceptados: el artículo 12 de la ley en comento, nos refiere que: “El método solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.”⁷²
- Principio de experimentación terapéutica: el párrafo del artículo anterior nos menciona éste principio, indicándonos: “Si en circunstancias excepcionales graves un procedimiento experimental se ofrece como la única posibilidad de salvación, éste podrá utilizarse con la autorización del paciente o sus familiares responsables y, si fuere posible, por acuerdo en junta médica.”⁷³

De lo anterior podemos notar que el médico se encuentra totalmente prevenido de las reglas establecidas para llevar a cabo su actuar médico, además que lo anterior tiene relación con los protocolos de manejos, es decir las reglas para el tratamiento del paciente que son elaboradas por cada clínica u hospital.

Asimismo existe un auditor médico que es quién vigila estos protocolos de manejo, es decir, es el encargado de tenerlos actualizados, sin embargo, es prudente comentar que dichos protocolos no serán los mismos para todas las clínicas u hospitales –refiriéndome a clínicas los centros de salud privados y a hospitales a los centros de salud que proporciona el Estado, esto en Colombia- , ya que debemos de tomar en cuenta que las condiciones e infraestructura no será la misma en todos los hospitales o clínicas, algunos tendrán mejores condiciones que otros, por lo que dichos protocolos serán distintos.

⁷¹ Ley 23 de 1981, por lo cual se dictan Normas en Materia de Ética Médica, http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-103905_archivo_pdf.pdf

⁷² *Idem.*

⁷³ *Idem.*

Sin embargo, existen guías de manejo, y éstas son protocolos unificados, que se utilizan en casos específicos, por ejemplo para ciertos virus que aparezcan repentinamente en la comunidad, se emplean guías de manejo, que deben seguir todos los hospitales y clínicas.

En el mismo orden de ideas, el médico no se puede salir de los protocolos, son de orden público.

¿Pero en qué momento el médico se puede salir de esos protocolos? Cuando no hay alternativa médica, es decir, cuando no existe protocolo para el caso médico en específico.

Pero además cumpliendo con tres requisitos más: que haya autorización expresa por parte del paciente o la persona facultada para autorizar en nombre del paciente, que sea una urgencia y que en lo posible se dé la autorización de la junta médica.

Si no es una urgencia, entonces se tendrá que hablar con la junta médica y con el auditor médico, para que posteriormente se apruebe o no un nuevo protocolo para el caso en específico.

Pero existe una opción más eficaz, es el llamado "tratamiento alternativo", donde el médico opta por un procedimiento que tiene mayor posibilidad de obtener un resultado favorable para el paciente, que el método que se encuentra establecido en los protocolos, pero el problema radica en el hecho de que si no se obtiene un resultado favorable, sino lo contrario un resultado perjudicial, incluso la muerte, el médico puede ser sancionado por salirse del protocolo de manejo.

Pero al estar acotando la manera en que el médico, siendo un profesional de la salud en ejercicio de su profesión, debe de actuar, ¿no se está restringiendo la garantía constitucional que señala que cualquier ciudadano colombiano tiene el derecho a decidir a qué profesión u oficio dedicarse y cómo hacerlo?, lo anterior se encuentra establecido en la Constitución de 1991 de Colombia.

Además, ¿no se estaría también restringiendo el derecho a la salud del paciente?

Por lo que el profesional de la salud en Colombia, sí podrá optar por el tratamiento alternativo, cuando esté demostrado que es más eficaz, cumpliendo con los siguientes tres supuestos:

1. Cuando haya sido probado con éxito en otros seres humanos.
2. Cuando exista un respaldo académico.
3. Cuando el paciente firme el consentimiento informado.

De lo anterior podemos notar que el actuar de la manera anterior pone a Colombia en una situación en la que se pretende bajar el riesgo de pacientes dañados por el actuar médico y por el otro, se deja a la medicina colombiana a expensas de los avances médicos que realicen otros países.

Sin embargo, considero que en México se puede tomar este modelo para que de esta forma se le de protección no sólo al paciente, sino también al médico para que se le provean menos armas al paciente que sólo desea obtener una compensación económica, y además para que el Ministerio Público, tenga elementos de los que se guie y que no sean consignadas la mayoría de las averiguaciones previas que tienen que ver con cuestiones médico-legales.

II.- Certificación obligatoria.

La certificación obligatoria de los médicos con especialidad, se dio con la reforma a la Ley General de Salud que comenzó su vigencia a partir del 2 de septiembre del 2011, en dicha reforma el artículo 81 queda de la siguiente manera.⁷⁴

Artículo 81.- La emisión de los diplomas de especialidades médicas corresponde a las instituciones de educación superior y de salud oficialmente reconocidas ante las autoridades correspondientes.

Para la realización de los procedimientos médicos quirúrgicos de especialidad se requiere que el especialista haya sido entrenado para la realización de los mismos en instituciones de salud oficialmente reconocidas ante las autoridades correspondientes.

El Comité Normativo Nacional de Consejos de Especialidades Médicas tendrá la naturaleza de organismo auxiliar de la Administración Pública Federal a efecto de

⁷⁴ Ley General de Salud, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf>

supervisar el entrenamiento, habilidades, destrezas y calificación de la pericia que se requiere para la certificación y recertificación de la misma en las diferentes especialidades de la medicina reconocidas por el Comité y en las instituciones de salud oficialmente reconocidas ante las autoridades correspondientes.

Los Consejos de Especialidades Médicas que tengan la declaratoria de idoneidad y que estén reconocidos por el Comité Normativo Nacional de Consejos de Especialidades Médicas, constituido por la Academia Nacional de Medicina de México, la Academia Mexicana de Cirugía y los Consejos de Especialidad miembros, están facultados para expedir certificados de su respectiva especialidad médica.

