

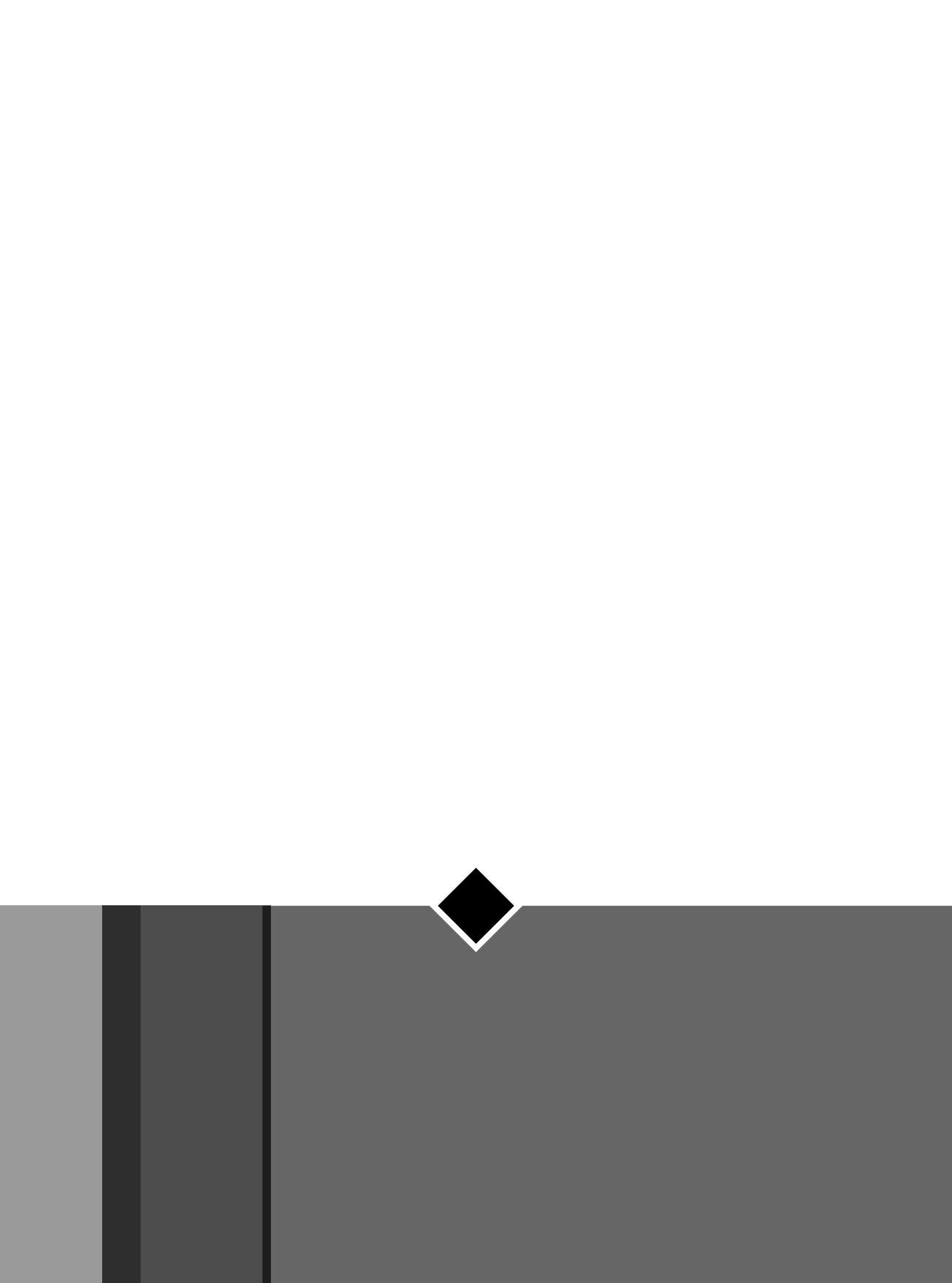


El derecho humano a la salud frente a la responsabilidad médico-legal: una visión comparada

Compendio



Alma de los Ángeles Ríos Ruíz
Antonio Fuente del Campo



El derecho humano a la salud frente a la responsabilidad médico-legal: una visión comparada



Compendio



México • 2017

El contenido del presente libro, así como las opiniones expresadas en el mismo, son responsabilidad exclusiva de sus autores y no necesariamente reflejan el punto de vista de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Primera edición: agosto, 2017

D.R. © 2015 Comisión Nacional de los Derechos Humanos
Periférico Sur núm. 3469, esquina Luis Cabrera,
colonia San Jerónimo Lídice, Delegación Magdalena
Contreras, C.P. 10200, México, D.F.

ISBN: 978-607-729-359-0

Formación: Irene Vázquez del Mercado

Diseño de Portada: Flavio López Alcocer

Impreso en México/*Printed in Mexico*

**Alma de los Ángeles Ríos Ruíz*

***Antonio Fuente del Campo*

* Doctora en Derecho por la UNAM. Profesora de tiempo completo “C” Definitivo de la Facultad de Derecho UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) Nivel 1.

** Doctor en Medicina, Ex-jefe de la División de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, Hospital General “Dr. Manuel Gea González” SS., Ciudad de México. Profesor titular del Posgrado en Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, UNAM. Académico Emérito de la Academia Mexicana de Cirugía. Académico numerario de la Academia Nacional de Medicina de México. Miembro Honorario de la Asociación de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva. Director de la clínica de la Cirugía Plástica Aqtuél.

Contenido

INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO 1	
El arbitraje en la praxis médica, análisis y perspectivas de nuevos mecanismos para la solución de controversias	13
Introducción	13
Antecedentes	14
Comisión Nacional de Arbitraje Médico	16
Competencia de la CONAMED	17
Acto médico	18
Responsabilidad médica	19
Mecanismos de solución de controversias médicas ante la CONAMED	24
Estadísticas de la atención de inconformidades en la CONAMED de 1996 a 2013	27
Análisis de mala práctica médica Periodo de 1996 a 2006	30
Perspectivas de nuevos mecanismos para la solución de controversias médicas	32
Arbitraje médico en latinoamérica	34
Conclusiones	37
Fuentes de información	38

CAPÍTULO 2

Estudio comparativo de la responsabilidad médica en México y Estados Unidos: análisis jurídico	41
Introducción	41
La responsabilidad médica	41
El error médico	42
El error médico y mala práctica	44
Causas de la mala praxis médica	46
La responsabilidad médica en México	50
La responsabilidad administrativa	50
La responsabilidad penal	51
La responsabilidad civil	51
La solución de controversias en la legislación mexicana	53
Análisis de las cifras	61
El Sistema de Salud en México	62
La medicina defensiva en México	64
Estudio de caso	66
La responsabilidad médica en Estados Unidos	67
¿Cómo funciona el sistema de salud en los Estados Unidos?	73
La reforma al sistema de salud en Estados Unidos	75
La medicina defensiva en Estados Unidos	76
Fortalezas y limitaciones de este estudio	80

Conclusiones	81
Fuentes de información	82
CAPÍTULO 3	
Alcances legales en el ejercicio de la medicina. Una visión comparada en latinoamérica	85
Introducción	85
Causas de la mala praxis médica en América Latina	86
Las formas ocultas de la mala praxis	90
Casos de mala praxis médica en América Latina	94
Sanción de la mala praxis médica en América Latina	101
Derechos y obligaciones en la relación médico-paciente en América Latina	104
La formación del médico en latinoamérica	117
Conclusiones	118
Fuentes de información	119
CAPÍTULO 4	
Derecho a la salud como derecho humano. Caso de tabasco	121
Introducción	121
El derecho a la salud y su regulación en el ámbito internacional	122
La Comisión Nacional de Arbitraje Médico	139
Conclusiones	164
Fuentes de información	165

CAPÍTULO 5

Ética, derechos humanos en el marco de la responsabilidad médica en uruguay	169
Introducción	169
Derecho a la salud como un derecho humano	169
Mala praxis médica en américa latina	173
Colegiación médica y ética médica en uruguay	188
Código de ética en uruguay ley núm. 19.286	191
Conclusiones	197
Fuentes de información	198

INTRODUCCIÓN

El primer capítulo examina la praxis médica a través de las acciones u omisiones en que incurren los galenos y el papel del arbitraje médico en México, considerando que, en su ejercicio profesional, no solo participan el paciente y el médico, sino también: paramédicos, técnicos, auxiliares, enfermeras, familiares e incluso, instituciones; transformando la actividad médica en un proceso complejo y delicado, de esta forma, el juzgar su actuar requiere de profundo conocimiento y la participación de instituciones jurídicas especializadas. Además, se precisa la gestión de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) a partir de su creación en México y proponemos mecanismos para la solución de controversias en el ejercicio de la práctica médica en relación con instituciones similares en otros países de Latinoamérica.

El segundo capítulo presenta un análisis comparativo de la responsabilidad médica en México y en Estados Unidos. Asimismo, establece las consecuencias de la mala práctica médica y cómo se resuelve en ambos países, además presenta estudios de caso para comprender el fenómeno estudiado.

El tercer capítulo realiza un estudio de los alcances médico legales en el ejercicio de la profesión en el sector salud, en particular de los doctores, los cuales con su actuar pueden salvar la vida de miles de personas pero en ello pueden estar arriesgando la propia; con la finalidad de demostrar que las acciones en las que puede incurrir un médico actuando con negligencia, impericia y/o imprudencia dan nacimiento a una responsabilidad jurídica que

puede comprender desde una pena privativa de su libertad, el pago de una cantidad de dinero por el daño causado, una multa o la suspensión e inhabilitación de su actividad profesional.

El cuarto capítulo estudia la importancia del derecho a la salud como un derecho humano y la responsabilidad de los gobiernos para crear y garantizar las condiciones que permitan a todas las personas vivir lo más adecuadamente posible. Dichas condiciones incluyen la disponibilidad garantizada de servicios de salud, trabajo seguro, vivienda adecuada, vestido, alimentos nutritivos, entre otros aspectos, con la finalidad de demostrar que el mencionado derecho incluye el acceso a una atención sanitaria oportuna, aceptable, asequible y de calidad satisfactoria. Presenta un estudio del caso del estado de Tabasco.

El quinto capítulo presenta los alcances jurídicos de la responsabilidad médica en el marco de la ética y los derechos humanos en Uruguay. El derecho a la salud es un derecho humano consagrado en tratados internacionales y en las legislaciones nacionales. En la mayor parte de los países latinoamericanos existe legislación que sanciona la responsabilidad médica en caso de actuar con negligencia, impericia y/o imprudencia en el ejercicio de su profesión. Situación, que indudablemente, afecta el derecho humano a la salud. Los médicos deben actuar éticamente respetando los derechos humanos de sus pacientes.

CAPÍTULO 1

EL ARBITRAJE EN LA PRAXIS MÉDICA, ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS DE NUEVOS MECANISMOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la profesión de médico refleja constancia, labor de responsabilidad e ímpetu por el estudio, dado que para ejercer esta noble profesión el titular debió cubrir horas de interminable estudio y acreditar una serie de complejos exámenes.

En relación con la duración de los estudios, a diferencia de la mayoría de las licenciaturas, el médico debió invertir casi una década para contar con una especialidad que le permita llevar a cabo una mejor labor en aras de preservar la vida de sus pacientes, condición que de igual forma se considera síntoma de un verdadero amor por su profesión. Sin embargo, resulta insuficiente su viacrucis académico que refleja el compromiso del médico con sus pacientes para lograr buenos resultados en su ejercicio profesional, que, además, Hipócrates consagró en su juramento al señalar: “Dirigiré la dieta con los ojos puestos en la recuperación de los pacientes, en la medida de mis fuerzas y de mi juicio, y les evitaré toda maldad y daño”.¹

El riesgo ha existido siempre en el ejercicio de la práctica médica, se pueden presentar casos en los cuales el médico puede actuar con negligencia, impericia y/o imprudencia, surgiendo con ello la responsabilidad jurídica de éste.

¹ Traducción adaptada de José María Mainetti, *Ética médica*. La Plata, Quirón, 1989. Transcrita del *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*. Washington, D. C., vol. 108, núms. 5-6, mayo-junio de 1990.

La responsabilidad médica puede ser de tres tipos: penal, civil y administrativa; cada una de ellas contempla un proceso judicial particular en el cual se puede encontrar comprometido el médico y con ello ser sujeto de una pena de privación de su libertad, el resarcimiento de una cantidad de dinero en favor del paciente por el daño causado, o bien, desde el pago de una multa, hasta la suspensión o inhabilitación de su profesión de acuerdo con la magnitud de la consecuencia generada.

Por lo tanto, resulta de suma importancia conocer a detalle cada una de ellas, siendo objeto de estudio de la presente investigación la responsabilidad administrativa encausada a través de la Comisión Nacional de Arbitraje (CONAMED), en particular bajo la figura del arbitraje médico.

ANTECEDENTES

En México a partir de 1988 se incrementó el porcentaje de denuncias contra los médicos, por lo que surgió la necesidad de crear una instancia que resolviera las controversias existentes entre los pacientes y los profesionistas de la salud. Así nace la CONAMED, un sistema alternativo basado en el arbitraje y la conciliación, que tiene jurisdicción para ofrecer asesoramiento e información sobre los derechos y obligaciones de los usuarios y de recibir, investigar y supervisar las quejas relativas a posibles irregularidades en la atención médica.

El licenciado Esteban Moctezuma Barragán fue uno de los primeros en proponer una instancia con autonomía operativa y financiera que resolviera las controversias relativas a la responsabilidad médica mediante un mecanismo de arbitraje, en la conferencia titulada “Retos y perspectivas de la responsabilidad médica” en julio de 1994.² Esto con el objetivo de disminuir la excesiva carga de trabajo del Ministerio Público y de los tribunales penales y civiles dado que los procesos judiciales son generalmente prolongados y costosos.

² Gonzalo Moctezuma Barragán, “Retos y perspectivas de la responsabilidad profesional”, *La responsabilidad profesional del médico y los derechos humanos*. México, CNDH / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Academia Nacional de Medicina, 1995.

Un año más tarde, en junio de 1995, la Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Facultad de Arquitectura, firmó dos convenios de colaboración con la Secretaría de Salud (SSA), mediante los cuales se elaboraría el diseño para la constitución de la Procuraduría de la Salud y se promovería la descentralización de los servicios médicos hacia las entidades federativas, consistiendo algunos de los objetivos del convenio, el hacer armónico el marco legislativo en materia de salud y garantizar el derecho a la protección de la salud que tienen todos los habitantes de la República Mexicana.³

La prestación de los servicios de salud en el mundo se clasifica de la siguiente forma:

- a) De acuerdo con los que se otorgan por el sector de carácter público, o por el sector de carácter privado.

No existe país alguno que proporcione dichos servicios exclusivamente en el sector de salud de carácter privado, siendo tal vez los Estados Unidos la nación que más se aproxima a la citada clase de servicios. Respecto del sector salud público, se puede mencionar como países sobresalientes a Cuba, algunos países del Caribe inglés y Costa Rica.

- b) De acuerdo con el origen de los fondos público o privado que se gastan en salud.

En Latinoamérica el 58 % de los fondos son privados y de acuerdo con el desarrollo económico que presentan los países en el continente americano; los que tienen menor desarrollo socioeconómico cuentan con un 50 % de fondos privados, no ocurriendo lo mismo con los más desarrollados, por ejemplo la Guayana, Costa Rica, Panamá y Surinam, los cuales tienen fondos públicos, a diferencia de Guatemala, Venezuela, Brasil, Uruguay, Paraguay y el Salvador cuyos fondos son de origen privado.

³ Luz María Carrillo Fabela, *La responsabilidad profesional del médico*. México, Porrúa, 2009, pp. 227-228.

c) De acuerdo con el criterio la inversión en el sector salud.

Estados Unidos es el país que tiene mayores fondos, mismos que se concentran en instituciones con fines de lucro. Por su parte, Nicaragua, México, Colombia y Chile son los países que menor gasto tienen invertido en salud.⁴

d) De acuerdo con el producto interno bruto (PIB) que se invierte en salud.

En este sentido Nicaragua es el que presenta menor gasto per cápita, no obstante, de tener la mayor inversión en salud con relación a su PIB, aproximadamente un 14 %. Asimismo, si comparamos a México con Chile, Colombia, Brasil y Argentina, señalamos que nuestro país es el que menos invierte del PIB en salud. Por otro lado, Brasil es el que tiene un mayor gasto de origen privado junto con Argentina y Chile, por su parte México se ubica en la media con un aproximado de 52 %, mientras que Colombia y Nicaragua gastan menos fondos de origen privado.⁵

COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO

En la administración del Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León,⁶ se llevó a cabo la creación de una de las instituciones que marcaría un parteaguas en el ejercicio de la práctica médica en México, el nacimiento de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico a través del decreto del 3 de junio de 1996. En dicho documento se estableció que el fin de esta nueva institución se encaminaba a mejorar la calidad de los servicios médicos a través de la reestructuración de las instituciones, así como atender las demandas de los usuarios para que los servicios operaran con mayor calidad.

⁴ Véase para mayor abundamiento Joaquín Molina Leza, "Transformaciones en la práctica médica y su regulación en Latinoamérica", *Revista CONAMED*. México, vol. 7, núm.2, abril-junio de 2002, p. 13.

⁵ *Ibid.*, p. 14.

⁶ Ernesto Zedillo Ponce de León nació en la Ciudad de México el 27 de diciembre de 1951, es un destacado economista y político mexicano. Fue Presidente de los Estados Unidos Mexicanos del 1 de diciembre de 1994 al 30 de noviembre de 2000. Actualmente se desempeña como Director del Centro para el Estudio de la Globalización de la Universidad de Yale y participa en algunos programas de las Naciones Unidas relacionados con el financiamiento a los países en vías de desarrollo. También es consejero del grupo PRISA desde el 27 de noviembre de 2010.

A partir del 10 de junio del mismo año, siendo nombrado como Director de la mencionada institución el doctor Héctor Fernández Varela, la CONAMED comenzó a recibir los escritos de quejas por violaciones a derechos humanos por negligencia médica o negativa de prestación del servicio médico, mismos que fueron remitidos a través de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.⁷

Actualmente la CONAMED tiene un Reglamento Interno, el cual fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 03 de febrero de 2004, que abrogó el Reglamento publicado el 10 de octubre de 2002. También dentro de su cuerpo normativo cuenta con el Reglamento de Procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial, publicado el 21 de enero de 2003 y reformado el 25 de julio de 2006.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico es un órgano desconcentrado dependiente de la Secretaría de Salud, el cual cumple con una función de carácter social que consiste en contribuir a la resolución de conflictos que surjan entre los usuarios y prestadores de servicios médicos y con ello, coadyuva a satisfacer una de las demandas sociales como lo es la impartición de justicia.