Para la expedición de la cédula de médico especialista las autoridades educativas competentes solicitarán la opinión del Comité Normativo Nacional de Consejos de Especialidades Médicas.

Podemos notar del artículo anterior que los Consejos de Especialidades Médicas son los que se encuentran facultados para expedir los certificados y recertificados de la especialidad correspondiente, pero con previo reconocimiento de dichos consejos por parte del Comité Normativo Nacional de Consejos de Especialidades Médicas. Además se requiere que dichos Consejos de Especialidades cuenten con el certificado de reconocimiento de idoneidad emitido por el comité, esto se encuentra estipulado en el Reglamento de Idoneidad del Comité, en el numeral 1 de su artículo 2º , que nos dice:⁷⁵

Artículo 2. Para los efectos de este Reglamento, se entenderá por:

I. Certificado de reconocimiento de idoneidad: al documento físico expedido por el Presidente y el Secretario del Comité a favor de los consejos que acrediten su capacidad y aptitud suficiente para la certificación de los médicos especialistas respectivos.

Por su parte el artículo 4 del mismo reglamento, da a conocer cuál es el objeto social de los consejos de especialidades médicas:⁷⁶

Artículo 4. El objeto social de los consejos de especialidades médicas debe referirse, cuando menos, a la función de certificar que un médico cirujano, con el título universitario correspondiente cuente con las destrezas, aptitudes y conocimientos necesarios para el ejercicio especializado de la rama de la ciencia médica que corresponda, así como, en

⁷⁵ Reglamento de Idoneidad, <http://www.conacem.org.mx/assets/reglamento--para--el--reconocimiento--de--idoneidad.-ii-vi-2013.pdf>

⁷⁶ *Idem.*

su caso, de las subespecialidades, de acuerdo con el desarrollo científico y técnico en la materia.

Sólo con autorización expresa del Comité los consejos también podrán certificar a otros profesionales que contribuyan a la salud o a la atención médica de la población.

Por lo que cada consejo emite sus certificaciones y recertificaciones o mejor dicho la vigencia de certificación, a los médicos especialistas, así por ejemplo, el Consejo Mexicano de Ginecología y Obstetricia A.C., señala en su página de internet que:⁷⁷

El proceso de Vigencia de Certificación (antes llamado Recertificación) tiene como objeto demostrar que el especialista mantiene la competencia para el ejercicio profesional; por ello pretende indagar la actualización y aprendizaje personal del individuo mediante distintas actividades, más no juzgar ni evaluar la trayectoria profesional del candidato. Se efectúa mediante demostración documental cada cinco años.

III.- El expediente clínico.

El 7 de diciembre de 1998 aparece en el Diario Oficial de la Federación la norma 168 SSA1-1998 "Del expediente clínico", la cual tuvo validez en México hasta el 15 de octubre del 2012 que es cuando se da a conocer la norma oficial mexicana NOM-004-SSA3-2012 "Del expediente clínico", entrando en vigor el 15 de diciembre del 2012, dejando sin efectos a la norma 168.

La actual norma 004, no contiene relevantes cambios comparándola con la norma 168 que estuvo vigente durante 14 años. Si bien, es importante hacer mención que la norma 168 a pesar de que era una norma que ya tenía bastantes años como para ser conocida por todos los profesionales de la salud, en la realidad esto no sucedía, sólo pocos médicos conocían dicha norma. Muy a pesar de que es una de las normas fundamentales para el ejercicio de la profesión médica, ya que dicha norma y ahora la 004, es la que da las condiciones mínimas necesarias para llevar a cabo la profesión, es decir, es una herramienta o un tipo de recetario que le proporciona al profesional de la salud instrumentos básicos para que pueda desarrollarse como profesional dentro de las instalaciones que

⁷⁷ Vigencia de certificación,
http://www.cmgo.org.mx/ver20/index.php?view=article&id=69%3Avigenciadecertificacion&format=pdf&option=com_content&Itemid=85

proporcionan el servicio médico, de una manera más segura, y previniendo un conflicto médico-legal.

Sin duda las cuestiones que son de relevancia en la actual norma 004, es que se hace hincapié en la manifestación de la voluntad del paciente a ser o no sometido a procedimientos médicos-quirúrgicos, esto en el marco del ejercicio de los derechos de los pacientes, por lo que se le da plena facultad al paciente –la cual nunca ha dejado de tener- de tomar la decisión que piensa le convenga más o le satisfaga.

Además, también en dicha norma se ratifica el deber por parte de los prestadores del servicio de salud de guardar el secreto profesional, y por lo tanto la titularidad y el derecho del paciente sobre los datos que proporciona. Es decir, se garantiza la confidencialidad sobre la información referente a su padecimiento, pero además también se garantizan datos tan básicos, como son sus datos personales, esto complementándolo también con la “Ley federal de protección de datos personales en posesión de los particulares”, por lo que actualmente además de todos los documentos que se le daban al paciente a firmar, ahora se deberá entregar aviso de privacidad, protegiendo de esta manera sus datos personales, así la fracción I del artículo 3º de la ley en comento, nos señala que:

Artículo 3.- Para los efectos de esta ley, se entenderá por:⁷⁸

I. Aviso de Privacidad: Documento físico, electrónico o en cualquier otro formato generado por el responsable que es puesto a disposición del titular, previo al tratamiento de sus datos personales, de conformidad con el artículo 15 de la presente Ley.

Por lo que respecta a la información mínima necesaria que debe contener dicho aviso de privacidad, el artículo 16 de la “Lay federal de protección de datos personales en posesión de los particulares”, a la letra dice:⁷⁹

Artículo 16.- El aviso de privacidad deberá contener, al menos, la siguiente información:

I. La identidad y domicilio del responsable que los recaba;

⁷⁸ Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, p.2 <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>

⁷⁹ *Ibidem*, p. 5.

- II. Las finalidades del tratamiento de datos;
- III. Las opciones y medios que el responsable ofrezca a los titulares para limitar el uso o divulgación de los datos;
- IV. Los medios para ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición, de conformidad con lo dispuesto en esta ley;
- V. En su caso, las transferencias de datos que se efectúen, y
- VI. El procedimiento y medio por el cual el responsable comunicará a los titulares de cambios al aviso de privacidad, de conformidad con lo previsto en esta ley.

En el caso de datos personales sensibles, el aviso de privacidad deberá señalar expresamente que se trata de este tipo de datos.

De lo anterior podemos notar que en el marco de los derechos de los pacientes, se trata de dar confiabilidad para que de esa manera el paciente sienta mayor seguridad al momento de proporcionar la información que será necesaria para comenzar con un procedimiento médico.

1.- Consentimiento informado.

Existen dos criterios de carácter subjetivo y objetivo cuando hablamos de la manera y el contenido que debe tener la información que el profesional de salud proporcione al paciente antes de cualquier procedimiento médico.

Si bien en ocasiones declina la necesidad de obtener previamente a un procedimiento el consentimiento informado, esto en razón de riesgo para la salud pública, por ejemplo, o cuando existe urgencia o incapacidad por parte del paciente y el cual se encuentre en urgencia y no haya algún tutor con él.

Factores subjetivos: estos factores son lo que tomaremos en cuenta para ver el entorno sociocultural en el que se encuentra el paciente, por ejemplo: el nivel cultural, la situación social, el nivel de estudios, la edad, etcétera.

Este tipo de factores nos sirven para poder tener una comunión con el paciente y que de esta manera comprenda en la medida de lo posible el procedimiento a realizársele, por eso es que se deben tomar en cuenta los factores descritos anteriormente.

Factores objetivos: estos factores van más enfocados al procedimiento médico, la forma, las consecuencias inherentes, entre estos están:

- Urgencia del tratamiento: debemos de tomar en cuenta que ante una urgencia médica en la que incluso está de por medio la vida del paciente, el consentimiento informado tendrá menor oportunidad a recabarse al paciente de la manera en que dicho paciente comprenda sobre el procedimiento a realizarse. Sin embargo, no quiere decir que se descarta el consentimiento informado, sino que simplemente se posterga, para que después de pasada la urgencia el paciente o su familiar o tutor firmen dicho consentimiento informado.
- Necesidad del tratamiento: este factor es muy importante sobre todo en aquellas cirugías llamadas voluntaria o de satisfacción, por lo que si un tratamiento es menos necesario, entonces la información que se le proporcione al paciente debe ser más rigurosa y extensa, por ejemplo en las intervenciones estéticas. Por lo que respecta a la cirugía curativa, no quiere decir que se deba de poner menos cuidado al consentimiento informado, pero si menos rigurosidad.
- Peligrosidad del tratamiento: asimismo, se debe de tomar en cuenta que cuánto más delicada es una intervención médica, el consentimiento informado debe de igual forma ser realizado con mayor cautela, ya que las consecuencias pueden ser más dañinas.
- Novedad del tratamiento: si el tratamiento o la intervención deriva de un tratamiento nuevo, el consentimiento informado debe ser más amplio, ya que al ser una novedad, pueden existir consecuencias que resulten desconocidas.
- Gravedad de la enfermedad: el paciente debe contar con información equilibrada de los riesgos y beneficios que obtendrá al realizarse determinado procedimiento médico, por lo que cuánto más grave es una enfermedad, se debe poner énfasis en los riesgos que también se corren por tratar de enmendar dicho malestar, sin llegar al consentimiento asustado, es decir, generando miedo innecesario al paciente.

- Derecho del paciente a que no se le informe: así como el paciente tiene derecho de ser informado, también tiene el derecho a que no se le informe sobre las consecuencias inherentes al procedimiento que se le realice. El reconocimiento normativo expreso de dicho derecho del paciente se encuentra en el convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, en el artículo 10.2, que a la letra dice: “Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada”⁸⁰. Pero la renuncia que haga el paciente a recibir la información debe dejarla establecida por escrito de manera clara y precisa para adjuntarla al expediente clínico. Además se debe tomar en cuenta que al no recibir dicha información esto no provocará en el paciente un perjuicio mayor para él o para terceros, como sucede con los pacientes con VIH que al no recibir la información podría causar un daño para la sociedad al contagiar a otras personas por no conocer que se encuentra infectado.

El consentimiento informado se encuentra establecido en el numeral 10.1 de la norma oficial mexicana 004, donde se señala que el consentimiento informado no necesariamente debe de proporcionarse al paciente en una hoja impresa y membretada, pues se puede dar a firmar en cualquier hoja, sin características de forma necesarias.

Pero, ¿cuándo se debe dar a firmar un consentimiento informado al paciente? se dará justo en el momento en que el médico lo considere oportuno, ya que es una protección para el médico, incluso se recomienda que si el médico trabajó en una institución de salud pública o privada, éste tenga su carpeta donde guarde los consentimientos informados del paciente, es decir, puede entregar dos consentimientos informados al paciente por el mismo procedimiento, uno lo adjunta al expediente clínico del hospital y otro para su propiedad, ya que en ocasiones ha sucedido que los consentimientos informados se extravían o alguien más lo

⁸⁰ Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, <http://www.unav.es/cdb/coeconvenccion.html>

sustraer del expediente, y debemos estar conscientes que en muchas ocasiones este documento es el que deslindará al médico de responsabilidad.