Asimismo, cabe mencionar que a la fecha existen 26 Comisiones Estatales de Arbitraje Médico que operan a lo largo de la República, solamente seis Entidades Federativas carecen de una Comisión y son: Baja California Sur, Chihuahua, Durango, Zacatecas, Distrito Federal y Quintana Roo, por lo cual los asuntos de esta naturaleza son atendidos la CONAMED.⁸

COMPETENCIA DE LA CONAMED

El artículo 3o. del decreto de creación de la CONAMED señala que son usuarios de servicios médicos las personas que solicitan, requieren y obtienen dichos servicios para proteger, promover y restaurar su salud física y mental, mientras que se entiende por prestador de servicios a las institucio-

⁷ *La Jornada*, 14 de junio de 1996, p. 21.

⁸ Ver: <http://www.conamed.gob.mx>

nes de carácter público, privado o social, así como los profesionales, técnicos y auxiliares que ejerzan libremente cualquier actividad relacionada con la práctica médica.

Dicho decreto no establece restricción alguna para conocer de controversias por cuestiones de servicios médicos, por lo cual la Comisión está facultada para conocer de cualquier tipo de irregularidad en el servicio relacionado con la práctica médica, desde una consulta, una curación, hasta la intervención quirúrgica más delicada.

El artículo 4o. del decreto documento de mérito establece las facultades de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, dentro de las cuales destacan las atribuciones jurisdiccionales, pues al tener por función contribuir a la resolución de conflictos, se asemeja a las encomendadas, a los tribunales encargados de impartir justicia.⁹ Para determinar la mala praxis médica es pertinente considerar las acciones u omisiones que derivan del acto médico, lo cual permitirá valorar la existencia de alguna responsabilidad legal.

ACTO MÉDICO

El acto médico es el presupuesto *sine qua non* para el nacimiento de la responsabilidad jurídica del médico, por lo cual, es de suma importancia su tratamiento en la presente investigación.

Se considera acto médico a toda clase de tratamiento médico, a la intervención quirúrgica o exámenes con fines de diagnóstico o de investigación profiláctica, terapéutica o de rehabilitación, llevados a cabo por un médico general o un especialista de alguna rama de la medicina.¹⁰

El acto médico solo puede ser llevado a cabo por profesionales en materia de medicina (médicos generales con el correspondiente título académico o especialistas en alguna rama de la medicina), condición que garantiza las aptitudes y conocimientos del médico ante el Estado.

⁹ Comisión Nacional de Arbitraje Médico, *Atribuciones de la CONAMED*. México, Editorial IEPSA, 1996, p. 5.

¹⁰ Alfredo Achával, *Manual de medicina legal, práctica forense*. 3a. ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, p. 50.

Desde el punto de vista jurídico, los elementos que conforman el acto médico son la profesionalidad, ejecución típica, y la *lex artis*, que consiste en que el enfermo es considerado el objetivo, es decir, se integra por objeto y acto lícito.

Por tanto, la actuación del médico, de acuerdo con lo que establece la *lex artis* se plantea de la siguiente manera:

- a) Capacidad profesional del médico: se alude a su formación y experiencia.
- b) Circunstancias de lugar y tiempo: comprende las condiciones en que se produjo la actuación profesional.
- c) Fase en que se gesta la actuación del médico: deriva de acciones u omisiones en la conducta.
- d) Responsabilidad derivada del trabajo en equipo: puede presentarse de manera individual, sin embargo, puede haber imprudencia cuando los integrantes del equipo tenían conocimiento de la deficiente preparación de los colaboradores.

El acto médico en sus orígenes se caracterizaba por ser un binomio médico-paciente, donde existía el clásico paternalismo en el que el médico hacía todo para proteger a su paciente y este no opinaba; sin embargo, actualmente se han presentados cambios en la relación tradicional, al grado tal que también participan los familiares, en la resolución profesional y las decisiones, los paramédicos, los técnicos auxiliares, las enfermeras, entre otros, dando lugar a un factor de carácter polinómico.

RESPONSABILIDAD MÉDICA

La protección de la salud es un derecho que tiene que ser velado por las instituciones del ramo y de todo su personal con el objetivo de brindar una atención médica de manera profesional y éticamente responsable, en con-

diciones de respeto y dignidad; por lo que si en su actuación omitieren hacer esto serían sujetos de una responsabilidad jurídica.

El vocablo “responsabilidad” proviene del latín *respondere*, interpretable como “estar obligado”. La obligación –*obligatio*– en el derecho romano clásico es la institución concebida como “el vínculo jurídico por virtud del cual una persona –deudor– es constreñida frente a otra –acreedor– a realizar una determinada prestación”. La obligación consta de dos elementos el débito y la responsabilidad; el deber de cumplir la prestación y la sujeción que se deriva del incumplimiento.¹¹

Podemos establecer a la figura jurídica de responsabilidad como género, la responsabilidad profesional como especie y la responsabilidad profesional del médico como una subespecie. La responsabilidad profesional se encuentra dentro de la teoría general de la responsabilidad y se sujeta a sus normas generales.¹²

El prestador de servicios de salud tiene obligaciones que imponen deberes de hacer y de no hacer.

a) El cumplirlas tiene consecuencias.

b) El no cumplirlas tiene sanciones.

La responsabilidad es la consecuencia del incumplimiento, es decir, la obligación de rendir cuentas de los propios actos. Y la profesión es una capacidad cualificada con la que la persona a través de su actividad realiza su vocación dentro de un trabajo elegido, que determina su participación en la sociedad, le sirve de medio de subsistencia y que, a la vez, la valora positivamente en la economía del país.¹³

Por lo tanto, la responsabilidad profesional médica es la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos,

¹¹ Juan Iglesias, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*. 7a. ed. Barcelona, Ariel, 1984, pp. 383-384.

¹² L. M., Carrillo Fabela, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 338.

¹³ Julio Roldan González, *Ética médica*. México, Universidad La Salle, 1981, p. 29.

omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio profesional.¹⁴

En este sentido, las categorías de la responsabilidad profesional médica son las siguientes:

- Impericia: es la ignorancia inexcusable.
- Imprudencia: es la actuación temeraria y/o precipitada.
- Negligencia: es la omisión o demora injustificada en la actuación del médico, o la actuación perezosa, con carencia o de constancia profesional.
- Inobservancia de reglamentos o normas: es el incumplimiento de reglamentos específicos de la institución y las reglas del servicio, así como de principios éticos de la medicina y los derechos del paciente.

La responsabilidad profesional de un médico la podemos encontrar regulada en diversas legislaciones a saber:

- a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- b) Código Penal Federal.
- c) Código Civil Federal.
- d) Ley General de Salud.
- e) Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica.
- f) Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

¹⁴ Juan Antonio Gisbert Calabuig, *Medicina legal y toxicología*. Barcelona, Editorial Masson, 2000, p. 87.

- g) Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.
- h) Normas Oficiales Mexicanas de la Secretaría de Salud.
- i) Ley General de Profesiones.
- j) Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

De manera amplia, el médico es sujeto de responsabilidad jurídica cuando actúa con negligencia, impericia y/o imprudencia. La negligencia es el incumplimiento de los elementales principios inherentes al arte o profesión; esto es, que sabiendo lo que se debe hacer, no se hace, o la inversa, que sabiendo lo que no se debe hacer, se hace.

La impericia, por su parte, es la falta de las habilidades o los conocimientos técnicos básicos e indispensables que se deben poseer obligatoriamente en determinada arte o profesión. Dicho de otra manera, existe cuando en determinada situación el médico no actúa como lo haría cualquiera de sus colegas o la mayoría de los mismos, en igualdad de condiciones con los conocimientos, habilidades y cuidados exigidos.

La imprudencia es afrontar un riesgo sin haber tomado las debidas precauciones para evitarlo, procediendo con apresuramiento innecesario, sin detenerse a pensar los inconvenientes que resultarán de esa acción u omisión. Imprudencia es el ir o llegar más allá de donde se debió.¹⁵

La responsabilidad en que puede incurrir el médico en el ejercicio médico se denomina “responsabilidad culposa”, también conocida como mala praxis, mala práctica, *faute médicale*, *malpractice* y tratamiento contra *legis artis*, entre otros,

El desarrollo que ha tenido la responsabilidad médica en las últimas décadas, muestra una clara tendencia hacia la tutela de las víctimas de daños. Se

¹⁵ L. M. Carrillo Fabela, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 16.

aprecia una evolución en favor de la protección del paciente en el sentido de cubrir, según algunos sistemas jurídicos, como el francés, hasta el área de los riesgos imprevisibles. Se dejan atrás los tradicionales compartimientos de la responsabilidad civil, y hasta en algunos sistemas jurídicos, se ha considerado necesario, incluso, sobrepasar estos límites para encontrar mejores respuestas en las indemnizaciones provenientes de fuente colectiva, como por ejemplo, el sistema de seguros, en especial, en lo que respecta a la cobertura de la nueva noción de daño provenientes de “accidentes médicos”, es decir, aquellos que no deben su producción a una culpa del agente y carecen de nexo causal con el estado inicial del paciente o su evolución previsible. Este tipo de daños quedaría totalmente fuera de la esfera tradicional de la responsabilidad civil.¹⁶

El usuario de los servicios de salud (paciente) puede interponer una queja respecto de una responsabilidad administrativa por inconformidades relacionadas con la práctica médica ante:

- a) Comisión Nacional de Arbitraje Médico.
- b) Comisiones Estatales de Arbitraje Médico.

Se ha reconocido que la salud es un derecho humano fundamental, y como tal, se encuentra protegido por instancias e instrumentos nacionales e internacionales. Su trascendencia es de tal envergadura que se le reconoce la calidad de derecho de referencia más importante, junto al derecho a la seguridad.¹⁷

¹⁶ Ver: Olenka Woolcott, “Nuevas dimensiones de la protección del paciente: en la responsabilidad médica, el derecho a la salud y el estatuto del consumidor”, *Revista Principia Iuris*, núm. 22, 2014-II, p. 242.

¹⁷ *Ibid.*, p. 255.

MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MÉDICAS ANTE LA CONAMED

Entre los mecanismos utilizados por la CONAMED para resolver las controversias derivadas de las quejas presentadas por los usuarios de los servicios médicos se encuentran:

a) La orientación.

Brinda orientación y asesoría especializada que el usuario necesite, particularmente la que se refiere a los alcances y efectos legales del proceso arbitral y de otros procedimientos existentes.

b) La gestión.

Gestiona la atención inmediata de los usuarios, cuando la queja se refiere a demora, negativa de servicios médicos, o cualquier otra que pueda ser resuelta por esta vía. Con la figura de la gestión, la mayoría de las veces basta una llamada telefónica para solucionar la inconformidad en contra del prestador del servicio.

c) La conciliación.

La conciliación puede definirse “como una práctica consistente en utilizar los servicios de una tercera parte neutral para que ayude a las partes en un conflicto a allanar sus diferencias y llegar a una transacción amistosa o a una solución adoptada de mutuo acuerdo”.¹⁸

Cuando las partes expresan su voluntad para resolver sus diferencias mediante la conciliación, se firma un convenio en el que tanto el usuario como el prestador del servicio médico expresan sus compromisos y acuerdan poner fin a la controversia. Siempre será necesario que las partes involucradas en la controversia tengan disposición para someterla a la CONAMED y resolverla mediante la conciliación o por medio del arbitraje. Solo cuando las

¹⁸ Américo Plá Rodríguez, “La solución de conflictos de trabajo (estudio preliminar)”, *La solución de los conflictos laborales (perspectiva iberoamericana)*. México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 1985, p. 35.

partes no puedan llegar a acuerdos que pongan fin al conflicto se les propone la actuación de la Comisión como árbitro, que no obstante ser semejante a un juicio, en cualquier etapa procedimental puede llegar a conciliar sus diferencias.

d) El arbitraje.

El arbitraje es la resolución dictada por un tercero, que resulta obligatoria en virtud del previo compromiso, asumido con las formalidades debidas, por las partes interesadas. El arbitraje es una institución de amplio arraigo como medio para alcanzar la solución de los conflictos sociales.¹⁹

La voluntad de las partes es el elemento *sine qua non* para que el arbitraje proceda. Si alguna de las partes en la controversia, es decir, el usuario o el prestador del servicio médico, una vez que la conciliación no fue posible no accede someter su controversia al arbitraje de la CONAMED, no es posible acción legal alguna para obligarlo.

Ahora bien, cuando las partes se someten al arbitraje de la CONAMED los laudos que emite en su calidad de árbitro constituyen actos materialmente jurisdiccionales como lo marca la siguiente tesis:

COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO. LOS LAUDOS QUE EMITE EN SU CALIDAD DE ÁRBITRO CONSTITUYEN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES Si se toma en consideración, por un lado, que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 92, fracción III y 97, fracciones II y IV, del Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas de la citada institución, los laudos “siempre tendrán el carácter de definitivos”; que “el laudo firme produce acción y excepción contra las partes y contra el tercero llamado legalmente al procedimiento que hubiere suscrito el compromiso arbitral” y que “los laudos se considerarán como sentencias, en términos de la legislación procesal en vigor” y, por otro, que el diverso numeral 444 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que: “Las sentencias que causen ejecutoria y los convenios judiciales, los convenios celebrados ante

¹⁹ *Ibid.*, pp. 38-39.

la Procuraduría Federal del Consumidor, los laudos que emita la propia procuraduría y los laudos o juicios de contadores, motivarán ejecución, si el interesado no intentare la vía de apremio.”, resulta inconcuso que el laudo que emita la citada comisión, en su calidad de árbitro, constituye un acto materialmente jurisdiccional, ya que se traduce en una resolución sobre el fondo de las cuestiones que se hayan sometido a su decisión, que por mandato de las normas jurídicas invocadas es irrevocable e inmutable y que, de ser condenatorio, tiene efectos de un título ejecutivo, por traer aparejada ejecución, lo que obliga al Juez competente a dictar un acto de ejecución si así lo pide la persona legitimada, puesto que hace prueba por sí mismo de la existencia de una obligación patrimonial, líquida y exigible, sin necesidad de completarlo con algún reconocimiento, cotejo o autenticación, esto es, no requiere de aprobación judicial alguna que le dé fuerza jurídica, que lo convierta en sentencia verdadera y que le dé eficacia ejecutiva, pues tales atributos ya los tiene.²⁰

Es importante precisar que, el laudo es una resolución que emite el árbitro para resolver una controversia planteada por las partes involucradas en un conflicto que, en el caso concreto, está referido a irregularidades en la prestación del servicio médico y el mismo puede ser recurrido mediante amparo:

COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO. SUS LAUDOS ARBITRALES SON ACTOS DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. Los laudos que emite la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en su calidad de árbitro, constituyen actos de autoridad para efectos del juicio de amparo, pues si bien es cierto que actúa por voluntad de las partes, también lo es que ejerce facultades decisorias a nombre del Estado y como ente público establece una relación de supra a subordinación con los particulares que se someten voluntariamente al procedimiento arbitral, ya que al dirimir la cuestión debatida entre el prestador del servicio médico y el usuario de éste, de manera unilateral e imperativa crea, modifica o extingue, por sí o ante sí, situaciones

²⁰ Tesis: 2a. CCXIX/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, diciembre de 2001, p. 365.

jurídicas que afectan la esfera legal de éstos, sin necesidad de acudir a los órganos judiciales ni de obtener el consenso de la voluntad del afectado.²¹

De esta manera, la resolución o laudo se emite en función de las pretensiones del quejoso, de tal manera que, si éstas se refieren a aspectos de índole económica, el laudo resolverá lo conducente y si es sobre la pretensión del servicio, entonces el laudo se emitirá en este sentido.

En cuanto a la responsabilidad de limitar el ejercicio profesional, cabe distinguir los supuestos legales de su procedencia. El ejercicio profesional solo puede limitarse por la comisión de un ilícito tipificado en la legislación penal y/o civil como resultado de una práctica profesional contraria a los señalamientos de la Ley General de Salud; situación que no es factible sujetar al arbitraje, dado que están involucradas disposiciones legales de interés público.

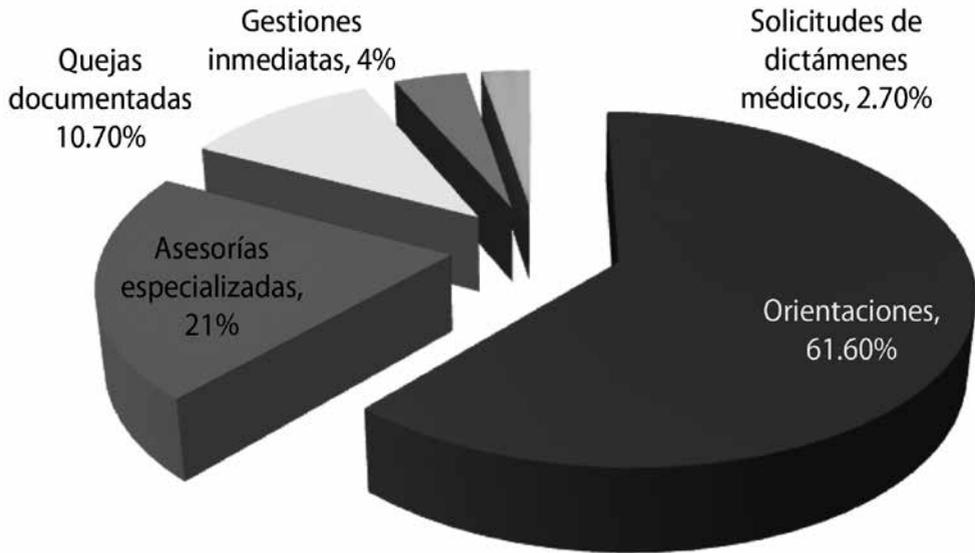
ESTADÍSTICAS DE LA ATENCIÓN DE INCONFORMIDADES EN LA CONAMED DE 1996 A 2013²²

A lo largo de tres lustros de labor de la CONAMED, se han recibido 221,239 asuntos relacionados con las quejas planteadas por los usuarios de los servicios de salud, de ahí que este volumen de asuntos quedó integrado por los siguientes servicios brindados: orientaciones, 136,181 (61.6 %); asesorías especializadas, 46,584 (21.0 %); gestiones inmediatas, 8,876 (4.0 %); quejas documentadas para su atención por medio de una conciliación o del arbitraje, 23,677 (10.7 %); y solicitudes de dictámenes médicos en 5,921 (2.7 %), como resultado del ejercicio de las atribuciones que le han sido conferidas en su decreto de creación.

²¹ Época: Novena Época Registro: 188434 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XIV, noviembre de 2001 Materia(s): Administrativa Tesis: 2a./J. 56/2001, p. 31.

²² Nota: los periodos en que están divididos los datos que son analizados fueron establecidos por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico a través del Sistema de Atención y Quejas Médicas y Dictámenes (SAQMED). Sistema de Estadística Institucional.

Gráfica 1: Asuntos atendidos por la CONAMED 1996–2010



Fuente 1: CONAMED. Dirección General de Calidad e Informática. Sistema de Atención y Quejas Médicas y Dictámenes (SAQMED). Sistema de Estadística Institucional. http://www.conamed.gob.mx/estadistica/pdf/resena_estadistica_1996-2010.pdf

Los datos muestran que entre 1996 y 1997, la cifra superior fue de 3,780; a partir de 1998 y hasta el año 2010, el número aumenta considerablemente debido a que se inicia el registro metodológico de las orientaciones, la mediana obtenida para este último intervalo de tiempo es de 16,458 asuntos.

Tabla 1: Asuntos recibidos por tipo de servicio ofrecido CONAMED. 1996–2013

TIPO DE ASUNTOS						
Año	Total	Orientación	Asesoría especializada	Gestión in- mediata	Queja	Dictamen
1996	2,907	0	1,597	72	1,158	80
1997	3,780	0	1,935	352	1,347	146
1998	18,058	13,665	2,017	468	1,494	414
1999	16,458	11,695	1,850	579	1,749	585
2000	15,265	10,342	1,672	692	1,915	644
2001	12,937	7,537	2,464	738	1,478	720
2002	14,409	9,071	2,849	862	1,172	455
2003	23,847	17,864	3,145	941	1,514	383
2004	20,433	14,696	3,060	698	1,545	434
2005	17,908	11,141	4,126	594	1,661	386
2006	19,036	12,260	4,179	591	1,657	349
2007	17,369	10,664	4,187	494	1,753	271
2008	14,673	7,390	4,596	553	1,793	341
2009	12,574	5,435	4,352	588	1,789	410
2010	11,585	4,421	4,555	654	1,652	303
2011	14,571	6,225	5,299	915	1,789	343
2012	12,850	6,156	3,484	1,046	1,914	250
2013	17,518	9,391	4,646	1,179	2,033	269

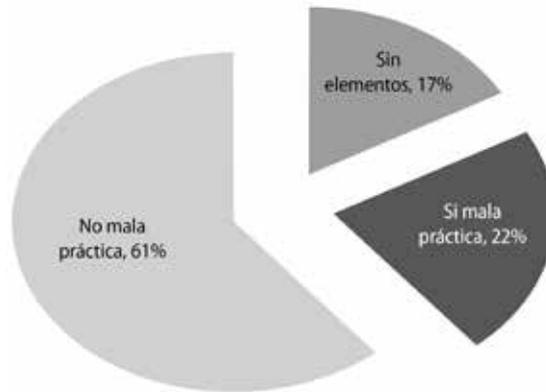
Fuente 2: CONAMED. Dirección General de Calidad e Informática. Sistema de Atención y Quejas Médicas y Dictámenes (SAQMED). Sistema de Estadística Institucional. http://www.conamed.gob.mx/estadistica/estadistica_2013.php

Por otra parte los resultados de evidencia de mala práctica médica en quejas atendidas en el periodo de 1996 a 2006²³ son los siguientes:

Análisis de mala práctica médica Periodo de 1996 a 2006

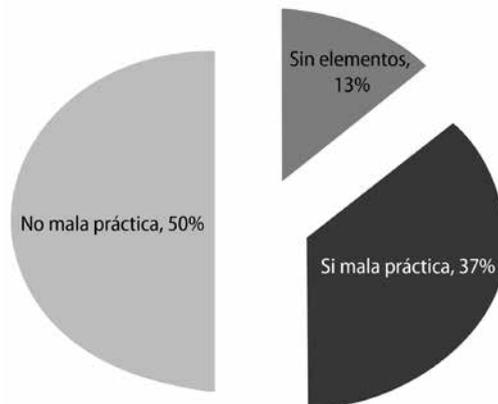
Gráfica 2: Fase Conciliatoria

No. de Casos = 6,761



Gráfica 3: Arbitraje

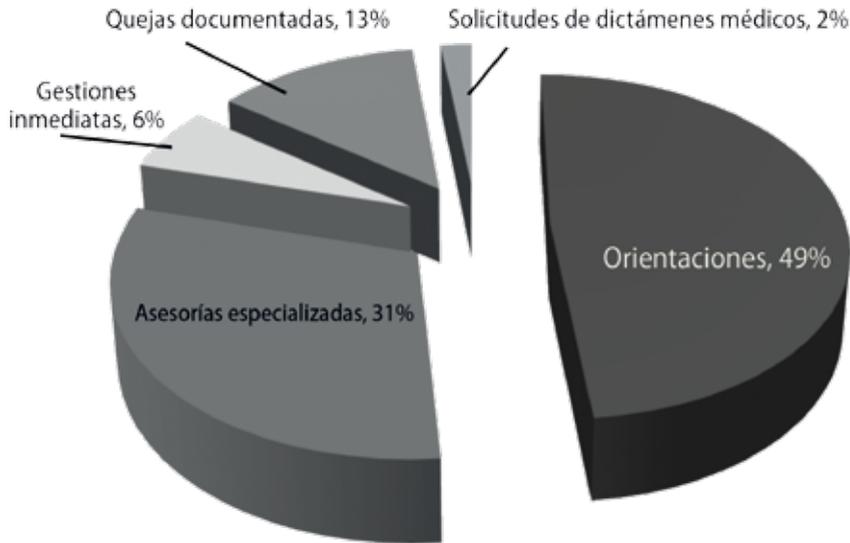
No. de Casos = 468



²³ Fuente: CONAMED. Dirección General de Calidad e Informática. Sistema de Atención y Quejas Médicas y Dictámenes (SAQMED). Sistema de Estadística Institucional. http://www.conamed.gob.mx/estadistica/boletin/resultado_eviden_mala_analisis_doc.htm.

Ahora bien, entre el año 2007 a 2013 la Comisión Nacional de Arbitraje Médico recibió 101,140 asuntos relacionados con las quejas planteadas por los usuarios de los servicios de salud, este volumen de asuntos quedó integrado por los siguientes servicios brindados: orientaciones, 49,559 (49 %); asesorías especializadas, 31,353 (31 %); gestiones inmediatas, 6,068 (6 %); quejas documentadas para su atención por medio de una conciliación o del arbitraje, 12,137 (12 %); y solicitudes de dictámenes médicos en 2,023 (2 %):

Gráfica 4: Asuntos atendidos CONAMED 2007-2013



Fuente 3: Transparencia focalizada: Gestión inmediata: www.conamed.gob.mx/prog_anticorrupcion/pdf/Gestion_Inmediata.pdf

PERSPECTIVAS DE NUEVOS MECANISMOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MÉDICAS

A casi dos décadas de su creación, los resultados que ha ofrecido la Comisión Nacional de Arbitraje Médico han sido por de más positivos, ya que a través de esta institución un gran número de pacientes han encontrado solución a sus inconformidades en el recibimiento de servicios de salud.

Las figuras procesales utilizadas por la CONAMED en la solución de las quejas de los pacientes son mecanismos procesales que pueden ser optimizados con el objetivo de acercar aún más la justicia a la sociedad mexicana. Es por esto que el uso de la tecnología toma un papel primordial en el fortalecimiento de los servicios de justicia ofrecidos por la Comisión.

La primera observación recae sobre el funcionamiento de la figura de la gestión. Este mecanismo permite resolver el problema de la pronta atención de los pacientes a través de una llamada telefónica al responsable de brindar la atención médica; sin embargo, este proceso puede ser perfeccionado a través del uso del correo electrónico institucional, ya que este instrumento es un sistema de comunicación que actualmente todas las dependencias de la administración pública utilizan para enviar instrucciones a sus subalternos. Los beneficios que se obtendrían con el uso del correo institucional en la figura de la gestión son los siguientes:

- a) Se responsabiliza a una persona de la instrucción de atender a los pacientes, ya que las cuentas de correo electrónico institucional son personales e intransferibles.
- b) Se cuenta con registro de las instrucciones enviadas a cada funcionario público, el cual incluye la hora de envío, de recepción, de lectura y de tiempo que se tomó para resolver dicha inconformidad.
- c) Con base en este registro se pueden hacer gráficas del desempeño de los servidores públicos.

- d) No tienes costo, ya que los correos electrónicos son enviados a través de internet.

El arbitraje médico puede ser mejorado con la inclusión de medios electrónicos, en particular, con la creación de un “arbitraje médico en línea”, similar al juicio en línea con el que actualmente cuenta el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. En el caso de contar con un arbitraje médico en línea las ventajas serían las siguientes:

- a) Se evitaría la obligación de presentarse de forma física en la mayoría de las etapas procesales del arbitraje, ya que evidentemente los pacientes no se encuentran en las mejores condiciones para llevar a cabo actividades físicas.
- b) Se agilizarían los trámites para iniciar y desarrollar dicho proceso, ya que el sistema puede ser utilizado a través de cualquier computadora conectada a internet sin importar su ubicación física.
- c) Se reducirían los costos para cada una de las partes.

Cabe señalar que el contar con un arbitraje médico en línea, no elimina al arbitraje médico tradicional, ya que ambos pueden tener vigencia como instrumentos de solución de inconformidades ante la CONAMED, dando mayores opciones a los pacientes que han sufrido algún percance relacionado con la atención médica.

A partir de la reforma constitucional mexicana de 2011, el derecho a la salud es un derecho humano reconocido por el Estado mexicano y, por tanto, se puede exigir su cumplimiento en los tribunales, a fin de hacerlo viable:

- El modelo de mediación busca promover la conciliación pacífica y armónica, optimizar los procesos de solución de controversias que se presentan entre médicos y pacientes, eliminar trámites innecesarios, permitir mayor oralidad en los procedimientos, garantizar la opinión de especialistas médicos en la materia, así como el intercambio de experiencias e información para mejorar los procesos al contar con Comisiones Estatales.

- El Estado mexicano debe implementar una política pública que responsabilice a los sectores público y privado, así como a la sociedad misma, toda vez que las inconformidades y quejas frecuentemente se presentan cuando el paciente no obtiene el resultado que esperaba y resolverlas es competencia del arbitraje médico.
- Plantear, analizar y revisar el tema de la responsabilidad profesional en la praxis médica, dado que se trata de derechos fundamentales del hombre, tanto de los pacientes como del médico.
- Considerar el derecho del paciente a recibir prestaciones de salud oportunas, profesionales y responsables, así como el derecho del médico a ser tratado con justicia y equidad, resaltando la inexistencia de un esquema que permita delimitar a partir de qué punto una acción médica se considera negligente, considerando que la aplicación de medidas punitivas indiscriminadas a los médicos, resulta en una práctica médica defensiva, que incrementa sustancialmente el costo de la atención médica para el paciente y para las instituciones, limita el libre albedrío en la toma de decisiones del médico y frena la evolución de la ciencia médica, como se ha podido constatar en países como los Estados Unidos donde la calidad de la atención médica se ha deteriorado sustancialmente en los últimos años.

ARBITRAJE MÉDICO EN LATINOAMÉRICA

El papel desempeñado por México al ser pionero en el campo del arbitraje para la solución de controversias derivadas de la atención médica ha servido como modelo a seguir por varios países de Latinoamérica.

La figura de arbitraje médico como mecanismo de solución de conflictos derivados de la práctica médica ha demostrado ser una herramienta eficaz en la procuración de justicia. A través de este elemento jurídico las partes pueden encontrar solución a sus conflictos de forma ágil, eficaz y económica; sin embargo, actualmente solo un reducido número de países ha incorporado esta institución a su sistema jurídico.

Otras figuras procesales como la conciliación, mediación y negociación, son mecanismos autocompositivos que se caracterizan porque son las partes contendientes las que de forma voluntaria alcanzan un acuerdo para resolver su conflicto a través del diálogo en una etapa previa al inicio de un proceso judicial. A diferencia del arbitraje, en el cual un tercero denominado árbitro después de llevar a cabo todo un proceso arbitral dictará un laudo que resuelva el conflicto (mecanismo heterocompositivo).

Los mecanismos autocompositivos sí están contemplados en la mayoría de los sistemas jurídicos de Latinoamérica, pero al contar con una diferente naturaleza jurídica no podemos considerarlos como instituciones análogas al arbitraje médico.

La queja administrativa, en el ejercicio de la práctica médica, tiene como objetivo denunciar la violación de los derechos del paciente o las insatisfacciones de los usuarios por actos u omisiones del personal institucional vinculado con la prestación de los servicios médicos. Este instrumento, a diferencia del arbitraje, se encuentra presente en la mayoría de los sistemas jurídicos, pero dada su naturaleza carece de litis.

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, solo un reducido número de países en Latinoamérica contempla el arbitraje médico para resolver los conflictos en esta materia, así como la presencia de una institución especializada en la materia. La lista se sintetiza únicamente a dos países: Argentina y Perú.

Respecto del primero, la institución que puede resolver los conflictos en materia de salud en la República Argentina es el Tribunal Americano de Conciliación y Arbitraje Médico y de Salud (TACAMES), el cual establece que el arbitraje médico opera bajo el modelo de cláusula compromisoria cuya utilización permite a los contratantes tener allanado el camino para la pronta constitución del Tribunal Arbitral, en la cual se hace remisión previa obligatoria y expresa a las reglas de la mediación y conciliación.

La imposibilidad de impugnar y/o apelar, así como la obligatoriedad del laudo permite garantizar su cumplimiento sin demora y con derecho para que la autoridad nominadora procure su cumplimiento mediante las acciones

privadas o judiciales nacionales e internacionales que correspondan. Los árbitros son elegidos por las partes y su designación se cumple si son probos, imparciales e independientes. Además, el tribunal garantiza la calidad, profesionalidad y especialización de los árbitros al exigir que sean miembros del Registro de Abogados Generales, Mediadores, Conciliadores y Árbitros en Solución de Controversias Médicas y de Salud de acuerdo con los programas de capacitación de la Secretaría General del propio tribunal.²⁴

En la República del Perú los conflictos que se presentan en materia de salud pueden ser resueltos por el Centro de Conciliación y Arbitraje (CECONAR) de la Superintendencia Nacional de Salud, a través de la figura de arbitraje médico, cuyo proceso tiene una duración de 45 a 80 días hábiles aproximadamente. Asimismo, este mecanismo tiene un bajo costo administrativo y la decisión del árbitro es plasmada en un laudo arbitral definitivo. Actualmente, el CECONAR cuenta con aproximadamente 180 árbitros facultados para conocer de este tipo de asuntos.²⁵

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que existe un importante número de países en Latinoamérica que no contemplan el arbitraje médico como mecanismo de solución de conflictos, ni cuentan con un organismo especializado en la materia, condición que se puede observar en el siguiente esquema:

²⁴ Tribunal Americano de Conciliación y Arbitraje Médico y de Salud, <http://www.aademes.org/noticias/val/2843/%3Cspan%3Eacames%3C-span%3E-tribunal-americano-de-conciliaci%C3%B3n-y-arbitraje-m%C3%A9dico-y-de-salud-.html>, consultado el 2 de septiembre de 2014.

²⁵ <http://app3.susalud.gob.pe/ES/218/12/Articulo-84.aspx>, consultado el 2 de septiembre de 2014.



CONCLUSIONES

- La atención a la salud tiene relevancia en el ordenamiento jurídico mexicano, por ello se considera oportuno revisar y en su momento formular una propuesta que permita modificar el marco normativo para hacer eficiente el arbitraje médico en México, así como replantear el tema de la responsabilidad profesional de los galenos y la negligencia médica, entre otros aspectos, para evitar caer en el esquema de una medicina defensiva como ha ocurrido en los Estados Unidos.
- Se propone impartir cursos, talleres, seminarios, o cualquier otra actividad académica teórico-práctica, de ser posible con reconocimiento universitario, que permita la capacitación continua del personal de las Comisiones de Arbitraje Médico del país.
- El uso de la tecnología fortalecería los mecanismos de resolución de controversias en el recibimiento de la atención médica, de tal forma que se pudieran presentar inconformidades en línea a través de la página web de la CONAMED; ya que actualmente solo pueden ser hechas de manera presencial o por correspondencia.

La creación de un arbitraje médico en línea, ya que a través de esta nueva estructura electrónica se obtendrían importantes beneficios para los pacientes, los cuales desafortunadamente no se encuentran en las mejores condiciones físicas y emocionales para estar atentos a todas y cada una de las etapas procesales del arbitraje.

- Se deben establecer módulos de quejas en los centros de salud, con el objetivo de que los pacientes puedan exponer sus inconformidades de una forma rápida y sencilla sobre asuntos que puedan ser resueltos en el mismo centro de salud. En una primera etapa sería conveniente instalarlos en zonas rurales donde los pacientes a parte de sufrir una enfermedad tienen que lidiar con el maltrato de ciertos servidores públicos.
- Motivar a los gobiernos locales de Baja California Sur, Chihuahua, Durango, Zacatecas, Quintana Roo y, en especial, del Distrito Federal para incorporar Comisiones de Arbitraje Médico, lo cual representaría un avance monumental en la construcción de un Estado constitucional de derecho.
- Invitar a todos los países de Latinoamérica a trabajar en conjunto respecto de la materia de responsabilidad médica con las autoridades mexicanas y en especial con la CONAMED, con el fin de crear instituciones especializadas en materia de arbitraje médico en cada una de estas naciones para solventar una demanda social imperante en nuestros días.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- ACHÁVAL, Alfredo, *Manual de medicina legal, práctica forense*. 3a. ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.
- CARRILLO FABELA, Luz María, *la responsabilidad profesional del médico*. México, Porrúa, 2009.
- COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO, *Atribuciones de la CONAMED*. México, Editorial IEPSA, 1996.

- GISBERT CALABUIG, Juan Antonio, *Medicina legal y toxicología*. Barcelona, Editorial Masson, 2000.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*. 7a. ed. Barcelona, Ariel, 1984.
- MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo, “Retos y perspectivas de la responsabilidad profesional”, *La responsabilidad profesional del médico y los derechos humanos*. México, CNDH / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Academia Nacional de Medicina, 1995.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “La solución de conflictos de trabajo (estudio preliminar)”, *La solución de los conflictos laborales (perspectiva iberoamericana)*. México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 1985.
- ROLDÁN GONZÁLEZ, *Ética médica*. México, Universidad La Salle, 1981.

PERIÓDICOS Y REVISTAS

- Periódico *La Jornada*, México 14 de junio de 1996.
- *Revista CONAMED*. México, vol. 7, núm. 2, abril-junio de 2002.
- LEGISLACIÓN
- Decreto de creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de 3 de junio de 1996.
- Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de 3 febrero 2004.
- Reglamento de Procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de 21 de enero 2003.

PÁGINAS WEB

- Asociación Argentina de Derecho Médico y Salud. <http://www.aademes.com>.

- Comisión Nacional de Arbitraje Médico. <http://www.conamed.gob.mx>
- Tribunal Americano de Conciliación y Arbitraje Médico y de Salud. <http://www.aademes.org/noticias/val/2843/%3Cspan%3E-tacames%3Cspan%3E-tribunal-americano-de-conciliaci%C3%B3n-y-arbitraje-m%C3%A9dico-y-desalud-.html>, consultado el 2 de septiembre de 2014.
- <http://app3.susalud.gob.pe/ES/218/12/Articulo-84.aspx>, consultado el 2 de septiembre de 2014.
- Superintendencia Nacional de Salud del Perú. <http://app3.susalud.gob.pe/index.aspx>
- *Semanario Judicial de la Federación*. <http://sjf.scjn.gob.mx/SJ-FSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

CAPÍTULO 2

ESTUDIO COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN MÉXICO Y ESTADOS UNIDOS: ANÁLISIS JURÍDICO

INTRODUCCIÓN

La mala praxis médica en México y en Estados Unidos representa un problema que no solo violenta el derecho a la salud, sino también jurídico, ya que el incremento de las demandas, además de ser costoso en tiempo y dinero frena la expedita resolución en cuanto a los casos de responsabilidad médica. Principalmente en Estados Unidos y en menor medida en México, esto ha causado el desarrollo de la llamada medicina defensiva, que básicamente se caracteriza por el miedo a cometer un error diagnóstico, y por el retraso en la aplicación de un tratamiento generalmente por la solicitud de pruebas e interconsultas en exceso; lo anterior es potencialmente generador de responsabilidad jurídica. En Estados Unidos la mayoría de los médicos cuenta con un seguro de mala práctica médica con el objetivo de protegerse en caso de negligencia, este seguro en la mayoría de los casos es un requisito para pertenecer o trabajar en un hospital o en un grupo médico. En México aún esta práctica no ha sido tan desarrollada como en Estados Unidos.