Propiedad: en el numeral 5.4 de la norma oficial mexicana 004, se señala que el deber del médico y/o la institución de salud para permanecer con el expediente clínico es de cinco años a partir de la última vez que el paciente tiene relación con el médico o la institución de salud, por lo que pasados los cinco años si es requerido el expediente por autoridad facultada para ello, al médico o al hospital, éstos no tienen la obligación de proporcionarlo, ya que feneció el tiempo para resguardar dicho expediente clínico.

Resumen médico: En nuestro país, el paciente tiene derecho a que se le proporcione un resumen médico de su tratamiento, para que éste se proporcione a un nuevo médico que será el médico tratante, o incluso para demandar al médico y de acuerdo a ese resumen encontrar la impericia o negligencia en la que pudo caer el médico. Por lo que es importante que el médico tome cuidado de lo descrito en dicho resumen, ya que debe tener en consideración que será leído por otro médico, y que posiblemente se utilice en su contra. Por último, dicho resumen tendrá que ser solicitado por el paciente por escrito, señalando los motivos para dicho requerimiento.

Sin embargo, de acuerdo al principio *pro homine* que se encuentra dentro de la categoría de Derechos Humanos y que señala que cuando se trate de establecer límites a derechos protegidos de los seres humanos se debe atender a la interpretación más amplia y a la norma más amplia, y siempre en beneficio del ser humano; por el contrario, se debe acudir a la interpretación menos amplia o a la norma menos amplia, cuando se trate de establecer el menor beneficio o restringir sus derechos.

Para lo anterior contamos con la siguiente tesis aislada, que se transcribe a continuación:

[TA] I.3o.(I Región) 7 A; S.J.F. y su Gaceta; 10a. Época; Tomo 2, Libro XI, Agosto de 2012; Pág. 1837.

NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-168-SSA1-1998, DEL EXPEDIENTE CLÍNICO. ATENTO AL PRINCIPIO PRO HOMINE EN EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, DEBE DECLARARSE LA INAPLICABILIDAD DE SU PUNTO 5.5. AL CASO CONCRETO, AL OMITIR

LOS LINEAMIENTOS RESPECTO AL PRÉSTAMO DE AQUÉL E IMPONER CONDICIONES PARA JUSTIFICAR LA ENTREGA, ÚNICAMENTE, DEL RESUMEN CLÍNICO.

En atención al pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente varios 912/2010, cuya sentencia aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro I, Tomo 1, octubre de 2011, página 313, en el nuevo modelo de control constitucional, todos los Jueces del Estado Mexicano deben, en los asuntos de su competencia, inaplicar las normas que infrinjan la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y/o los tratados internacionales de los que México sea parte, que reconozcan derechos humanos. Tutela que deriva del decreto que modificó la denominación del capítulo I, del título primero y reformó diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, específicamente, los párrafos segundo y tercero de su artículo 1o. De tal manera que el derecho humano a la salud consagrado en el precepto 4o. de la propia Ley Fundamental, en relación con los numerales 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es indispensable para el ejercicio de los demás reconocidos en los pactos internacionales y en nuestro orden jurídico, ya que no puede circunscribirse al significado del vocablo, pues contiene un sinnúmero de derechos y obligaciones, tanto internos como externos, es decir, a nivel nacional e internacional, cuyas obligaciones cobran especial importancia en cuanto a proporcionar los medios necesarios para que el ser humano tenga acceso efectivo a la salud, en cuanto al derecho de ser informado en todo momento, sin mayores requisitos ni condicionantes, sobre su estado de salud. Consecuentemente, si el punto 5.5. de la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, del expediente clínico, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 1999, omite los lineamientos respecto al préstamo del expediente clínico de los pacientes e impone condiciones para justificar la entrega, únicamente, del resumen clínico de la información contenida en dicho expediente, atento al principio pro homine que los Jueces están obligados a considerar en ejercicio del control de convencionalidad al que están sujetos, debe declararse su inaplicabilidad al caso concreto.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA PRIMERA REGIÓN, CON RESIDENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL.

Amparo en revisión 86/2012. Dora Itzel Braulio Zermeño. 23 de febrero de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Gaspar Paulín Carmona. Secretaria: Norma María González Valencia.

Así las cosas, y tomando en consideración lo señalado por la tesis aislada, el expediente clínico pertenece al paciente, no sólo en resumen, sino en su totalidad.

Confidencialidad: en el numeral 5.5.1 de la norma oficial mexicana 004, se habla sobre la confidencialidad que en los datos proporcionados por el paciente deben de guardar el equipo médico, esto está íntimamente relacionado con el secreto profesional.

La ley 23 de 1981 de Colombia, nos habla sobre el secreto profesional en sus artículos 37 y 38:⁸¹

Artículo 37: entiéndase por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales.

Artículo 38: Teniendo en cuenta los consejos que dicte la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer:

- a. Al enfermo en aquello que estrictamente le concierne y convenga.
- b. A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento.
- c. A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o personas mentalmente incapaces.
- d. A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley.
- e. A los interesados, cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia.

Por lo anterior podemos notar que no es necesario que exista un acuerdo previo entre el médico y el paciente, para que este último guarde el secreto profesional, ya que es una obligación inherente a la relación médico-paciente, ya que es la ley la que impone dicha obligación al profesional de la salud. Por lo que el médico no podrá revelar información del paciente a menos que –en el caso de Colombia- el médico se encuentre en alguno de los cinco supuestos descritos anteriormente en el artículo 38. Sin embargo, en la legislación mexicana no encontramos descrito como tal el secreto profesional y ni los supuestos para poder revelar dicho secreto, por lo que considero que la nuestra legislación debería adaptar la legislación para que quede con la claridad en que se encuentra la legislación colombiana en lo que respecta al secreto profesional.

⁸¹ Ley 23 de 1981, *op. cit.*, nota 61.

En el artículo 38 de la ley de ética médica se mencionan algunas hipótesis en las que el médico puede revelar el secreto profesional, en el inciso a nos señala que el profesional de la salud sólo informará al paciente aquello que estrictamente le concierne y le convenga, sin embargo, creo que éste inciso podría darse por sentado, ya que al paciente no se le podrá revelar secretos de lo que no le concierne, además, por tratarse de su salud todo le va a convenir conocer. Sin embargo, considero va más enfocado en que no podrá el médico imponer su criterio y vulnerar el libre consentimiento del paciente, ya que es este último el que en ejercicio de su derecho podrá decidir libremente con la asesoría del profesional de la salud, decidir a qué tratamiento someterse.

Requerimiento del expediente: en el numeral 5.6 de la norma 004 en comento, se trata sobre las autoridades facultadas para requerir el expediente a la institución médica pública o privada. Debemos de estar en el entendido de que aquí sí se está hablando del expediente y no de un resumen del mismo, por lo que las autoridades facultadas para pedir el expediente de algún paciente son la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en el Distrito Federal o su equivalente en algún estado de la República mexicana; la Procuraduría General de la República cuando se trata de una institución de salud pública o la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal o del estado de la República correspondiente; la Comisión Nacional de los Derechos Humanos o la Comisión estatal correspondiente, por algún juez o por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios.

Solicitud de egreso voluntario: en el numeral 10.2.2 de la norma que estamos manejando se habla sobre la solicitud que se debe de realizar cuando se requiere el egreso voluntario del paciente. Antes que nada, debemos de tomar en cuenta que cuando se hace dicha solicitud, es porque el paciente a consideración del médico tratante, no se encuentra en condición de abandonar el hospital. Por lo que el paciente al abandonar el centro de salud pone en riesgo su salud y su vida. Sin embargo, no siempre es el paciente quien toma dicha decisión, en ocasiones el esposo o esposa, los padres, los hijos o el tutor. Pero ¿cuáles son las causas por las que se llega a tomar una decisión tan drástica? la anterior pregunta tiene muchas variables, una de ellas es que cuando el paciente se encuentra en una

institución de salud privada, el dinero es una causal por lo que el paciente o los familiares desertan de dicha atención hospitalaria; otra causa es que en ocasiones se termina la confianza hacia el médico tratante, hacia los médicos en general del hospital o incluso a la misma institución. Pero cualquiera que sea la causa el médico debe dar a firmar al paciente o al familiar que solicite el documento la hoja de egreso voluntario, para de esta manera deslindar de responsabilidad al médico tratante y a la institución, pero no es suficiente con que le firmen dicha hoja, se debe de cotejar la firma de quien está solicitando dicho egreso, ya que en ocasiones el médico da a firmar el documento y no se cerciora de que realmente sea la firma de quien lo está haciendo, la manera de cotejarla es pidiendo una copia de la credencial de elector del paciente o algún documento (de preferencia oficial) que contenga la firma y además verificarlo con la identificación original.

Notas en el expediente: las notas que el equipo médico haga en el expediente son de gran relevancia, ya que en cuanto se presenta un conflicto médico-legal dichas notas serán determinantes para fijar responsabilidad al profesional de la salud. Por lo que al realizar las notas se debe de asentar en ellas lo mínimo establecido en el numeral 5.10 de la norma 004. Dichos datos son: fecha y hora, las cuales son muy importantes ya que en determinado momento éstas son decisivas para delimitar responsabilidad, ya que por ejemplo de ahí se puede ver quién era el médico responsable del área cuando sucedió la complicación en el paciente; nombre completo de quien elabora la nota, ya que en ocasiones el profesional de la salud anota sólo su nombre y un apellido, por lo que si el médico tiene algún compañero que sea su homónimo, al momento de presentarse un conflicto médico-legal traerá como consecuencia el probar que sea quien dice ser, además que también es pérdida de tiempo en el proceso, ya que se han dado casos en que el Ministerio Público cita a varios médicos que tienen el mismo nombre como "Juan Pérez"; también deberán de contar con la firma del profesional de la salud, puede ser firma autógrafa o electrónica, la cual le será proporcionada al médico con anterioridad por el área de informática, y que deben de dar a firmar haciéndolo responsable a él del mal uso de ella, por lo que

el médico debe de resguardar dicha firma y no proporcionarla a nadie, ya que lo anterior en ocasiones trae muchos problemas legales, porque el médico cuando se encuentra a cargo de residentes, éste puede proporcionarles su firma, sin pensar que en ocasiones pueden hacer mal uso de ella, y el responsable será el médico titular. Otro error que comenten los profesionales de la salud es que utilizan sellos y con su nombre y número de cédula profesional, pero no firman o tienen un “tipo firma” en el sello, lo cual es incorrecto, ya que la firma tienen que ser autógrafa o electrónica, si es que en la institución ya manejan el expediente clínico electrónico.

Capítulo cinco.- Pruebas.

I.- Pruebas relevantes en los asuntos de responsabilidad médica.

Después de todo lo analizado anteriormente en el presente trabajo, es de destacar que cuando el profesional de la salud se encuentra delante del juez para que éste lo juzgue, se va encontrar ante un abogado y no ante un médico (excepto que el juez también tenga estudios de medicina).

Por lo que el juez en el momento de decidir el caso médico-legal ya sea juez civil o penal, tomará en cuenta las pruebas que las partes le alleguen o las que él solicite.

Pero el problema médico-legal se da cuando comienza una relación médico-paciente, y como en todas las relaciones humanas, también en ésta se pueden dar conflictos, de este tipo de relación se desprende el acto médico que se define como:⁸²

Todas aquellas acciones que realiza el profesional de la medicina para tratar de obtener la curación o alivio del paciente. Estos actos pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación.

Los actos preventivos: que hace referencia a las recomendaciones de medida para evitar la aparición de procesos patológicos.