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Como ya mencionamos, la responsabilidad profesional médica es la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión.

El médico es sujeto de responsabilidad jurídica cuando actúe con negligencia, impericia y/o imprudencia:

- a) La negligencia es el incumplimiento de los elementales principios inherentes al arte o profesión; esto es, que sabiendo lo que se debe hacer, no se hace, o a la inversa, que sabiendo lo que no se debe hacer, se hace.
- b) La impericia, por su parte, es la falta de las habilidades o los conocimientos técnicos básicos e indispensables que se deben poseer obligatoriamente en determinada arte o profesión.
- c) La imprudencia es afrontar un riesgo sin haber tomado las debidas precauciones para evitarlo, procediendo con apresuramiento innecesario, sin detenerse a pensar los inconvenientes que resultarán de esa acción u omisión. Imprudencia es el ir o llegar más allá de donde se debió.

El error médico

Es la conducta clínica equivocada en la práctica médica como consecuencia de la decisión de aplicar un criterio incorrecto. En la práctica médica, cuando las decisiones están sujetas a la aplicación del criterio de los médicos, sustentado con base en sus conocimientos, habilidades y experiencia, existe la posibilidad de incurrir en riesgo de errores y de que estos errores se materialicen en daño para el paciente.²⁶

Si existe una omisión de procedimientos de la práctica médica puede provocar un diagnóstico incorrecto y, como consecuencia, un tratamiento inoportuno, con lo cual se está cayendo en el error médico, lo cual va a provocar algún daño para el paciente y responsabilidad profesional para el médico.

²⁶ Germán Fajardo-Dolci *et al.*, "Recomendaciones para prevenir el error médico, la mala práctica y la responsabilidad profesional", *Revista CONAMED*, México, vol. 17, núm. 1, enero-marzo, de 2012, p. 38.

De acuerdo con la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de México el error médico puede ser:²⁷

- a) Error excusable, aquellos errores derivados de una equivocación en el juicio, es decir, los que se cometen con una lógica de pensamiento correctamente estructurada, pero que parten de una interpretación inadecuada de los hechos.
- b) Error inexcusable, aquellos que pudieron haberse evitado y son resultado de descuido o falta de pericia.

La noción de accidente médico en este nuevo contexto de indemnización de los daños, aflora como uno de los más notorios reconocimientos por parte del derecho comparado, de lo que se conoce como “error médico”. Se trata de una noción amplia y que más bien, se acuña en la Medicina. El concepto comprende todas aquellas conductas del médico que pueden configurar una “culpa médica” propia del terreno de la responsabilidad, pero en otros casos, pueden no configurarla, debido a que el error no le es imputable al médico sino a otros factores que pueden haber intervenido en él, pero cuya identificación es difícil de establecer. Este concepto también es conocido en el sector de la Medicina como “eventos adversos” y ha encontrado una justificación en el en el principio *errare humanum est*.²⁸

En la práctica médica existe la posibilidad de incurrir en errores y que estos puedan o no dañar al paciente cuando las decisiones están sujetas a la aplicación del criterio de los médicos, sustentado con base en sus conocimientos, habilidades y experiencia. Los tipos de errores que frecuentemente conducen a la mala praxis médica son los siguientes:

²⁷ Carlos Tena-Tamayo y Norma L. Juárez-Díaz González, “Error y conflicto en el acto médico”, *Revista Médica IMSS*. México, vol. 41, núm. 6, 2003, pp. 461-463.

²⁸ O. Woolcott, *op. cit.*, *supra* nota 16, pp. 242-243.

Tabla 2: Tipos de errores que conducen a la mala praxis

DIAGNÓSTICO	<ul style="list-style-type: none"> • Error o retardo en el diagnóstico • Falla en el uso de las pruebas indicadas • Falla para actuar sobre los resultados ofrecidos por el monitoreo o la prueba • Uso de pruebas terapéuticas desactualizadas
TERAPÉUTICOS	<ul style="list-style-type: none"> • Cuidado inapropiado o no indicado • Error en el método o la dosis de un medicamento • Error en la administración del tratamiento • Error en la realización de una cirugía, un procedimiento o una prueba • Retraso evitable en el tratamiento o en la respuesta a una prueba anormal
PREVENTIVOS	<ul style="list-style-type: none"> • Falla para proveer un tratamiento profiláctico • Seguimiento del tratamiento inadecuado
OTROS	<ul style="list-style-type: none"> • Falla en el equipo • Falla en la comunicación • Falla en otros sistemas

El error médico y mala práctica

El error médico es una de las causas de mala práctica que pueden ocasionar o no daño para el paciente, cuando el daño no se produjo se está frente a un incidente y cuando existió daño para el paciente, con la presentación de un evento adverso y puede considerarse que se ha incurrido en mala práctica, en la que existe responsabilidad profesional.²⁹

De tal manera, que la responsabilidad profesional del médico resultada del ejercicio incorrecto de la práctica médica, ya sea por imprudencia, impericia y/o negligencia. La mala práctica médica ocurre por dos circunstancias particulares:

- a) Por omisión: cuando era necesario llevar a cabo el acto médico y se omitió.

²⁹ G. Fajardo-Dolci *et al.*, *op. cit.*, *supra* nota 26, p. 39.

- b) Por comisión: cuando se realizó un acto médico diferente al que se requería.

Para determinar la responsabilidad médica será preciso establecer la magnitud del daño que se causó al paciente. Lo cual tendrá relevancia jurídica cuando el daño sea consecuencia de una mala práctica médica y pueda establecerse una relación causal (causa-efecto) lo cual lleva al profesional médico a la obligación de reparar el daño como consecuencia de un acto médico, pudiendo resultar responsabilidad civil, penal o administrativa. No tendrá relevancia jurídica, cuando el daño no dependa de la destreza profesional, sino de la propia enfermedad o de las circunstancias particulares del paciente.

En este sentido, los elementos constitutivos de la responsabilidad médica son:³⁰

- a) Cuando había obligación de realizar una conducta diferente a la que se realizó.
- b) Cuando se omitió realizar una conducta que era obligado realizar.
- c) Cuando no se acreditan los conocimientos y las habilidades requeridas.
- d) Por falta de precaución.
- e) Por falta de previsión del resultado.

De manera amplia, el médico es sujeto de responsabilidad jurídica cuando actúa con negligencia, impericia y/o imprudencia. Por tanto, la responsabilidad en que puede incurrir en el ejercicio médico se denomina “responsabilidad culposa”, también conocida como mala praxis, mala práctica, *faute médicale*, *malpractice* y tratamiento contra *legis artis*, entre otros.

³⁰ *Ídem.*

Causas de la mala praxis médica

La mala praxis médica existirá cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencia de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable.³¹

Enseguida se sintetizan los factores condicionantes atribuibles al médico:³²

1. Mala relación médico paciente
2. Aplicación superficial de procedimientos clínicos
3. Deficientes conocimientos y habilidades
4. Invasión de campos de la medicina que no domina
5. Exceso de confianza
6. Pago por terceros.

Actualmente, la relación entre el paciente y su médico ha cambiado, y en un número importante de casos hay desconfianza; por el paciente, debido al temor de la mala práctica, a errores u omisiones en los procedimientos diagnóstico-terapéuticos; y por el médico, ante el riesgo de reclamos, controversias o demandas justificadas o no. Las causas de los cambios en la práctica médica pueden atribuirse al médico, al paciente y al entorno sociocultural.

Un aspecto importante de la relación entre el paciente y su médico es la comunicación. Un número importante de inconformidades tiene su origen en la falta de información al enfermo, acerca de su padecimiento, del trata-

³¹ Lidia Nora Iraola, "Apuntes sobre la responsabilidad médica legal y la mala praxis", *GeoSalud*, <http://www.geosalud.com/malpraxis/malapraxis.htm>

³² Raymundo Paredes Sierra, "Ética y medicina defensiva", <http://www.facmed.unam.mx/publicaciones/libros/pdfs/eadlm.pdf>

miento y del pronóstico, el consentimiento informado evita muchas controversias por lo que resulta de gran importancia que el paciente conozca los riesgos y beneficios de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos, que rechace o acepte su realización.

En la actualidad el médico aplica los procedimientos de diagnóstico que son tomados de manera superficial e incompleta, el interrogatorio exhaustivo, detallado, la exploración física meticulosa y la hipótesis diagnóstica que incluya diagnóstico, solo es aplicado por unos cuantos; la mayoría subordina a procedimientos diagnóstico-terapéutico sofisticados y costosos con el propósito explícito de evitar controversias y demandas por mala práctica.³³

Otras causas atribuibles al médico son deficiencias en sus conocimientos, habilidades o destrezas, por fallas en su preparación básica y en posgrado, con programas muy técnicos y poco clínicos, enfocados a la investigación poco frecuente y desligada de la solución de problemas comunes.

Es frecuente que los médicos de ciertos niveles, muchos de ellos sin entrenamiento formal, invadan campos o especialidades que no dominan, o bien, que por exceso de confianza realicen procedimientos que rebasan su capacidad, comprometiendo la vida del paciente o, en el mejor de los casos exponiéndolo a complicaciones o postoperatorios largos y costosos.

También es importante, como causa de problemas en el desempeño del médico ante el paciente, el pago por terceros entre los que se encuentran la medicina institucional, las compañías de seguros y las administradoras de servicios de salud, como terceros pagadores que habitualmente limitan al médico en la indicación de estudios de laboratorio y gabinete, consultas con especialistas y ciertos tratamientos, lo que da como resultado la inconformidad del paciente.

Entre las causas atribuibles al paciente, como motivo de medicina defensiva se enumeran los siguientes:³⁴

³³ Selene Margarita Cisneros Cortés, *Límites jurídicos del arbitraje médico en México*, Tesis de licenciatura. México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, octubre de 2009.

³⁴ *Idem*.

1. Mayor cultura médica: el nivel educativo de los habitantes se ha incrementado, la población urbana tiene acceso a los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio, los periódicos, el internet, los cuales difunden noticias de nuevos medicamentos, procedimientos diagnóstico terapéuticos y de casos de demandas contra médicos por supuesta negligencia, que los mantienen alerta y a la expectativa cuando acuden a consulta y más cuando tienen que internarse o someterse a estudios o intervenciones quirúrgicas.
2. El sistema prepago de servicios y seguros médicos: el hecho de que el paciente no seleccione a su médico, favorece la inconformidad, de este modo surgen controversias tanto en las compañías privadas de servicios de salud, como en las instituciones médicas que administra el Estado.

La exigencia legítima de la sociedad de atención médica oportuna, humanizada y de calidad con reclamos inmediatos cuando no se cumplen sus expectativas ha dado lugar a la actitud defensiva del médico en su desempeño.

Los factores condicionantes del entorno social que influyen directamente son:

1. Leyes más estrictas.³⁵
2. Difusión inmediata y masiva de noticias médicas tanto positivas como negativas.
3. Mal uso de la información
4. Demanda de atención médica oportuna, humanizada y de calidad.

La calidad de la atención puede verse comprometida por la ocurrencia de un error médico, definido como el acto cuyo resultado es una equivocación, no concurriendo en él, ni mala fe ni elementos de mala práctica. El error es el factor causal más frecuente de las consecuencias indeseadas del proceso de atención médica, por encima de la mala práctica.

³⁵ *Ibid*, p. 82.

Se citan más de 20 factores causales o de riesgo que pueden conducir a error médico, pero algunos pueden ser considerados perfectamente previsibles, entre los que están:

- Exceso de confianza, vacilación, timidez o rutina.
- Demoras en la atención.
- Incorrecta relación médico-paciente.
- Inadecuadas condiciones o métodos de trabajo.
- Falta de organización, disciplina y supervisión del cuerpo médico.
- Ausencia de reglas para la revisión de la clase y calidad de la atención prestada.
- Problemas en la confección, custodia y conservación de historias clínicas.
- Falta de reglamentos que rijan el ejercicio básico de la especialidad.

Otros diseños encaminados a la evitación del error son:

- Estudios de quejas y demandas.
- Discusión y análisis científico en reuniones entre médicos y funcionarios responsables de la institución, en relación con dificultades y deficiencias que obstaculicen una buena asistencia.
- El consentimiento informado, se debe brindar al paciente y a sus familiares una información detallada, veraz y completa de los procedimientos a realizar.
- Vigilancia y control de la calidad en el proceso de atención de salud.

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN MÉXICO

La responsabilidad médica en México puede ser de tipo administrativa, civil y penal y ser aplicables al mismo tiempo, es decir, son independientes unas de otras y por ello, pueden ser demandadas o juzgadas por una o las tres formas.

La responsabilidad administrativa

Se adquiere cuando se infringe la Ley General de Salud y/o sus reglamentos y demás disposiciones, independientemente de que se cause o no un daño a la salud del paciente. Ésta no se limita únicamente a los médicos profesionistas, sino que incluye a las instituciones, técnicos o auxiliares de la salud.

De acuerdo con la Ley General de Salud, las sanciones por responsabilidad administrativa podrán ser amonestación con apercibimiento; multa; clausura temporal o definitiva, que podrá ser total o parcial, y arresto hasta por 36 horas.³⁶ El artículo 418 establece que la autoridad competente deberá fundar su resolución con base en los daños que hayan producido o puedan producirse en la salud de las personas, la gravedad de la infracción, las condiciones socio-económicas, la reincidencia y el beneficio obtenido por el infractor como resultado de la infracción. También, para el caso de médicos servidores públicos podrán ser sancionados por lo dispuesto en la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, que consiste en la destitución y/o inhabilitación del cargo público.

La responsabilidad administrativa se inicia con una queja, para lo cual se integra el expediente del quejoso. Puede haber lugar a una conciliación. De no ser así, continuará el procedimiento, emitiéndose finalmente una resolución. Dicha resolución puede liberar de responsabilidad al prestador de servicios de salud; en caso contrario, se emitirá una recomendación, o una sanción, que puede ser suspensión, destitución o inhabilitación temporal o definitiva para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público, cuando es un servidor público el que comete la falta, así como sanción económica o pago de daños y perjuicios, en los demás casos.

³⁶ Artículo 417 de la Ley General de Salud, Capítulo II. Sanciones Administrativas, http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/legis/lgs/LEY_GENERAL_DE_SALUD.pdf

Cabe señalar que en México, el elemento fundamental para determinar tanto la responsabilidad penal, civil y administrativa es el diagnóstico médico;³⁷ ya que el médico para su elaboración debe tomar en consideración todos los medios que suelen ser utilizados en la práctica y en la ciencia médica.³⁸

La responsabilidad penal

Existe responsabilidad penal cuando en el ejercicio médico se comete algún delito de acuerdo con el Código Penal y la Ley General de Salud, así como sus diversos ordenamientos referentes al ejercicio profesional. De acuerdo con el Código Penal Federal el artículo 228 establece que los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso: además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.³⁹

El proceso se inicia ante el Ministerio Público, donde se elabora una denuncia de hechos, y existe la posibilidad de la privación de la libertad durante el proceso jurídico. La sanción por asuntos que implican la comisión de un delito puede consistir en privación de la libertad y/o suspensión en el ejercicio de la profesión.

La responsabilidad civil

Se refiere a la obligación de reparar el daño causado a otro; cuando surge de un obrar ilícito o contrario a las buenas costumbres, se le denomina respon-

³⁷ Amparo en revisión 117/2012. Agustín Pérez García y otros. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

³⁸ Época: Décima Época. Registro: 2002570. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XVI, enero de 2013, Tomo I. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXVII/2013 (10a.). Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, p. 638.

³⁹ Artículo 228 del Código Penal Federal, <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s>

sabilidad subjetiva o por hecho ilícito; cuando el daño resulta del uso permitido por la ley de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismas, se denomina responsabilidad objetiva o de riesgo creado.

Cuando hablamos de responsabilidad civil del médico, nos referimos a la obligación legal de la reparación económica del daño causado por una “mala praxis” médica. Conforme con nuestra legislación sanitaria, si un prestador de servicios de salud causa algún daño indebido a su paciente por no apegar-se a la “*lex artis*”⁴⁰ exigida para el caso concreto, incurre en responsabilidad civil por “mala praxis” médica.

Conforme con la legislación civil, el Código Civil Federal también establece en su artículo 1910 que el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.⁴¹ En tanto el artículo 1915 establece que la reparación del daño debe consistir, a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará, atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima. Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes.⁴²

⁴⁰ *Lex artis* médica es el conjunto de reglas para el ejercicio de la medicina contenidas en la literatura universalmente aceptada, en las cuales se establecen los medios ordinarios para la atención médica y los criterios para su empleo.

⁴¹ Artículo 1910 del Código Civil Federal, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf

⁴² Artículo 1915 del Código Civil Federal, en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf

Cabe señalar que en México, el elemento fundamental para determinar tanto la responsabilidad penal, civil y administrativa es el diagnóstico médico;⁴³ ya que el médico para su elaboración debe tomar en consideración todos los medios que suelen ser utilizados en la práctica y en la ciencia médica.⁴⁴

La solución de controversias en la legislación mexicana

Las controversias suscitadas por una presunta responsabilidad civil médica pueden dirimirse de las siguientes dos formas.⁴⁵

1. Por la vía jurisdiccional.

En este caso la autoridad competente será, generalmente, un juez civil de primera instancia, quien deberá resolver la controversia, atendiendo a la legislación civil de la entidad federativa a la que pertenezca. Normalmente, en estas controversias, el demandante exige el pago de los daños y perjuicios ocasionados por la atención médica y que trajeron como resultado presuntamente, un daño físico, o bien, un daño moral. Si con las pruebas aportadas en el procedimiento se acredita la responsabilidad del facultativo, el juez de la causa condenará al resarcimiento de los daños sufridos. Para ello y cuando se trate de daño moral, el juez fijará la indemnización, tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del médico, y la de la víctima, es decir, en este caso la indemnización se fija tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto. En cambio, cuando el daño traiga como resultado la muerte u ocasione alguna lesión que incapacite permanente o temporalmente al paciente, entonces el monto de la indemnización se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo, que es la que establece la suma que deberá pagarse por cada tipo de enfermedad o lesión sufrida. Estas controversias están sujetas a los plazos y recursos que establece la ley adjetiva civil correspondiente, por lo que, usualmente, los tiempos de respuesta son prolongados.

⁴³ Amparo en revisión 117/2012, *op. cit.*, *supra* nota 37.

⁴⁴ Época: Décima Época. Registro: 2002570, *op. cit.*, *supra* nota 38.