⁸² Rojas Salgado, Manuel de Jesús. *La valoración probatoria en los casos de responsabilidad médica*,

El diagnóstico: es la opinión del médico obtenida de la observación directa, o de laboratorio del paciente.

La terapéutica: se refiere a las diversas formas de tratamiento para la enfermedad.

La rehabilitación: es el conjunto de medidas encaminadas a completar la terapéutica para reincorporar al individuo a su entorno personal y social.

La finalidad de dichos actos médicos es descubrir la enfermedad que tiene el paciente para posteriormente emplear el tratamiento más adecuado para obtener la curación o por lo menos el alivio de las dolencias del paciente.

Pero cuando alguno de los actos anteriores no da como resultado la mejora en la salud del paciente, sino lo contrario es cuando está latente el problema médico-legal.

Y ya presente el problema, lo que procederá es resolverlo, y ¿quién lo tiene que resolver? el juzgador, tomando en cuenta las pruebas.

Comenzaré con una de las más importantes que son las documentales, en ellas se deja constancia de la actuación del profesional de la salud frente al paciente. Entre estas tenemos: la historia clínica, certificados médicos, recetas, etcétera.

Después tenemos los soportes físicos, es decir, aquellas pruebas que no necesariamente son hojas con información, sino por ejemplo: videos, fotografías, estudios radiológicos, etcétera.

Las anteriores pruebas son documentos que son los mínimos necesarios para que el juez pueda emitir una sentencia, sin embargo, todo lo descrito anteriormente son objetos físicos. Pero también tenemos otros medios de prueba que no necesariamente son palpables, como el indicio que “implica la existencia de un hecho indicador, que nos lleva a inferir una hipótesis de lo sucedido y finalmente a un hecho indicado o hecho que se prueba”⁸³.

⁸³ *Ibidem*, p.83.

Además de las evidencias que implica que una presunción dotada de mayor evidencia y verosimilitud va tener mayor peso que otra que esté dotada de menor evidencia.

Y por supuesto que a lo anterior le añadimos los dictámenes periciales, propuestos ya sea por el demandado, por el demandante o por la representación social. Dichos dictámenes deberán ser realizados por el especialista correspondiente, si el caso que nos ocupa es sobre una cuestión médico de especialidad. Ya que en ocasiones el dictamen pericial es de algún médico legista, el cual se pone a opinar sobre cuestiones de especialidad, por ejemplo de obstetricia, cuando en realidad el médico legista es un médico general que no ha cursado los cuatro años de residencia que ha hecho un médico especialista, por lo que el dictamen que emita ese médico legista no tendrá validez y se puede y debe objetar.

Por ultimo tenemos las confesionales y las testimoniales, pruebas que nos pueden salvar o hundir en el proceso.

Comenzamos con las confesionales, y aquí es cuando se cita al médico o bien al paciente a que responda sobre los hechos motivo del problema legal. Por lo que es necesario que el médico se encuentre en total comunión con el abogado para que juntos sensibilicen al juez sobre lo sucedido, pero además es muy importante que el abogado que asista el médico durante el proceso legal, sea un abogado que conozca de cuestiones médicas, ya que sería muy complicado, menos favorable y más lento que el médico le tenga que explicar todo sobre la actuación médica a su abogado. Sin embargo, cuando existen varios médicos denunciados o demandados por el mismo asunto, es importante que se unan para que salgan bien librados del problema médico-legal, de hecho sería factible que su abogado fuera el mismo, o mejor dicho la misma firma de abogados, para todos los médicos implicados en el asunto respectivo, ya que en ocasiones los mismos médicos se separan e incluso en el proceso unos atacan a otros, por lo que ya no es sólo defenderse de las acusaciones del paciente, sino

de las que el médico “compañero” realiza en contra del otro médico implicado en el problema legal.

Por lo que respecta a las testimoniales, aquí es donde ponemos en práctica algunas de las recomendaciones ya descritas anteriormente, ya que es en este momento cuando incluso se mandará a llamar a aquellos testigos que firmaron en los consentimientos informados, en la solicitud de egreso voluntario, a las enfermeras que realizaron notas al expediente, etcétera.

CONCLUSIONES.

En cualquier rama profesional existen “profesionales” y “profesionistas” que actúan de una manera negligente, personas con falta de pericia, personas imprudentes.

Esto lo podemos notar en cualquier lugar al que asistimos a contratar un servicio, y a todos nos ha pasado que dicho servicio nos es proporcionado de mala calidad, y nos deja un mal sabor de boca.

Sin embargo, no es lo mismo contratar a un diseñador de interiores para nuestra casa de campo, y que la casa quede con un mal gusto a nuestro parecer y con muy poca calidad a la que nosotros pedimos y pagamos por ella, que ir con un médico que nos proporcione el servicio de salud.

Ya que cuando nos encontramos ante un profesional de la salud, nos encontramos ante un especialista que esperamos repare nuestra salud y que nos deje con vida, si bien no hay punto de comparación entre una casa de campo y la salud o vida de una persona, el nivel de exigencia sí es el mismo o incluso es mayor para con el profesional de la salud.

Al ser la vida y la salud los bienes más preciados, el costo económico debe de ser mayor para protegerlos, por lo que al requerir algún procedimiento médico, el paciente tiene dos opciones: la primera es estar afiliado a una institución de salud pública o bien acudir a una institución privada, en cualquiera de los dos supuestos el paciente paga por ese servicio.

Y al ser el paciente un usuario de dicho servicio, exige le sea proporcionado como él lo espera, y lo mínimo que un paciente espera es que le devuelvan su salud y que lo mantengan con vida.

Sin embargo, a pesar de que el médico actué de manera prudente y diligente, nunca podrá asegurar un resultado al paciente, los factores los hemos visto en la presente investigación, pero es un hecho que las enfermedades siempre estarán por delante de que los avances médicos.