⁴⁵ Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, "La responsabilidad profesional de los prestadores del servicio médico. Marco jurídico para la solución de controversias en la legislación mexicana. Suprema Corte de la Justicia de la Nación, en <https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/LA%20RESPONSABILIDAD%20PROFESIONAL%20DE%20LOS%20PRESTADORES%20DEL%20SERVICIO%20M%C3%89DICO.pdf>

2. Mediante una amigable composición.

Los procedimientos de conciliación y arbitraje llevados a cabo ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, teniendo como fundamento dicha Comisión para tramitarlos el Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas.

En el momento en que se fueron incrementadas las denuncias por responsabilidad médica durante los últimos años, se hizo patente la necesidad de crear en México un órgano que, de manera alterna, diera solución a estas controversias. El objetivo principal que se perseguía con su creación era disminuir los tiempos de respuesta para los profesionistas médicos y para los usuarios, toda vez que los procesos judiciales en que se ventilan estos litigios suelen ser costosos y prolongados. Además, era necesario reducir la carga de trabajo, tanto de los juzgados civiles y penales como de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que, hasta ese momento, eran los únicos competentes para conocer de estos asuntos.

En 1996, entró en vigor el decreto por el cual se creó la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, que empezó a funcionar a partir del 10 de junio siguiente. Al año de su creación, la CONAMED demostró ser un mecanismo eficaz para la atención de las quejas de los pacientes o de sus familiares, resolviendo la mayoría de éstas a través de la conciliación.⁴⁶

Este organismo ha logrado incrementar la confianza entre los médicos y los pacientes quienes, con más frecuencia, solicitan y aceptan la intervención de la Comisión para la búsqueda de solución a las controversias vinculadas con los actos médicos. Una vez que las partes deciden someterse al arbitraje y se dicta el laudo correspondiente, dicha resolución tiene la misma fuerza que una sentencia ejecutoriada, es decir, respecto de la cual no procede ningún recurso o juicio, por lo que deberá estarse a lo ahí resuelto.

De acuerdo con los datos estadísticos presentados por CONAMED, en el primer semestre del año 2014:

⁴⁶ *Idem.*

Tabla 3: Asuntos recibidos por tipo de servicio ofrecido.

TIPO DE SERVICIO	
Total	9, 123
Orientación	5,316
Asesoría especializada	2,014
Gestión inmediata	683
Quejas	1,000
Dictámenes	110

Fuente 4: Sistema de Atención de Quejas y Dictámenes (SAQMED) /Cifras del primer semestre 2014.

Tabla 4: Asuntos concluidos por tipo de servicio ofrecido.

TIPO DE SERVICIO	
Total	8,971
Orientación	5,316
Asesoría especializada	2,014
Gestión inmediata	683
Quejas	831
Dictámenes	127

Fuente 5: Sistema de Atención de Quejas y Dictámenes (SAQMED) /Cifras del primer semestre 2014.

Las cifras de los cuadros presentan datos interesantes, puesto que en los asuntos recibidos y concluidos en la CONAMED con mayor solicitud es la orientación con 5,316 en ambos casos; en cuanto a las quejas, el número de asuntos recibidos es de 1,000 y los que se concluyen son 831. Lo cual permite observar que dicha institución es dinámica y eficaz, que logra empatar las solicitudes con los asuntos concluidos.

Los motivos o causas que originaron las inconformidades de los usuarios en el primer semestre de 2014 fueron las siguientes:

**Tabla 5: Motivos de las quejas concluidas.
Comisión Nacional de Arbitraje Médico, 2014.**

MOTIVO	
Total	3,397
Accidentes e incidentes	46
Atención de parto y puerperio inmediato	60
Auxiliares de diagnóstico y tratamiento	41
Deficiencias administrativas	222
Diagnóstico	1,624
Relación médico-paciente	1,117
Tratamiento médico	245
Tratamiento quirúrgico	42

Fuente 6: Sistema de Atención de Quejas y Dictámenes (SAQMED) /Cifras del primer semestre 2014.

De estos datos se desprende que los motivos más frecuentes de inconformidad están relacionados con el diagnóstico, la relación médico-paciente, el tratamiento médico, las deficiencias administrativas y la atención en el parto. Lo cual se traduce en que un número importante de inconformidades tiene su origen en el diagnóstico, la falta de información al enfermo acerca de su padecimiento, del tratamiento y del pronóstico, el consentimiento informado evita muchas controversias por lo que resulta de gran importancia que el paciente conozca los riesgos y beneficios de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos, que rechace o acepte su realización.

La calidad de la atención puede verse comprometida por la ocurrencia de un error médico, el error es el factor causal más frecuente de las consecuencias de la mala práctica médica.

Por otra parte, la relación entre el paciente y su médico ha cambiado, y en un número importante de casos hay desconfianza; por el paciente, debido

al temor de la mala práctica, a errores u omisiones en los procedimientos diagnóstico- terapéuticos; y por el médico, ante el riesgo de reclamos, controversias o demandas justificadas o no.

Es frecuente que los médicos de ciertos niveles, muchos de ellos sin entrenamiento formal, invadan campos o especialidades que no dominan, o bien, que por exceso de confianza realicen procedimientos que rebasan su capacidad, comprometiendo la vida del paciente o, en el mejor de los casos, exponiéndolo a complicaciones o periodos posoperatorios largos y costosos.

En cuanto a las quejas concluidas por institución médica relacionada de acuerdo con la CONAMED en 2014, las cifras del sector público, sin seguridad social y privado son:

Tabla 6: Sector, grupo o institución

Total	831
Sector público	610
Seguridad social	533
IMSS	432
ISSSTE	84
PEMEX	11
SEDENA	2
Otros	4
Sin seguridad social	74
Hospitales Federales de la Secretaría de Salud	33
Servicios Estatales de Salud	41
Asistencia social	3
SER. MED. DE INSTIT. UNIVERSITARIAS	3
Sector Privado	221
Servicios privados	154
Consultorios	136

Hospitales	15
Laboratorios y Gabinete	3
Asistencia privada	67
Cruz Roja	1
Otros	66

Fuente 7: Sistema de Atención de Quejas Médicas y Dictámenes (SAQMED) /Cifras preliminares, 1er semestre 2014. Incluye los Servicios Médicos del G.D.F.

Los siguientes datos demuestran que el sector público es el que mayor número de quejas recibe con 610, en comparación con el sector privado con 221 quejas; en cuanto al sector público, el IMSS es la institución que más quejas presenta con 432 en tanto a los servicios privados las quejas son 154.

Lo anterior se traduce en que la generalización de la asistencia a la población y la complejidad creciente de las prestaciones médicas han generado nuevos centros de atención médica, pero con muchas limitantes operacionales y de infraestructura, además de los salarios bajos para los profesionales y demás operadores de la salud.

Una buena práctica médica obedece a centros de salud bien equipados, suficiente personal médico para atender a los pacientes, excelente formación médica de los profesionales de la salud y salarios bien pagados a estos. Sin embargo, en México, el problema fundamental radica en el aumento de población que acude al sector público para atención médica, lo cual provoca que, ante una numerosa cantidad de consultas, cuya corta duración, limita la posibilidad de entablar una relación cordial médico-paciente. La falta de tiempo para la atención médica de cada paciente en forma particularizada puede hacer incurrir al médico en un actuar imprudente, negligente o erróneo.

De las quejas concluidas por modalidad, de acuerdo con la CONAMED en 2013 se presentan las siguientes estadísticas:

MODALIDAD	TOTAL
Conciliación	918
Aclaración aceptada	632
Desistimiento de la acción	11
Transacción	273
Otros	2
Laudo	92
Condenatorios	43
Absolutorios	43
Absolutorio con mala práctica no vinculatoria	6
No conciliación bajo audiencia	475
Falta de interés procesal	251
Sobreseimiento	12
Improcedencia	6
Por fallecimiento del usuario o del prestador de servicios de salud	6
Arbitraje	27
Transacción	8
Desistimiento de la acción	7
Caducidad	12

Fuente 8: Sistema de Atención de Quejas Médicas y Dictámenes (SAQMED).

Estos números nos permiten comprender la importancia que ha tenido la Comisión en su tarea de conciliar a las partes y dar solución a las controversias, pues del número total de quejas desahogadas en 2013, 918 fueron resueltas mediante una conciliación inmediata o por medio de un convenio de conciliación, lo que garantiza a las partes una solución expedita al conflicto. De los 1,775 procesos en total; de los cuales 43 derivaron en un laudo condenatorio para el acusado y 27 casos mediante el arbitraje médico.

En cuanto a las quejas concluidas mediante la emisión de un laudo por especialidad según condición de responsabilidad institucional en 2013, se puede observar que la cirugía en general es la que tiene mayor número de quejas mediante laudo, después le siguen las especialidades de oftalmología, ortopedia y obstetricia junto con las especialidades odontológicas y odontología general.

ESPECIALIDAD	TOTAL	CON RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL	SIN RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL	NO DISPONIBLE
Total	92	9	40	43
Especialidades médicas	84	9	34	41
Cardiología	2	1		1
Cirugía de gastroenterología	3		1	2
Cirugía general	22	2	12	8
Cirugía neurológica	1			1
Cirugía pediátrica	1		1	
Cirugía plástica y estética	3		2	1
Cirugía reconstructiva	1		1	
Cirugía vascular y angiología	4	1		3
Endoscopia	2	1		1
Gastroenterología	1		1	
Geriatría	1		1	
Ginecología	3			3
Medicina familiar	1			1
Medicina física	1			1
Nefrología	1			1
Neumología	2		1	1
Neurología	1			1

Obstetricia	5		1	4
Oftalmología	8	3	3	2
Oncología quirúrgica	2		1	1
Ortopedia general	6	1	3	2
Otorrinolaringología	3		1	2
Psiquiatría	1			1
Reumatología	2		1	1
Traumatología	4		1	3
Urgencias médicas	1	1		
Urología	2			
Especialidades odontológicas y odontología general	5	0	5	0
Cirugía Maxilofacial	1		1	
Odontología	4		4	
Servicios técnicos y auxiliares de la salud	3	0	1	2
Radiología e Imagen	1			1
Servicios Auxiliares de Tratamiento	2		1	1

Fuente 9: Sistema de Atención de Quejas Médicas y Dictámenes (SAQMED)

Análisis de las cifras

La CONAMED tiene registro de dictámenes concluidos por especialidad según resultado del análisis documental, donde se contabilizaron 92 casos en que se pudo comprobar la mala práctica de médicos, especialmente, en casos de cirugías; pero no todos llegaron a un fallo. De acuerdo con la Comisión de cada 100 quejas interpuestas por presunta negligencia médica solo dos concluyen con fallos contra el doctor investigado (en 2013).

Más de la mitad de los casos, 918 al término de 2013, fueron resueltos a través de conciliaciones y en 26 % (475), no se llegó a un acuerdo. También

existieron 251 expedientes, el 14 %, en todo el país, que fueron cerrados por falta de interés procesal de los presuntos agraviados. Sin embargo, una revisión al concentrado de asuntos recibidos por tipo de servicio ofrecido permite observar que las quejas por negligencia médica solo equivalen a uno de cada 10 expedientes atendidos por la Comisión. En toda la República mexicana solo fueron resueltas 87 % de las 2,033 quejas interpuestas en realidad.

En el primer semestre de 2014 la CONAMED registró que el IMSS es el que más quejas tiene registradas con 533, le sigue el ISSSTE con 432 casos, en tercer sitio, los servicios privados, que registran 154 inconformidades; lo que equivale al 14 % de los asuntos iniciados en todo el año anterior. En 2013, el IMSS también figuró en el primer sitio, con un total de 1,088 expedientes; el ISSSTE con 319 y a los consultorios privados, con 287 inconformidades; lo que equivale al 14 % de los asuntos iniciados en 2012.

La mayor cantidad de quejas en 2013 de acuerdo con la CONAMED estuvo relacionada con tres asuntos: una mala relación médico-paciente, una mala operación y un mal diagnóstico. En el primer semestre de 2014: un mal diagnóstico, una mala relación médico-paciente y el tratamiento médico.

De acuerdo con la Comisión en 2013, en el apartado de “Quejas concluidas por especialidad” resalta que 1,170 de los asuntos estuvieron relacionados justamente con algún médico especialista y 415, con personal auxiliar o de servicio técnico.

El Sistema de Salud en México

El sistema de salud de México está compuesto por dos sectores: público y privado. El sector público comprende a las instituciones de seguridad social IMSS, ISSSTE, Petróleos Mexicanos (PEMEX), Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA), Secretaría de Marina (SEMAR) y otros, que prestan servicios a los trabajadores del sector formal de la economía, y a las instituciones que protegen o prestan servicios a la población sin seguridad social, dentro de las que se incluyen el Seguro Popular de Salud (SPS), la Secretaría de Salud (SSa), los Servicios Estatales de Salud (SESA) y el Programa

IMSS-Oportunidades (IMSS-O). El sector privado presta servicios a la población con capacidad de pago. El financiamiento de las instituciones de seguridad social proviene de tres fuentes: contribuciones gubernamentales, contribuciones del empleador (que en el caso del ISSSTE, PEMEX, SEDENA y SEMAR es el mismo gobierno) y contribuciones de los empleados. Estas instituciones prestan sus servicios en sus propias instalaciones y con su propio personal. Tanto la SSa como los SESA se financian con recursos del gobierno federal y de los gobiernos estatales, además de una pequeña contribución que pagan los usuarios al recibir la atención (cuotas de recuperación). La población de responsabilidad de la SSa y de los SESA se atiende en las instalaciones de estas instituciones, que cuentan con su propio personal. El SPS se financia con recursos del gobierno federal, de los gobiernos estatales y cuotas familiares, y compra servicios de salud para sus afiliados a la SSa y a los SESA (y en algunas ocasiones a proveedores privados). Finalmente, el sector privado se financia con los pagos que hacen los usuarios al momento de recibir la atención y con las primas de los seguros médicos privados, y ofrece servicios en consultorios, clínicas y hospitales privados.⁴⁷

En este tenor es importante comprender que el sistema de salud en México representa un reto importante en cuanto a la mala praxis médica y cómo atender la responsabilidad médica. De acuerdo con un estudio internacional comparativo de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el problema más crítico que presentaba México en 2000 era el de la “equidad en la contribución financiera”, ya que más de la mitad de la población estaba excluida de sistemas de seguridad social y casi la totalidad del dinero que circulaba en el sector privado provenía de gastos de bolsillo (que además de ser ineficiente refuerza la desigualdad económica). Además de que el sistema mexicano de salud, evaluado por medio de indicadores de desempeño y calidad, ocupaba los lugares 55 y 64, respectivamente, de las tablas internacionales.⁴⁸

⁴⁷ Octavio Gómez Dantés *et al.*, “Sistema de salud de México”, *Salud Pública*. México, vol. 53, núm. 2, 2011, pp. 220-232, http://bvs.insp.mx/rsp/articulos/articulo_e4.php?id=002625

⁴⁸ Leonardo Lomelí Vanegas, “Los sistemas públicos de salud en México: necesidad social y viabilidad económica de transitar de la segmentación a la cobertura universal”, *Seguridad Social*. México, núm. 259, p. 42, en http://www.ciiss.org.mx/pdf/editorial/259/259_03.pdf

Como respuesta a este problema, se creó el SPS. Este seguro cubrirá en un lapso de siete años a todos los mexicanos que habían quedado excluidos de la seguridad social convencional.

Las evaluaciones externas que se han hecho del SPS indican que son las familias más pobres las que se han afiliado preferentemente a este seguro; la utilización de servicios tanto ambulatorios como hospitalarios es mayor entre la población afiliada que entre la población no asegurada, y se ha extendido la cobertura efectiva de diversas intervenciones, incluidas la vacunación, la atención del parto por personal calificado, la detección del cáncer cervicouterino y el tratamiento de la hipertensión, entre otras.⁴⁹

En este contexto, se puede observar porqué el sector público de salud presenta el mayor número de quejas y porqué el profesional médico puede incurrir en la mala praxis médica, ya que el sistema de salud en México no ha sido capaz de generar respuesta en la atención médica, debido al alto porcentaje de pacientes que requieren del servicio y el bajo porcentaje de profesionales médicos, de suministro de medicamentos e inoperancia de la estructura hospitalaria entre otros.

El mayor reto del actual sistema mexicano de salud es buscar alternativas para fortalecer su integración, de tal manera que se garantice un paquete común de beneficios a todas las personas, se reduzcan los altos costos de transacción inherentes a un sistema segmentado y se logre finalmente el ejercicio universal e igualitario del derecho a la protección de la salud.⁵⁰

La medicina defensiva en México

La medicina defensiva, como parte de la práctica médica, se ha estado ejerciendo con o sin el conocimiento de muchos profesionistas. Los avances tecnológicos, los derechos humanos de los pacientes, el consentimiento informado, el acceso libre a la información médica, y la falta de profesionalismo médico, quizá estén participando como factores condicionantes de esta práctica.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Idem.*

El aumento de reclamaciones en el ámbito médico condiciona a los médicos a una actuación en la práctica profesional de más seguridad y, en ocasiones, lleva a solicitar pruebas y procedimientos diagnósticos adicionales que, entrarían de lleno en la denominada medicina defensiva.

La medicina defensiva es el conjunto de conductas desarrolladas por los médicos para evitar conductas demandadas por la mala praxis médica. En este sentido, la relación tradicional médico-paciente ha cambiado. Las demandas y juicios son la principal causa del proceder defensivo del médico, de hecho podría considerarse que de no existir éstas, no habría medicina defensiva.

De acuerdo con Raymundo Paredes Sierra, el médico selecciona sus casos y rechaza o refiere a los que considera de riesgo, solicita múltiples estudios -frecuentemente innecesarios- para evitar reclamos por omisión o falta de evidencias para su diagnóstico y tratamiento; realiza intervenciones quirúrgicas innecesarias o deja de hacer otras que sí lo son, para evitar quejas de sus pacientes y no verse involucrado en una demanda.⁵¹

En este contexto, las compañías de seguros han creado los llamados seguros de protección médica, con aumentos progresivos en la prima. Lo cual ha ocasionado el encarecimiento de la medicina y forma parte de la medicina defensiva. Por lo que ésta ha recibido muchas críticas; para muchos expertos es completamente ineficaz como estrategia de prevención de los reclamos de los pacientes; porque no contribuye para lograr una relación clínica adecuada y agrega nuevos riesgos profesionales, a punto de partida de actos médicos no indicados e innecesarios. Como reacción al modelo de la medicina defensiva recientemente se ha levantado un nuevo paradigma de sólido fundamento ético, profesional y médico-legal: la llamada medicina asertiva.⁵²

⁵¹ R. Paredes Sierra, *op. cit.*, *supra* nota 32.

⁵² Hugo Rodríguez Almada, "De la medicina defensiva a la medicina asertiva", *Revista Médica Uruguaya*. Montevideo, vol. 22, núm. 3, 2006, pp. 167-168.

Las causas del proceder defensivo del médico son múltiples:

- Falta de responsabilidad del médico.
- Proliferación de escuelas y facultades de medicina.
- Avances en tecnología, comunicación e informática.
- Situación económica.
- Medicina institucional y administrada.