Así las cosas, al encontrarse el profesional de la salud frente a un inminente problema jurídico, en México y en el mundo, actualmente al profesional de la salud se le está asegurando. ¿Cómo es esto? Pues sí, al igual que aseguramos nuestro automóvil por estar en un constante peligro inminente de algún accidente de tránsito, el médico como medio de defensa se está asegurando por responsabilidad profesional, incluso en algunas instituciones de salud, es un requisito que el médico al entrar a laborar en dichas instituciones cuenten con una cobertura de al menos cinco millones de pesos mexicanos para efecto de reparación del daño hacia un paciente.

Pero en realidad ¿el hecho de que el profesional de la salud se encuentre protegido por algún seguro de responsabilidad médica, es un medio de defensa en contra de aquellos delitos en los que el profesional de la salud puede incurrir en el ejercicio de su profesión?

Ya que en algunas localidades de los Estados Unidos de Norteamérica los especialistas en ciertas ramas de la salud, como por ejemplo los gineco obstetras, ya no quieren ejercer en ciertos estados debido a los costos de los seguros y las crecientes demandas en su contra, pues les generan mayores pérdidas económicas, que lo que les genera realizar un parto.

Por lo que considero que sí es necesario que el profesional de la salud se encuentre protegido por un seguro que lo cubra de algún problema legal que se le presente en el ejercicio de su profesión, sin embargo, debe tomar en cuenta que no sólo puede ser víctima por parte del paciente que desea obtener beneficios económicos a costa del médico, sino que también puede ser víctima de empresas que le ofrecerán una asistencia legal, a cambio del pago del seguro, pero que en realidad lo que harán es obtener ingresos y no asistirlo ante un problema legal.

Actualmente en México se han estado creando empresas que han visto en el profesional de la salud un medio idóneo para generar lucro.

Así las cosas, existen estas empresas que se hacen llamar "aseguradoras" y que le cobran una afiliación al médico por representarlo ante cualquier problema legal que se le presente en el ejercicio de su profesión.

Pero "ojo", el médico debe de estar atento al contratar o afiliarse a alguna de estas empresas, ya que en un principio no son aseguradoras, por lo que no se encuentran registradas ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Además, en dichas empresas al profesional de la salud se le promete un certificado de cobertura por la suma asegurada, el cual en muchas ocasiones no es individual, ya que éstas empresas tienen un certificado de cobertura con alguna aseguradora legalmente registrada, y dicho certificado es por cierta cantidad, pero este certificado es global, cuando al médico le hacen creer que ese certificado será individual, es decir sólo para él. Para que quede más claro lo anterior, algunas empresas contratan un certificado de cobertura por cinco millones con una aseguradora, al médico le señalan que al no ser ellos una aseguradora cuentan con convenio con una aseguradora, y que en el momento en que el médico se afilie con ellos, entonces se le otorga un certificado individual por cinco millones de pesos, lo cual no es cierto, ya que ese certificado de cobertura no es sólo para ese médico, sino para varios médicos, es decir es una cobertura de cinco millones repartida entre varios médicos.

Lo anterior tiene consecuencias graves para el profesional de la salud, porque puede darse la situación de que al médico se le condene con cierta cantidad para la reparación del daño y dichas empresas no cuenten con la liquidez necesaria para cubrir dicho acontecimiento, lo que trae como consecuencia que el profesional de la salud esté en la latente situación de perder su libertad.

También, es necesario que el médico esté enterado si dicha cobertura aplica en el momento en que se presente la urgencia o será de manera posterior. Ya que al momento de venderle al médico el "seguro" no le dicen que cuando se le presente una urgencia él tendrá que cubrir con su dinero el monto total que se

requiera de fianza o caución, para efecto de que pueda llevar el proceso fuera de la cárcel, y que posteriormente se le reintegrará.

Además, debe poner atención en que vías le cubrirá el "seguro", es decir, en la vía penal, civil o administrativa, y poner especial énfasis en qué delitos le son cubiertos, ya que los delitos que se cubren son los culposos, pero cuando sucede por ejemplo una denuncia por abuso sexual en contra de un profesional de salud que actuó de manera ética y que sólo pretende el paciente obtener recursos económicos, la "aseguradora" se deslinda de esa situación aludiendo que el delito es un delito doloso, por lo cual si el profesional de la salud quiere que lo asistan, eso tendrá un costo.

Por lo anteriormente visto, es de señalarse que el profesional de la salud tiene demasiados obstáculos dentro de su camino profesional, y que en la actualidad se sigue viendo a ese gremio como un grupo desunido y con bastantes recursos económicos, por lo que se vuelven presas fáciles de quienes deseen obtener beneficios a costa de ellos.

Por eso es muy importante que los profesionales de la salud se unan, ya que sólo trabajando en su propio beneficio lograrán obtener resultados que mejorarán su vida profesional.

Sin embargo, no hay que dejar de lado que la mejor manera de protegerse es actuando de una manera responsable en el ejercicio de su profesión, tratando de evitar cualquier conflicto con el paciente y cuidando esa relación médico-paciente, y estando conscientes que al ser fracturada esa relación, ya no podrá resarcirse ese quebrantamiento, y que posiblemente eso ocasionará problemas legales.

Además, los profesionales de la salud, deben de ser conscientes que si son médicos, pero que al encontrarse en una profesión que cada día tiene una mayor relación con el derecho, el profesional de la salud debe de ser autodidacta en el sentido de investigar y leer aquellas leyes, normas, tratados, etcétera; que

afecten su actuar profesional, de manera positiva o negativa, pero que al final lo afecten.

BIBLIOGRAFÍA.

Libros:

Bernate Ochoa Francisco. *Imputación Objetiva y Responsabilidad Penal Médica*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2010, 282 p.