Según Paredes Sierra, la medicina defensiva no es ética, ni es solo el médico el único responsable de su existencia; si consideramos que el médico se auto-protege al solicitar exámenes, prescribir medicamentos o realizar procedimientos quirúrgicos para evitarse problemas, concluimos que se trata de un proceder inadecuado y es consecuencia de su historia personal, tanto de su preparación deficiente o no actualizada como de su inadecuada formación ética y moral en el seno familiar, su medio social y en la escuela.

Por tanto, la medicina defensiva es la pretensión de protegerse ante un eventual futuro reclamo del paciente. Se la considera una forma no ética de ejercicio profesional, desde que el acto médico deja de tener por objetivo central al paciente, trasladándose aquél al propio médico. Tampoco es un ejercicio profesional éticamente admisible si se lo analiza desde la perspectiva de la salud pública, ya que agrega enormes costos al sistema de salud, sin justificación ni beneficios para los pacientes.

Estudio de caso

En 2013 se realizó estudio transversal que consistió en la aplicación de una encuesta para conocer el nivel de medicina defensiva en médicos especialistas del Hospital General Regional 46 “Lázaro Cárdenas” del IMSS, en Guadalajara, Jalisco.

Los resultados: se encuestaron 246 (83 %) médicos, 49 (17 %) no aceptaron participar. La relación por género fue de 146 (59 %) hombres y 100 (41 %) mujeres. La práctica de la medicina defensiva se encontró en diferentes niveles en 177 (72 %) de los encuestados. Las especialidades con mayor práctica de medicina defensiva fueron: Ginecología y Obstetricia, Medicina Interna, Medicina de Urgencias, Pediatría, Traumatología y Ortopedia. La práctica de la medicina defensiva predominó en médicos recién egresados y con certificación por el colegio de su especialidad.

Conclusión: la práctica de la medicina defensiva es común en médicos especialistas que laboran en un hospital general regional, y sus efectos aún se desconocen.

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos se ha incrementado el número de demandas por mala praxis médica, lo cual ha dado como resultado el nacimiento de la medicina defensiva.

El espectacular incremento de las demandas, coincidiendo con un notable aumento de sumas en las compensaciones pagadas por daños, ha repercutido en el precio de las primas que pagan los médicos.⁵³ Según la Asociación Médica Mundial (AMM), en el mundo existe un aumento de la cultura del litigio que afecta de manera negativa la práctica de la medicina y a la disponibilidad y calidad de los servicios de salud.

Las demandas por responsabilidad médica han aumentado mucho los costos de salud, lo que ha desviado los escasos recursos de salud hacia el sistema legal y los ha alejado de la atención directa del paciente, la investigación y la formación del médico. La cultura del litigio también ha dificultado la distinción entre negligencia y resultados adversos inevitables, lo que produce con frecuencia una determinación aleatoria del nivel de atención. Esto ha contribuido a la percepción general de que cualquier persona puede demandar por casi

⁵³ Mercedes Martínez León *et al.*, "Aspectos de la nueva teoría de Estados Unidos y Reino Unido del reconocimiento de los errores médicos con efecto en la disminución de las demandas", *Revista de la Escuela de Medicina Legal*. Madrid, núm. 11, junio de 2009, p. 4.

cualquier cosa, con la idea de obtener un gran premio. Esta práctica engendra el cinismo y la desconfianza tanto en el sistema médico como en el legal con graves consecuencias para la relación médico-paciente.⁵⁴

La AMM pide a las organizaciones profesionales nacionales que reaccionen exigiendo a sus legisladores las reformas necesarias para garantizar las leyes y los sistemas jurídicos de sus países que protegen a los médicos de los juicios sin fundamento, a la vez que los hacen garantes de promover un entorno médico-legal más adecuado para ejercer unas prácticas médicas seguras en beneficio de los pacientes.

La ley de la mala práctica médica en Estados Unidos ha estado tradicionalmente bajo la autoridad de los estados y no del gobierno federal. Respecto de las leyes o normas marco de negligencia médica, hace 30 años se establecían a través de decisiones en los juicios en los tribunales estatales en lugar de ser leyes aprobadas por las legislaturas estatales; debido a que las reglas que constituyen la jurisprudencia de casos de negligencia médica en un estado no tienen peso en otro porque las reglas varían de estado a estado, aunque muchos de los principios sean similares.

La ley de negligencia médica tiene sus raíces en el siglo XIX, es parte del cuerpo más general de la ley relativa a los daños a personas o propiedad, conocida como “ley de responsabilidad civil”. Los casos de negligencia médica son un ejemplo de un tipo particular de responsabilidad civil, la responsabilidad civil es conocida como “negligencia”.⁵⁵

En Estados Unidos para ganar una demanda por negligencia médica, la persona lesionada debe probar que recibió atención médica deficiente. Esto implica una serie de pasos. En primer lugar, los pacientes deben probar que existió negligencia médica, es decir, que el demandante debe demostrar que el médico no proporcionó atención médica que cumpla con las normas pertinentes.

⁵⁴ Declaración de la AMM sobre la Reforma de la responsabilidad médica, Adoptada por la Asamblea General de la AMM, Santiago de Chile, 2005.

⁵⁵ Peter P. Budetti *et al.*, *Medical Malpractice Law in the United States*. Oakland, California, Kaiser Family Foundation, 2005, pp. 2-4.

En algunos casos esto no es difícil, tales como cuando la cirugía se realiza en la parte del cuerpo equivocado. En otros casos, mostrar la causalidad puede ser bastante problemático, como en los casos de personas con enfermedades graves que podrían haber sufrido complicaciones de su enfermedad, incluso con una buena atención médica. Identificar qué parte de la atención médica causada por lesión también puede ser un reto cuando muchos proveedores diferentes participaron en la atención, por lo que muchos tribunales tienen reglas especiales para hacer frente a situaciones en las que no es posible determinar con precisión los actos dañinos.

El paso final en un caso de negligencia médica es establecer la cantidad de dinero que debe ser otorgada a un demandante que gana. Sin embargo, las reglas para la determinación de los daños pueden ser complicadas y tener en cuenta tanto las pérdidas reales económicas, tales como la pérdida de salarios y los costos de la atención médica en el futuro relacionados con la lesión, y las pérdidas no económicas, como el dolor y el sufrimiento o la pérdida de la compañía de un cónyuge o un hijo.⁵⁶

La mala práctica en Estados Unidos es un fenómeno que ha iniciado a mediados de los años setenta, responde a la espectacular alza de precios que experimentaron las primas de responsabilidad médica, coincidiendo con un importante aumento de la frecuencia de las demandas.⁵⁷

En Estados Unidos, una encuesta realizada a cirujanos especialistas reportaron que más del 70 % de ellos habían sido demandados al menos una vez durante el ejercicio de su profesión. Estudios estiman que uno de cada 25 pacientes que han sufrido negligencia médica interpone una demanda, a pesar de ello por cada cuatro demandas entabladas tres resultan con sentencia favorable para el médico tratante.⁵⁸

En un estudio publicado por la revista *The New England Journal of Medicine*, un grupo de médicos cualificados examinó una muestra aleatoria de

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ Josep Arimani Manso, "La medicina defensiva un peligro boomerang", *Humanitas*. Barcelona, núm. 12, febrero de 2007, p. 15.

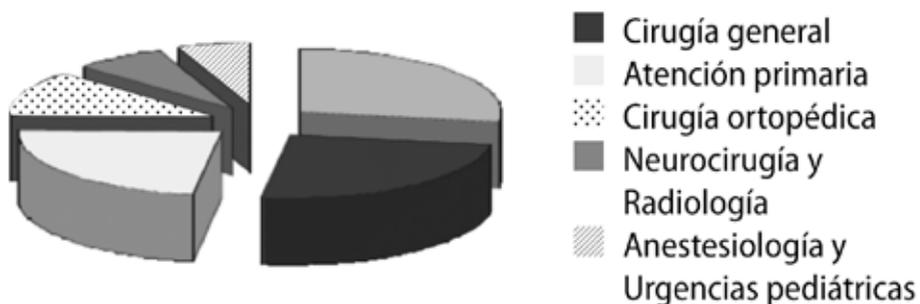
⁵⁸ Nancy Santamaría-Benhumera *et al.*, "Aspectos legales del error médico en México", *Revista CONAMED*. México, vol. 19, núm.1, 2014, p. 33.

1,452 demandas por negligencias de cinco compañías de seguros de responsabilidad civil que fueron resueltas entre 1984-2004. Como resultados más relevantes en casi el 40 % de las demandas presentadas en Estados Unidos por mala práctica no había error médico, es decir, eran infundadas.⁵⁹

En el estudio, de los enfermos que presentaban lesiones objetivas, se indemnizan en el 73 % de los supuestos al demandante. De las demandas presentadas en las que el daño no fue provocado por error médico, el 72 % fueron rechazadas o resueltas sin indemnización. Sin embargo, el 28 % si fueron indemnizadas. En total, las demandas estudiadas dieron lugar a 449 millones de dólares de indemnizaciones impuestas en sentencias o acordadas de antemano.⁶⁰

Los médicos más demandados pertenecen al área de Obstetricia y Ginecología, a la que se dirigen el 19 % de las demandas. Muy cerca les siguen los cirujanos generales, a quienes van dirigidas el 17 % de las reclamaciones. Por su parte, los médicos de atención primaria reciben el 16 %. El 8 % de las demandas se dirigen a la Cirugía Ortopédica, el 5 % a la Neurocirugía y Radiología, respectivamente, y el 4 % a la Anestesiología, Urgencias y Pediatría.⁶¹

Especialidades más demandadas



⁵⁹ M. Martínez León *et al.*, *op. cit.*, *supra* nota 53, pp. 6-8

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ Thomas H. Gallagher *et al.*, "Disclosing Harmful Medical Errors to Patients", *The New England Journal of Medicine*. Massachusetts, vol. 356, núm. 25, junio de 2007, pp. 2713-2719.

Respecto del perfil de los demandantes.⁶²

- 60 % son mujeres
- 19 % de las demandas se refieren a recién nacidos
- 12 % son presentadas por mayores de 65 años.

El segmento de edad en el que se producen más reclamaciones es el comprendido entre los 35 y 49 años. La edad media de los demandantes es de 38 años.

En cerca de 30 estados de los Estados Unidos, en respuesta a la dificultad para el reconocimiento de los errores derivados del incremento de las demandas por mala praxis médica, se han establecido las llamadas *I'm sorry laws*. Estas leyes promueven:⁶³

- La declaración de los errores médicos sin que esta revelación sea prueba de culpabilidad.
- Mejora la relación médico-paciente y la confianza en el profesional.
- Ayuda a prevenir errores.
- Disminuye el coste legal y las reclamaciones

Estas regulaciones, que varían de un estado a otro, suponen la reacción de la sociedad ante situaciones que han sido perniciosas para todos: para los profesionales, para las instituciones y, por supuesto, para los pacientes. Esta reforma ha subrayado los principios que la ética ha defendido siempre respecto del error médico, ya que la honestidad y la buena comunicación son los mejores antídotos.

⁶² David M. Studdert *et al.*, "Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation", *The New England Journal of Medicine*. Massachusetts, vol. 354 num. 19, 2006, pp. 2024-2033.

⁶³ "Momentum for Special Health Courts Is Building. Common Good, Restoring Common Sense to America", en <http://commongood.org/search.html>

Todavía es pronto para conocer los resultados de la implantación de estas leyes, pero los datos recogidos en el estado de Colorado, entre enero de 2000 y octubre de 2006, son optimistas, de un total de 3,200 casos.⁶⁴

- Solo el 25 % de los pacientes recibieron una compensación económica (5,400 dólares).
- Solo siete de ellos, a pesar de la indemnización, los interpusieron una demanda.
- Solo en dos ocasiones condenó a los profesionales.
- Solo en 800 casos, es decir, un 25 % de los pacientes recibieron una compensación económica, 5,400 dólares por caso. De ese 25 % de pacientes que recibieron una indemnización, solo siete de ellos interpusieron una demanda que condenó a dos profesionales.

El resto de los casos, es decir, los 2,400 restantes que quedaron sin ser indemnizados, solo 16 pacientes acudieron a los tribunales y de ellos únicamente seis obtuvieron una recompensa monetaria.

Más del 90 % de los médicos británicos creen que los pacientes son menos propensos a denunciar una negligencia si reciben una disculpa y una explicación del error, de acuerdo con una encuesta realizada por la Sociedad de Protección Médica del Reino Unido, que publicó *Medicalnewstoday*.⁶⁵

Por su parte, la experiencia italiana, presenta una reciente reforma en el sistema de la responsabilidad médica, la cual, tuvo lugar con la promulgación del decreto Balduzzi. El decreto ley del 13 de septiembre de 2012, entró en vigencia recién en el 2013, contiene “disposiciones de urgencia para promover el desarrollo del país mediante un elevado nivel de protección de la salud”. La reforma impacta en el terreno de la responsabilidad médica, desde el plano de la normativa penal y civil, así como desde los seguros. La

⁶⁴ Pilar León Sanz, “La ética en la práctica. Cuando algo se hace mal: del error médico a la mala praxis”, *Traumatología*. Madrid, vol. 19, núm. 3, 2008, p. 138-142.

⁶⁵ Stephen Bown, “Sociedad de Protección Médica del Reino Unido”. *Medicalnewstoday*. *Diario Médico*, 31 de octubre de 2008, Sección Normativa, en http://www.diariomedico.com/edicion/diario_medico/normativa/es/desarrollo/1179800.html

norma específica en el decreto aludido que concierne estrictamente, a la responsabilidad médica, es el artículo 3, que a la letra dispone: “Quien ejerce la profesión sanitaria que en el desarrollo de la propia actividad sigue las líneas guía y las buenas prácticas acreditadas por la comunidad científica no responde penalmente por culpa leve. En tales casos resulta aplicable el deber a que se refiere el artículo 2013 del Código Civil”. La referida disposición, contempla un cambio de rumbo para la responsabilidad médica.⁶⁶

En efecto, formula con claridad la diferencia entre la culpa civil y la culpa penal y admite la graduación de la culpa solo en el campo penal. Se deja de lado la vieja concepción unitaria jurisprudencial de la culpa civil y penal, con la cual, no se permitía la existencia de la primera, si no existía al mismo tiempo, la segunda. La nueva normativa admite en cambio, la configuración de la culpa civil, independientemente de la existencia de la culpa penal.

El principio anterior, de la unidad de la culpa, dio lugar incluso a una aplicación extensiva de la norma 2236 del Código Civil al campo de la culpa penal, es decir, de aquella norma del Código Civil italiano que contiene una limitación de la responsabilidad a la culpa grave en las relaciones de obra intelectual.

De manera que la nueva fórmula legislativa admite el hecho que no habiéndose condenado al imputado en el proceso penal por falta de pruebas de la culpa o por no constituir el hecho un delito, el juez civil puede determinar la responsabilidad del mismo sujeto por el hecho culposo y valerse para su determinación de las presunciones simples según el *id quod plerumque accidit*.

En Estados Unidos las demandas por la mala práctica médica son un factor que ha elevado los costos de la atención médica, ya que la atención médica tiene que contar con un seguro contra estas eventualidades.

¿Cómo funciona el sistema de salud en los Estados Unidos?

En la mayoría de los países de Latinoamérica es común encontrar servicios de salud públicos financiados a través de un sistema de seguridad social, al

⁶⁶ O. Woolcott, *op. cit.*, *supra* nota 16, p. 243.

que la mayoría de la población tiene acceso y la cantidad de dinero que se paga es mínima. En los Estados Unidos, la atención médica no es gratuita, pero es obligatoria, y para obtener cobertura médica del gobierno (como *Medicare*, *Medicaid* y otros programas públicos), se debe cumplir con ciertos requisitos. De lo contrario, tendrá que asumir la totalidad de sus gastos médicos y pagar una multa por no obtener un seguro de salud, o afiliarse a una compañía privada de seguros que le ayude a pagar parte de esos gastos.⁶⁷

En Estados Unidos el sistema de salud es mixto, privado y el público. El sistema de salud está caracterizado por sus contradicciones y su complejidad. Por un lado, Estados Unidos posee una gran cantidad de la más alta tecnología, incluyendo muchas de las mejores facultades de medicina, clínicas, hospitales y centros investigativos del mundo. Sin embargo, muchos de los recursos de salud estadounidenses jamás están a la disposición de gran parte de la población.⁶⁸ Este país, no cuenta con un sistema de cobertura universal. En 2008 había 46,3 millones de estadounidenses sin cobertura, en una población de 300 millones. Esa cifra incluye 9,2 millones de personas que no son ciudadanos.⁶⁹

Actualmente existen programas financiados con fondos federales, fuera de estos programas, es responsabilidad de los ciudadanos asegurarse la cobertura médica. Algunos lo consiguen a través de sus empleadores y otros contratan seguros de salud privados. Bajo las condiciones de la mayoría de estos planes, los asegurados pagan una cuota, aunque a veces deben costear parte de los tratamientos, lo que se conoce como deducibles. La cantidad que pagan varía según el seguro suscrito. Los costos en los últimos tiempos se han incrementado considerablemente: para los ciudadanos, pero también para el gobierno, que en 2007 gastó 2,2 billones de dólares en el sistema de salud, una cifra que representa casi el doble del promedio de lo que gastan los otros países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).⁷⁰

⁶⁷ “El cuidado de la salud en los Estados Unidos, Blue Cross and Blue Shield of North Carolina (BCBSNC)”, <http://www.bcbsnc.com/assets/azul/pdfs/U4977a-US-Healthcare-System.pdf>

⁶⁸ Raquel Torres Carvajal, *El sistema de salud en los Estados Unidos*. Fort Worth, Texas Christian University, octubre de 2002, p. 2.

⁶⁹ “Claves de la reforma de la salud en EE. UU.”, *Avisora*, en http://www.avizora.com/atajo/informes/usa_textos/usa_textos_2/0032_reforma_de_la_salud_en_estados_unidos.htm

⁷⁰ *Idem*.

De tal manera, el médico tendrá que incrementar sus honorarios para obtener así los recursos para el pago de dicho seguro. El médico ante el riesgo de ser demandado necesita sustentar la atención clínica con un sinnúmero de exámenes y recursos paraclínicos con objeto de evitar hasta el más remoto e inimaginable error diagnóstico; este cúmulo incluye exámenes, radiografías, interconsultas.

En los casos en que el médico es demandado y que pierda el juicio, tiene que pagar la indemnización que no sea cubierta por el seguro y los honorarios de su abogado. Si el médico gana la demanda además de perder prestigio pierde dinero en abogados, pruebas, citatorios, etcétera.