Chacón Pinzón, Antonio José. *Fundamentos de Responsabilidad Médica*. Reimpresión marzo 2004, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez LTDA, Bogotá D.C.-Colombia. 222 p.

Galán Cortés, Julio César. *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*. Ed. Civitas, España, 2001. 719 p.

Gómez Méndez, Alfonso. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 1998, p.257.

Rojas Salgado, Manuel de Jesús. *La valoración probatoria en los casos de responsabilidad médica*. Librería Jurídica Sánchez R. LTDA., Medellín-Colombia, Librería Jurídica Sánchez R. LTDA., 2013, 131p.

Yepes Restrepo, Sergio, *La responsabilidad civil médica*, 2ª ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1992, 218 p.

Yepes Restrepo, Sergio, *La responsabilidad civil médica*, 6ª ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2004, 210 p.

Sagrada Biblia, Nuevo Testamento.

Jurisprudencias, Tesis y sentencias:

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de agosto del 2000, Exp. 12.123.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia de 14 de marzo de 1942, t. XII.

Diario Oficial de la Federación, 26 de mayo de 1945, Secretaría de Gobernación, Ley Reglamentaria de los artículos 4º y 5º constitucionales, relativos al ejercicio de las profesiones en el Distrito y Territorios Federales.

Jurisprudencia; S.J.F. y su Gaceta; 9a. Época; Pleno; Tomo XV, Febrero de 2002; Pág. 588.

Tesis Aislada; S.J.F. y su Gaceta; 9a. Época; Pleno; Tomo XII, Septiembre de 2000; Pág. 15

Tesis Aislada; S.J.F. y su Gaceta; 9a. Época; 1a. Sala Tomo XXVI, Octubre de 2007; Pág. 184.

Tesis Aislada I.3o.(I Región) 7 A; S.J.F. y su Gaceta; 10a. Época; Tomo 2, Libro XI, Agosto de 2012; Pág. 1837.

Medios electrónicos:

Carta de los Derechos Generales de las Médicas y los Médicos, <http://bvs.insp.mx/local/File/CARTA%20DERECHOS%20MEDICOS.pdf>

Código Civil colombiano, http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf

Código Civil para el Distrito Federal, <http://www.icyt.df.gob.mx/transparencia/sites/default/files/articulos/art14/Fra ccl/normatividad/ccdf.pdf>

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, <http://www.metro.df.gob.mx/transparencia/imagenes/fr1/normaplicable/cpcdf0712.pdf>

Código Penal para el Distrito Federal, <http://www.metro.df.gob.mx/transparencia/imagenes/fr1/normaplicable/cpdf0712.pdf>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina,
<http://www.unav.es/cdb/coeconvenccion.html>

Decreto 126 de 2010, del 21 de enero del 2010, por el cual se dictan disposiciones en materia de Inspección, Vigilancia y Control, de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones,
<http://www.metrosalud.gov.co/inter/joomla/images/pdf/normograma/DECRETOS/2010/DECRETO%20126%20DE%202010.pdf>

Diccionario Real Academia Española, *<http://lema.rae.es/>*

Ley 23 de 1981, por lo cual se dictan Normas en Materia de Ética Médica,
http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-103905_archivo_pdf.pdf

Ley 599 de 2000,
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>

Ley No. 1653 del 15 de julio de 2013, Por la cual se regula un arancel judicial y se dictan otras disposiciones,
<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/2013/LEY%201653%20DEL%2015%20DE%20JULIO%20DE%202013.pdf>

Ley del Ejercicio Profesional en el Estado de Tamaulipas, p.15,
<http://docs.mexico.justia.com.s3.amazonaws.com/estatales/tamaulipas/ley-del-ejercicio-profesional-en-el-estado-de-tamaulipas.pdf>

Ley Federal de Protección al Consumidor, p. 3,
http://www.profeco.gob.mx/juridico/pdf/l_lfpc_ultimo_camDip.pdf

Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, p.2
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>

Ley General de Salud, *<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf>*

Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, Relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal,
http://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/f74e29b1-4965-4454-b31a-9575a302e5dd/ley_reglam_art5_ejerc_prof_df.htm

NORMA Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, Del expediente clínico,
http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5272787&fecha=15/10/2012

Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, Del expediente clínico,
http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5272787&fecha=15/10/2012

Norma Oficial Mexicana NOM-006-SSA3-2011, Para la práctica de la anestesiología,
http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5240668&fecha=23/03/2012

Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-1993, Atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio y del recién nacido. Criterios y procedimientos para la prestación del servicio,
<http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/007ssa23.html>

Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, “El daño moral”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, 1985, núm. 53,
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/53/art/art4.pdf>

Reglamento de Idoneidad, *<http://www.conacem.org.mx/assets/reglamento--para--el--reconocimiento--de--idoneidad.-ii-vi-2013.pdf>*

Sesión de la Cámara de Diputados de diciembre de 1943, Legislatura XXXIX - Año I - Período Ordinario - Fecha 19431223 - Número de Diario 33 (L39A1P1oN033F19431223.xml) Núm. Diario:33 ENCABEZADO MÉXICO, D. F. JUEVES 23 DE DICIEMBRE DE 1943 DIARIO DE LOS DEBATES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Registrado como artículo de 2a. clase en la Administración Local de Correos, el 21 de septiembre de 1921. AÑO I.- PERÍODO ORDINARIO XXXIX LEGISLATURA TOMO I.- NÚMERO 33.,
<http://cronica.diputados.gob.mx/DDebates/39/1er/Ord/19431223.html>

Vigencia de certificación,
http://www.cmgo.org.mx/ver20/index.php?view=article&id=69%3Avigenciadecertificacion&format=pdf&option=com_content&Itemid=85