El negocio de las demandas médicas es tan importante en Estados Unidos que existen anuncios en los medios masivos de comunicación, en los cuales se invita a cualquier persona que crea que ha sido objeto de una atención inadecuada a que demande al médico, institución o grupo responsable de la misma. Habitualmente esos abogados ofrecen llevar el juicio sin costo para el interesado y, en caso de ganarlo, se llevan gran parte de ese dinero. Por esto muchas personas al ver que no tienen nada que perder y la posibilidad de ganar entablan cada vez más este tipo de demandas. Evidentemente los grandes ganadores son los bufetes que apoyan y propician esta situación.⁷¹

La reforma al sistema de salud en Estados Unidos

El 23 de marzo de 2010, Barak Obama, presidente de los Estados Unidos firmó y convirtió en ley el acta llamada *Patient Protection and Affordable Care* (protección del paciente y cuidado accesible). Esta ley intenta converger otras dos leyes que ya habían sido aprobadas por separado en el año 2009.⁷²

⁷¹ José Parra-Carrillo, "Las demandas por mala práctica, su repercusión en el costo de la atención médica. El ejemplo de Estados Unidos", *Revista de la Asociación Médica de Jalisco*, Guadalajara, vol. 7, núm. 1, enero-marzo de 1994, p. 21.

⁷² Cecilia Ganduglia, "La reforma del sistema de salud de los Estados Unidos de América", *Medicina*, Buenos Aires, vol. 70, núm. 4, julio-agosto de 2010, p. 2.

La reforma de salud en Estados Unidos, busca:

- Que su población acceda a una cobertura universal de salud.
- Controlar los costos del sistema de salud.
- Incrementar la calidad en el sistema de prestación de la salud.

La ley busca expandir el nivel de cobertura y el acceso a la salud, conservando su actual sistema mixto, público-privado, caracterizado por seguros individuales basados en el empleo, *Medicare* y *Medicaid*. A tal fin implementará lo que se conoce como mandato individual por el cual se requiere que todos los ciudadanos de los Estados Unidos y residentes legales tengan un seguro médico. Aquellos que no lo tengan, con algunas excepciones, deberán pagar una penalidad que irá en incremento a partir del año 2014 en adelante, hasta alcanzar un máximo del 2.5 % del ingreso anual de una familia. Para facilitar el acceso, aumentará el nivel de cobertura de *Medicaid*, creará bolsas de intercambio de seguros de salud (*Health Insurance Exchange*) estatales, regulará los deberes de las aseguradoras y proveerá subsidios y préstamos accesibles para gastos médicos.

La nueva ley estipula que se deberá proveer estímulos orientados a incrementar la presencia de la atención primaria en un sistema en el que predomina la subespecialización. Se invertirá en investigación sobre efectividad y valor de las intervenciones, y se aumentará la prevención y promoción de la salud.⁷³

La medicina defensiva en Estados Unidos

Estudio de caso I

El recurso a la medicina defensiva depende más de la percepción del riesgo de sufrir una demanda que de circunstancias como que las indemnizaciones tengan un tope legal o el precio de las pólizas de responsabilidad civil, según

⁷³ *Idem.*

ha reafirmado un estudio realizado en Estados Unidos y que publicó *Health Affairs*.

Michelle Mello, autora principal de un nuevo estudio y profesora de derecho y salud pública de la Facultad de Salud Pública de Harvard, Boston, reveló en su estudio que la responsabilidad médica y la medicina defensiva explicaba el 2,4 % del gasto en salud del 2008 en Estados Unidos, es decir, 55,600 millones de dólares.⁷⁴

Estudios previos habían relevado las conductas o el nivel de preocupación de los médicos, según comentó Emily Carrier, investigadora del Centro para el Estudio del Cambio del Sistema de Salud, en Washington. El equipo de Carrier y Mello analizó 1,9 millones de prestaciones de *Medicare* y las respuestas de unos 3,400 médicos sobre cuáles eran sus preocupaciones relacionadas con la mala praxis.

Hubo 29,000 pacientes de *Medicare* que habían consultado a un médico por uno de tres motivos: dolor de pecho, dolor de espalda baja o cefalea. A ninguno le diagnosticaron algún problema grave asociado con ese síntoma. El equipo organizó a los médicos según el grado de preocupación por la mala praxis (bajo, medio o alto) y cruzó esa información con las prestaciones que habían indicado.

Los pacientes con dolor de cabeza que habían concurrido a un médico con alto nivel de temor a la mala praxis eran más propensos a tener que realizarse un estudio por imágenes avanzado, como una tomografía, que los pacientes atendidos por médicos menos temerosos.

Más del 11 % de los pacientes con cefalea atendidos por un médico con alto nivel de temor recibió prestaciones adicionales, comparado con el 6 % de los pacientes atendidos por un médico con poco temor.

A casi el 30 % de los pacientes con dolor de espalda baja, atendidos por un médico con alto nivel de temor, el profesional le indicó realizar estudios por imágenes adicionales, comparado con el 18 % de los pacientes atendidos

⁷⁴ Shefali S, Kulkarni, "Medicina defensiva, Foro de Cardiología Transdisciplinaria", *Health Affairs*, 20 de agosto de 2013, <http://mail.fac.org.ar/pipermail/cardtran/2013-August/001877.html>

por un médico menos preocupado.

Pero ante los pacientes con dolor de pecho, a menor nivel de temor médico, mayor posibilidad de indicar una prueba de esfuerzo, en la que hay que correr o caminar en una cinta o tomar un medicamento para esforzar el corazón.

Para Carrier, los médicos más preocupados por la responsabilidad médica evitarían ese test y optarían por hospitalizar al paciente para hacer más evaluaciones.

El estudio mostró también que el nivel de preocupación individual por la mala praxis no varió, aun cuando los médicos ejercían en estados que limitan los reclamos por mala praxis a través de, por ejemplo, la cantidad de dinero que puede solicitar un paciente por daños.

Estudio de caso II

En el siguiente estudio de caso, se presenta una revisión literaria sistemática y computarizada acerca de las demandas por negligencia médica en la especialidad epidemiológica en diferentes países, 15 en Estados Unidos, nueve en el Reino Unido, siete en Australia, uno en Canadá y dos en Francia. Se incluyeron los estudios que informan sobre 10 casos pertinentes a las demandas por negligencia, se basaron en la atención primaria y que fueron publicados en inglés. Los datos fueron sintetizados, utilizando un enfoque narrativo.⁷⁵

De los 7.152 artículos recuperados por búsqueda electrónica, un total de 34 estudios cumplieron los criterios de inclusión y se incorporaron en el análisis narrativo. El percance médico más común que resulta en los reclamos fue el fracaso o retraso en el diagnóstico médico, lo que representa del 26 al 63 % de todas las reclamaciones a través de los estudios incluidos. La omisión de un buen diagnóstico en muchos casos provoca el avance de en-

⁷⁵ E. Wallace *et al.*, "The Epidemiology of Malpractice Claims in Primary Care: A Systematic Review", *BMJ Open*, marzo de 2013, en <http://bmjopen.bmj.com/content/3/7/e002929.full>

fermedades como el cáncer y el infarto al miocardio en adultos y meningitis en niños. El error en la medicación representó el segundo dominio más común que representa del 5,6 al 20 % de todas las reclamaciones a través de los estudios incluidos. La prevalencia de demandas por negligencia en la atención primaria varía de un país a otro. En Estados Unidos y Australia, en comparación con otras disciplinas clínicas, la medicina general clasificada en las cinco principales especialidades que representan la mayoría de las reclamaciones, que representan del 7,6 al 20 % de todas las reclamaciones. Sin embargo, la mayoría de las reclamaciones se defendió con éxito.

Conclusiones. Los resultados de los casos estudiados demuestran que las principales causas de demandas por negligencia médica son el diagnóstico en la atención primaria y los errores en la medicación.

En Estados Unidos la prevalencia anual de demandas por negligencia contra médicos de medicina familiar parece haberse mantenido relativamente estable durante los últimos dos decenios. En comparación con otras especialidades, la medicina familiar está considerada entre las cinco especialidades más demandadas en Estados Unidos. Esta revisión también indica que, en el Reino Unido y Australia, las demandas por negligencia contra médicos están aumentando.

En cuanto a la mayoría de las demandas en el estudio, las más citadas respecto del error en el diagnóstico para los adultos son el cáncer y el infarto al miocardio y para los niños, la meningitis.

El error en el diagnóstico puede resultar como consecuencia del razonamiento clínico defectuoso, mala interpretación de las pruebas de diagnóstico o estar relacionada con o agravada por fallas en el sistema y es a menudo multifactorial.

En la atención primaria es donde hay una menor prevalencia de enfermedad grave, la habilidad de un médico para formular una lista apropiada de diagnóstico diferencial, reunir información para poner a prueba estas hipótesis diagnósticas y luego aceptar o rechazar los diagnósticos basados en esto parece ser de importancia. Las escuelas de medicina, los programas de formación de medicina general y los continuos facilitadores de desarrollo

profesional tienen un papel que desempeñar para asegurar que los planes de estudio se centren en la formación de profesionales para la comprensión de la naturaleza y psicología del error del diagnóstico.

En cuanto al error en la medicación, este representa la segunda causa más común de demandas por negligencia en esta revisión. Un reciente estudio cualitativo en el Reino Unido entrevistó a 34 prescriptores en relación con 70 errores de medicación, encontró que los errores eran a menudo multifactoriales (su formación terapéutica, conocimientos, la experiencia, el conocimiento del paciente, la percepción del riesgo y la salud emocional, etcétera). Muchos de los médicos entrevistados consideraron que su licenciatura era insuficiente para prescribir medicamentos. Desde la perspectiva del paciente, las barreras del idioma se destacaron como factores importantes; la mala comunicación, la alta carga del trabajo y la presión del tiempo también contribuyen a los errores en la medicación.

Para los médicos, frente a una demanda por negligencia puede tener consecuencias graves. Una implicación clínica es la posterior práctica de la medicina defensiva (práctica médica basada en el miedo de los litigios en lugar de los intereses de los pacientes), lo cual puede resultar en un aumento de las pruebas de diagnóstico, el aumento de las tasas de derivación, la prescripción de medicamentos innecesarios y evitar el tratamiento de ciertas condiciones. Los médicos que se enfrentan a litigios también experimentan altos niveles de angustia psicológica.

Fortalezas y limitaciones de este estudio

El adecuado diagnóstico de la atención primaria es una forma de mejorar la seguridad del paciente. Sin embargo, existen varias limitaciones en el estudio. En primer lugar, es difícil generalizar los resultados entre países. En Estados Unidos, el término atención primaria incluye a menudo la medicina interna, pediatría general y medicina familiar, mientras que en el Reino Unido el término es más específico para la práctica general. En segundo lugar, la naturaleza de este tema no aparecen en la literatura de manera gris, por lo que es difícil estar seguro de que todos los estudios de interés han sido capturados. En tercer lugar, existen limitaciones, bien por el uso de datos y

determinaciones lingüísticas para recabar la totalidad de los eventos adversos en la práctica clínica. Por último, esta revisión se limitó a publicaciones editadas solo en inglés y la mayoría de los estudios incluidos eran de Estados Unidos, el Reino Unido y Australia, por lo que es difícil sacar conclusiones específicas de cada país como Canadá y Francia.

CONCLUSIONES

- Existirá mala praxis médica cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencia de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión. En tanto, la responsabilidad médica es la obligación del médico, ética y legal, de responder por los actos que lleva a cabo en el ejercicio de su accionar médico.
- La necesidad de centrarse en un buen diagnóstico reduciría las demandas de negligencia médica en México y Estados Unidos.
- Las demandas de negligencia médica en Estados Unidos ha aumentado de manera importante, lo que ha generado el fomento de la práctica de la medicina defensiva y la promulgación de leyes para abordar diversos aspectos del problema de la negligencia médica.
- En México, la conciliación es el medio más eficaz para resolver los casos de responsabilidad médica por lo que es importante motivar la cultura de la conciliación como instrumento jurídico en las demandas por mala praxis médica.
- Las demandas por negligencia médica y que desarrollan la medicina defensiva tanto en México como en Estados Unidos se caracterizan porque son más promovidas contra los médicos especializados en proporción al número y la frecuencia con la cual la realizan.
- Es necesario la formación médica adecuada tanto en la materia como en la ética, el entrenamiento en medicina bioética y legal para los médicos, y la creación o intervención los comités de Ética

hospitalaria, lo cual contribuiría a evitar actos médicos susceptibles de acciones legales.

- Una buena práctica médica obedece a centros de salud bien equipados, suficiente personal médico para atender a los pacientes, excelente formación médica de los profesionales de la salud y salarios bien pagados a estos.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- ARIMANI, Manso, Josep, “La medicina defensiva un peligro boomerang”, *Humanitas*. Barcelona, núm. 12, febrero de 2007.
- BUDETTI, Peter P. *et al.*, *Medical Malpractice Law in the United States*. Oakland, California, Kaiser Family Foundation, 2005.
- BOWN, Stephen, “Sociedad de Protección Médica del Reino Unido”. *Medicalnewstoday. Diario Médico*, 31 de octubre de 2008, Sección Normativa, en http://www.diariomedico.com/edicion/diario_medico/normativa/es/desarrollo/1179800.html
- CISNEROS CORTÉS, *Límites jurídicos del arbitraje médico en México*, Tesis de licenciatura. México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, octubre de 2009.
- “Claves de la reforma de la salud en EE. UU.”, *Avisora*, en http://www.avizora.com/atajo/informes/usa_textos/usa_textos_2/0032_reforma_de_la_salud_en_es_tados_unidos.htm
- “El cuidado de la salud en los Estados Unidos, Blue Cross and Blue Shield of North Carolina (BCBSNC)”, en <http://www.bcbsnc.com/assets/azul/pdfs/U4977a-US-Healthcare-System.pdf>
- FAJARDO-DOLCI, Germán *et al.*, “Recomendaciones para prevenir el error médico, la mala práctica y la responsabilidad profesional”, *Revista CONAMED*, México, vol. 17, núm. 1, enero-marzo, de 2012.
- GALLAGHER, Thomas H. *et al.*, “Disclosing Harmful Medical Errors to Patients”, *The New England Journal of Medicine*. Massachuse-

tts, vol. 356, núm. 25, junio de 2007.

- GANDUGLIA, “La reforma del sistema de salud de los Estados Unidos de América”, *Medicina*. Buenos Aires, vol. 70, núm. 4, julio-agosto de 2010.
- KULKARNI, Shefali S., “Medicina defensiva”, Foro de Cardiología Transdisciplinaria, *Health Affairs*, 20 de agosto de 2013, en <http://mail.fac.org.ar/pipermail/cardtran/2013-August/001877.html>
- LEÓN SANZ, Pilar, “La ética en la práctica. Cuando algo se hace mal: del error médico a la mala praxis”, *Traumatología*. Madrid, vol. 19, núm. 3, 2008.
- LOMELÍ VANEGAS, Leonardo, “Los sistemas públicos de salud en México: necesidad social y viabilidad económica de transitar de la segmentación a la cobertura universal”, *Seguridad Social*. México, núm. 259, p. 42, en http://www.ciss.org.mx/pdf/editorial/259/259_03.pdf
- MARTÍNEZ LEÓN, Mercedes *et al.*, “Aspectos de la nueva teoría de Estados Unidos y Reino Unido del reconocimiento de los errores médicos con efecto en la disminución de las demandas”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*. Madrid, núm. 11, junio de 2009.
- “Momentum for Special Health Courts Is Building. Common Good, Restoring Common Sense to America”, en <http://common-good.org/search.html>
- PAREDES SIERRA, Raymundo, “Ética y medicina defensiva”, en <http://www.facmed.unam.mx/publicaciones/libros/pdfs/eeadlm.pdf>
- PARRA-CARRILLO, José, “Las demandas por mala práctica, su repercusión en el costo de la atención médica. El ejemplo de Estados Unidos”, *Revista de la Asociación Médica de Jalisco*. Guadalajara, vol. 7, núm. 1, enero-marzo de 1994.
- SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, “La responsabilidad profesional de los prestadores del servicio médico. Marco jurídico para la solución de controversias en la legislación mexicana. Suprema Corte de la Justicia de la Nación, en <https://www.scjn.gob>.

mx/conocelacorte/ministra/LA%20RESPONSABILIDAD%20
PROFESIONAL% 20DE%20LOS%20PRESTADORES%20
DEL%20SERVICIO%20M%C3%89DICO.pdf

- SANTAMARÍA-BENHUMEA, Nancy H. et al., “Aspectos legales del error médico en México”, *Revista CONAMED*. México, vol. 19, núm.1, 2014.
- STUDDERT, David M. *et al.*, “Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation”, *The New England Journal of Medicine*. Massachusetts, vol. 354 num. 19, 2006.
- TENA-TAMAYO, Carlos y Norma L. Juárez-Díaz González, “Error y conflicto en el acto médico”, *Revista Médica IMSS*. México, vol. 41, núm. 6, 2003.
- TORRES CARVAJAL, Raquel, *El sistema de salud en los Estados Unidos*. Fort Worth, Texas Christian University, octubre de 2002.
- WALLACE, E. *et al.*, “The Epidemiology of Malpractice Claims in Primary Care: A Systematic Review”, *BMJ Open*, marzo de 2013, en <http://bmjopen.bmj.com/content/3/7/e002929.full>

CAPÍTULO 3

ALCANCES LEGALES EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA. UNA VISIÓN COMPARADA EN LATINOAMÉRICA

INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la profesión de médico refleja la constancia, responsabilidad e ímpetu por el estudio, dado que para ejercer esta noble profesión el titular debió cubrir horas de interminable estudio y acreditar una serie de complejos exámenes. Respecto del tiempo, a diferencia de la mayoría de las licenciaturas, el médico debió estudiar casi una década para contar con una especialidad que le permita llevar a cabo una mejor labor, en aras de preservar la vida de sus pacientes, condición que de igual forma es síntoma de un verdadero amor por su profesión.

Actualmente, el ejercicio de la práctica médica ha sido objeto de reformas en los sistemas jurídicos tanto de México como en Latinoamérica, que han puesto en predicamento la labor de los médicos, dado que se han tipificado ciertas conductas como causales de responsabilidad jurídica a cargo de los galenos,⁷⁶ sin tomar en cuenta las condiciones en las que actualmente laboran estos, por lo cual surge la pregunta ¿cuáles son los alcances médico legales en el ejercicio de la profesión?

⁷⁶ Término utilizado como sinónimo de médico en relación a Galeno de Pérgamo. Médico griego que a través de sus aportaciones inició el conocimiento de varios temas sobre la materia.

CAUSAS DE LA MALA PRAXIS MÉDICA EN AMÉRICA LATINA

Existirá mala praxis médica cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencia de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable.⁷⁷

La responsabilidad médica es la obligación del médico, ética y legal, de responder por los actos que lleva a cabo en el ejercicio de su accionar profesional. El médico responsable lo es en la medida que asume plenamente el cuidado de su paciente, quien ha requerido sus servicios profesionales en un acto de confianza hacia este.⁷⁸

Enseguida se sintetizan los factores condicionantes atribuibles al médico:⁷⁹

1. Mala relación médico-paciente.
2. Aplicación superficial de procedimientos clínicos.
3. Deficientes conocimientos y habilidades.
4. Invasión de campos de la medicina que no domina.
5. Exceso de confianza.
6. Pago por terceros.

Para entender las causas de la mala praxis médica en América Latina es preciso comprender que ha cambiado la relación médico-paciente. Es decir, en el sistema de salud privada, la generalización de la asistencia a la población y la complejidad creciente de las prestaciones médicas han generado nue-

⁷⁷ L. Nora Iraola y Hernán Gutiérrez Zaldívar, "Apuntes sobre la responsabilidad médica legal y la mala praxis", *GeoSalud*, <http://www.geosalud.com/malpraxis/malapraxis.htm>

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ R. Paredes Sierra, *op. cit.*, *supra* nota 32, pp. 80-81.

vos centros de atención médica, pero con muchas limitantes operacionales y de infraestructura, además de los salarios bajos para los profesionales y demás operadores de la salud.

Actualmente la relación entre el paciente y su médico ha cambiado, y en un número importante de casos hay desconfianza; por el paciente, debido al temor de la mala práctica, a errores u omisiones en los procedimientos diagnóstico-terapéuticos; y por el médico, ante el riesgo de reclamos, controversias o demandas justificadas o no. Las causas de los cambios en la práctica médica pueden atribuirse al médico, al paciente y al entorno sociocultural.

En las condiciones del médico, la de mayor relevancia en la relación médico-paciente, que se ha transformado de buena a mala, ya no basada en la confianza, sino en el recelo y temor al reclamo. El médico tiene gran parte de culpa en este cambio de la relación con su paciente, al no establecer una buena comunicación, un intercambio constante, una aclaración de dudas y una orientación cuidadosa.

En la actualidad el médico aplica los procedimientos de diagnóstico que son tomados de manera superficial e incompleta, el interrogatorio exhaustivo, detallado, la exploración física meticulosa y la hipótesis diagnóstica que incluya diagnóstico, solo es aplicado por unos cuantos; la mayoría subordina a procedimientos diagnóstico-terapéutico sofisticados y costosos con el propósito explícito de evitar controversias y demandas por mala práctica.⁸⁰

Otras causas atribuibles al médico son deficiencias en sus conocimientos, habilidades o destrezas, por fallas en su preparación básica y en posgrado, con programas muy técnicos y poco clínicos, enfocados a la investigación poco frecuente y desligada de la solución de problemas comunes.

Es frecuente que los médicos de ciertos niveles, muchos de ellos sin entrenamiento formal, invadan campos o especialidades que no dominan, o bien, que por exceso de confianza realicen procedimientos que rebasan su capacidad, comprometiendo la vida del paciente o, en el mejor de los casos exponiéndolo a complicaciones o periodos posoperatorios largos y costosos.

⁸⁰ S. M. Cisneros Cortés, *op. cit.*, *supra* nota 33.

Una buena práctica médica obedece a centros de salud bien equipados, suficiente personal médico para atender a los pacientes, excelente formación médica de los profesionales de la salud y salarios bien pagados a estos. Lo anterior, lo podemos resumir en el siguiente cuadro:

Tabla 7: Mala Praxis del Médico

FACTORES PREDISPONENTES
<ol style="list-style-type: none"> 1. La medicina es ciencia y arte falible 2. Debilitamiento del aprendizaje biomédico 3. Surgimiento de sistemas de salud que favorecen la despersonalización de la atención del paciente 4. Expectativas sobredimensionadas acerca del poder de la medicina para resolver cualquier dolencia
FACTORES DESENCADENANTES
<ol style="list-style-type: none"> 1. Medicina defensiva ejercida con sobreabundancia de análisis y prácticas a veces invasivas y peligrosas 2. "Cultura del Apuro" en la relación médico/paciente/consulta 3. Búsqueda de trascendencia en los medios de comunicación por parte del profesional 4. Ambición económica desmedida por profesionales de la salud
PREVENCIÓN Y PROFILAXIS
<ol style="list-style-type: none"> 1. Entrenamiento personalizado y formación intensiva en los estudios premédicos y médicos 2. Adecuada relación médico-paciente 3. Remuneración médica digna que deje de justificar el exceso de tareas 4. Consentimiento informado escrito a firmar en tratamientos prolongados, o riesgosos, encarados para protección del paciente 5. Entrenamiento posgraduación en bioética y medicina legal y recertificación de especialistas

Fuente 10: Cuadernos de Medicina Forense. Año 2, Nº2, Pág.73-78⁸¹

Existen diversos factores predisponentes o desencadenantes que pueden aumentar el riesgo de cometer una mala praxis médica. En muchos países

⁸¹ Martín Seoane *et al.*, "Los caminos del error médico", *Cuadernos de Medicina Forense*. Buenos Aires, año 2, núm. 2, 1996, pp.73-78.

de América Latina el problema fundamental radica en el aumento de población que acude al sector público para atención médica, lo cual provoca que ante una numerosa cantidad de consultas, cuya corta duración, limita la posibilidad de entablar una relación cordial médico-paciente. La falta de tiempo para la atención médica de cada paciente en forma particularizada puede hacer incurrir al médico en un actuar imprudente, negligente o erróneo.

En este sentido, las causas de la mala praxis médica pueden resultar de las siguientes situaciones:

- Una historia clínica mal confeccionada es lo que se encuentra en la mayoría de los casos de demanda.
- Un profesional mal capacitado a través del tiempo, poco actualizado, mal dormido y hasta mal alimentado.
- Una mala relación médico-paciente es la causa de la motivación para querellar. La forma de trato del paciente es parte del servicio del médico.
- Indagar al paciente, interrogarlo y escucharlo atentamente es imprescindible para el diagnóstico y el tratamiento.
- El marco de la relación debe ser cuidado por todos: en primer lugar se debe cumplir la ley, en segundo lugar debe ser definido por el profesional, en tercer lugar debe ser identificado y respetado por el paciente, sus familiares y allegados.

Así, podemos encontrar tres grandes grupos de faltas en la atención médica:

- Error de diagnóstico o elección terapéutica. Es fundamental considerar el sitio donde se presta la atención médica, las circunstancias personales del profesional, las causas o hechos que pueden influir en el resultado.
- Faltas instrumentales o de técnica. Las lesiones o daños surgidos con el uso de equipos por fallas técnicas del operador o del propio

equipo utilizado. Incapacidad para poder realizar una técnica que haya contribuido al daño o muerte del paciente.

- Falta, producto de confusión en la identificación del paciente o bien del órgano enfermo. En este tipo de faltas deben limitarse las responsabilidades de cada uno de los integrantes del equipo de salud.⁸²

Las formas ocultas de la mala praxis

- Maltrato por falta de equipamiento o equipamiento en mal estado.
- Maltrato por falta de honestidad del profesional.
- Falta de honestidad del paciente, familiar o responsable.
- Maltrato por reducción del tiempo de atención del paciente.
- Por falta de registros o alteración de registros en la historia clínica.
- Maltrato del familiar del paciente o de la persona a cargo del mismo.
- Maltrato desarrollado por el incumplimiento o mal cumplimiento de la prescripción por parte del paciente.
- Por falsificación de drogas y medicamentos.

Por lo que los elementos principales para establecer la mala práctica en casos concretos son los siguientes:⁸³

- Sometimiento del paciente a riesgo innecesario.
- Agravamiento o muerte del paciente por atención con falta de calidad.

⁸² Nicolás Bañuelos Delgado, "La mala práctica", CONAMED, http://www.conamed.gob.mx/comisiones_estatales/coesamed_nayarit/publicaciones/pdf/mala_practica.pdf

⁸³ *Idem.*

- Presencia de lesiones injustificadas.
- Obtención de remuneraciones fraudulentas obtenidas.
- Realización de prácticas o suministro de insumos notoriamente inapropiados.
- Presencia de actos de violencia física o moral.
- Incumplimiento de obligaciones de medios, seguridad y, en su caso, de resultados.
- Realización de actos médicos sin la previa sanción de comisiones y comités (de investigación, de ética).
- Transgresión a normativas prohibitivas (por ejemplo el aborto o la eutanasia no permitidos de acuerdo con la legislación).

Para evaluar la mala praxis médica es necesario tener en consideración los siguientes aspectos:⁸⁴

1. La historia clínica es el instrumento básico más importante desde el punto de vista administrativo y es la prueba documental penal, en que la Comisión fundamenta su análisis, encontrándose deficiencias que ponen en evidencia un detrimento del actuar médico:
 - Examen físico de muy mala calidad y discusión diagnóstica deficiente, encontrando que en el diagnóstico diferencial solo se enumeran las enfermedades.
 - Exámenes complementarios necesarios que no fueron indicados.
 - Evolución médica escueta que no refleja el verdadero estado o la evolución con relación a días anteriores del paciente. Se dejan de comentar los cambios terapéuticos efectuados.

⁸⁴ Diego A. Artilles Granda, "Responsabilidad ante el error y la mala práctica del actuar médico", *Revista Cubana de Ortopedia y Traumatología*. La Habana, 2013, en http://bvs.sld.cu/revistas/ort/vol27_1_13/ort13113.htm

- Evoluciones de enfermería muy deficiente.
 - Indicaciones médicas donde se han omitido procederes o medicamentos necesarios. Falta de cumplimiento de indicaciones por parte de enfermería.
 - No se reflejan informes complementarios como rayos X, electrocardiograma, u otros.
 - No se comentan los resultados de los complementarios indicados.
 - Insuficiente llenado del informe operatorio y de la hoja de anestesia, utilizándose en el primer caso un papel carbón excesivamente gastado que no permite leer lo escrito.
 - Se escribe sobre cualquier tipo de papel, incluso con caracteres ya impresos que hacen imposible la lectura.
2. Consideraciones sobre el desempeño médico:
- Se inicia una actuación médica o quirúrgica sin tener los elementos o el personal necesario para su realización.
 - Incumplimiento del proceder propuesto de antemano.
 - Deficiencias en el diagnóstico o la terapéutica.
 - Demoras en la indicación o iniciación de un procedimiento médico o quirúrgico.
 - Operación catalogada como insuficiente o exagerada para la solución de una enfermedad dada.
 - Técnica inadecuada al realizar un proceder anestésico o quirúrgico.
 - No tomar en cuenta signos o síntomas que puedan hacer pensar en complicaciones que ponen en peligro la vida del paciente.

- Falta de juicio médico al no utilizar medicamentos que pudieran evitar complicaciones mortales.
 - Mantener medicamentos por tiempo indefinido sin los controles necesarios.
3. Si bien la medicina en equipo presenta reales ventajas, no está exenta de deficiencias, entre las cuales se han encontrado las siguientes:
- Falta de jerarquización y sentido de pertenencia del enfermo.
 - Un equipo se encarga de la evolución y tratamiento a seguir con cada paciente.
 - Falta el comentario del juicio médico, observándose falta de iniciativa a la hora de modificar conductas.
 - No siempre es el jefe del grupo médico el que dirige el pase de visita diario, pudiendo recaer esta responsabilidad en otro especialista del equipo.
 - Se observa que se administra desproporcionada medicación en cuanto a antibióticos, diuréticos y otros.
 - Falta de chequeo en cuanto a excesiva permanencia de procedimientos como son venas canalizadas, uso de sondas vesicales y otros.
4. En cuanto a la organización y funcionamiento de un servicio, se han detectado las irregularidades siguientes:
- No existen protocolos de normas y procedimientos de tratamiento en afecciones específicas.
 - No se proyectan normas prácticas para la profilaxis y el manejo de complicaciones que se puedan presentar en la evolución de un paciente.

- Existen dificultades para la correcta aplicación de políticas específicas, como pueden ser las de antibióticos y prevención de la enfermedad tromboembólica.

Por lo que la responsabilidad médica debe atender los siguientes aspectos:

- La intención y valoración de los estados afectivos especiales del paciente (duelo, expectativas infundadas en cuanto a la atención médica).
- Ponderación de las obligaciones y cargas de las partes. Si el personal cumplió con sus obligaciones de medios de seguridad, comparar el estado inicial con el estado final del paciente para concluir la atención.
- El expediente, si se realizó o no en el paciente una historia clínica, misma que será atribuida al personal médico.
- Determinar si las consecuencias lesivas de la salud o vida del paciente no tuvieron origen en su imprudencia.

CASOS DE MALA PRAXIS MÉDICA EN AMÉRICA LATINA

No todos los países han avanzado en la construcción de una normativa legal que permita sancionar la negligencia en la mala práctica profesional. En países como Colombia, Venezuela, Uruguay, su legislación no sanciona la mala praxis de los profesionales. En caso de muerte de alguien, derivada de una mala praxis, se puede aplicar la figura del homicidio no culposo, por ejemplo.

ECUADOR

Caso Albán Cornejo vs. Ecuador

Uno de los asuntos más importantes respecto de la práctica médica en Ecuador fue el caso presentado por Carmen Susana Cornejo de Albán contra la República del Ecuador ante la Corte Interamericana de Derechos

Humanos el 31 de mayo de 2001, en el cual se argumentaba la violación de los siguientes derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos: derecho a la vida, derecho a un trato humano, derecho a la información, derecho al debido proceso y a la protección judicial en perjuicio de su hija Laura Susana Albán Cornejo.

Hechos: Laura Susana Albán Cornejo ingresó el 13 de diciembre de 1987 al Hospital Metropolitano, institución de salud de carácter privado, situada en Quito, Ecuador, debido a un cuadro clínico de meningitis bacteriana. El 17 de diciembre de 1987 durante la noche, la señorita Albán Cornejo sufrió un fuerte dolor y el médico residente le prescribió una inyección de 10 miligramos de morfina. El 18 de diciembre de ese mismo año, mientras permanecía bajo tratamiento médico, la señorita Albán Cornejo murió, presuntamente por el suministro del medicamento aplicado.

Cabe mencionar que dentro del proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos el estado de Ecuador expresó su decisión de revisar su legislación penal acerca de la mala praxis médica e incorporar en ella las precisiones necesarias para adecuar el régimen de la materia en forma que favorezca la debida realización de la justicia en este ámbito. Condición que se vio reflejada con la creación del tipo penal de homicidio culposo por mala práctica médica profesional en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal y que ha sido objeto de múltiples críticas, ya que se considera que atenta contra la certidumbre jurídica de los galenos en el ejercicio de su profesión.

Caso Suárez Peralta vs. Ecuador

El 26 de enero de 2012 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte el caso “Melba del Carmen Suárez Peralta” contra la República de Ecuador. En el resumen, los hechos del caso se refieren a la mala praxis médica que sufrió en junio de 2000 la señora Melba del Carmen Suárez Peralta, la cual afectó su integridad personal, así como a la falta de una investigación efectiva y diligente de los hechos.

Por lo que, entre otros puntos, en la sentencia se estableció la responsabilidad médica y se condenó al Estado a pagar las cantidades fijadas por con-

cepto de atención médica futura de la señora Suárez Peralta, indemnizaciones por daño material e inmaterial, reintegro de costas y gastos en el plazo de un año, contado a partir de la notificación de la misma.

Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador

El 19 de mayo de 2011 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una sentencia mediante la cual declaró la responsabilidad internacional de la República del Ecuador por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial en perjuicio del señor Pedro Miguel Vera Vera, por la falta de atención médica adecuada y oportuna luego de que fue detenido con una herida de bala y mantenido bajo la custodia del Estado, tras lo cual falleció 10 días después.

Por lo que el Tribunal ordenó al Estado de Ecuador una serie de medidas de reparación, entre ellas: pagar una indemnización por daño material e inmaterial, y el reintegro de costas y gastos.

Los casos de mala praxis médica en Ecuador revelan la necesidad de que el Estado garantice el derecho al acceso a la salud y la protección de la vida y la dignidad de los pacientes. En este sentido, Ecuador debe garantizar que la formación profesional de los médicos sea eficiente por un lado, por el otro, que la ley encuadre la responsabilidad no solo civil o administrativa sino penal para una mala praxis médica.

PANAMÁ

*Pacientes del servicio de psiquiatría del hospital Santo Tomás Panamá.*⁸⁵

El 18 de julio de 2005 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una denuncia presentada por el doctor Frank Guelfi (en adelante,

⁸⁵ Ver: Informes de admisibilidad Corte Interamericana de Derechos Humanos, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2013/PNAD790-05ES.doc>

“peticionario”) en contra de la República de Panamá, en la cual se alega que Wendolyne Hooper Tapiero, Carlos A. Bazán Collado, Anayansi Sánchez, Jessica Mendoza, Sandra C. Morris, Rubén Darío Phillips, Denis Uriel Requenez, Uribiades Algodona Jaén y Amalfi López (en adelante, “presuntas víctimas”), todos pacientes de la Sala 25 del Servicio de Psiquiatría del Hospital Santo Tomás (institución pública), habrían sido víctimas de malos tratos, negligencia médica, mala praxis y homicidios culposos, y que no se había realizado una investigación diligente de tales hechos. Asimismo, apunta que Melany Narváz Victoria, a pesar de su condición mental, habría sido condenada a 28 años de prisión por el delito de homicidio agravado. Además, sostiene el petionario que a consecuencia de haber denunciado estas situaciones, había sido víctima de persecución laboral.

La Comisión concluyó que la petición satisface los requisitos de admisibilidad enunciados en los artículos 46 y 47 de la Convención Americana.

ARGENTINA

Caso Ana María Acevedo. Corte Nacional: Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo penal correccional Argentina.⁸⁶

Ana María Acevedo, mujer argentina de 19 años, madre de tres niños y, en las primeras semanas de embarazo, fue diagnosticada con un cáncer facial. Sus médicos le niegan el aborto terapéutico necesario para poder recibir radioterapia. A los cinco meses de embarazo y en estado pre-morten, fue sometida a una cesárea pero, días después fallece sin haber recibido nunca tratamiento para el cáncer. El tribunal encuentra penalmente responsables a seis de los médicos que intervinieron en el caso.

Hechos

Ana María Acevedo, mujer argentina de 19 años y madre de tres niños, acude en 2006 al servicio de odontología (SO) de su hospital local en la Ciudad

⁸⁶ Caso Ana María Acevedo, UNESCO, <http://www.unesco.org.uy/shs/red-bioetica/es/biblioteca/documentos.html>

de Vera por un dolor en los dientes, que fue atendido como caries. Tras varias visitas en las que le recetan analgésicos y antibióticos, el SO se da cuenta de que tiene un tumor facial que ya llevaba cinco meses de evolución.

Es derivada a un hospital de la ciudad, donde se le extrae gran parte del tumor cancerígeno (sarcoma facial) y, se le derivada a otro hospital especializado en oncología, para que pueda ser sometida a un tratamiento con radioterapia y quimioterapia combinada. Antes de que se le aplicaran estas medidas, ella comunica a su médico que tiene un retraso menstrual y se le realiza una prueba de embarazo con resultado positivo. Ante la nueva situación, se le informa de la necesidad de realizar un consejo médico para discutir su caso. Al médico encargado de la radioterapia se le consulta sobre la idoneidad de iniciar un tratamiento de radioterapia cuando hay presente un embarazo de tres a cuatro semanas de gestación. Su respuesta fue que era imposible y contraindicado debido a los efectos altamente nocivos sobre el embarazo; así que, no se procede al tratamiento y se le hace firmar el alta voluntaria.

A las 15 semanas de embarazo, la madre vuelve a ingresarla al hospital con fuertes dolores. Le indican paracetamol y corticoides y no se le ofrece ningún otro tratamiento. Tanto Ana María como sus padres solicitan la interrupción del embarazo mediante aborto terapéutico pero, el director del hospital les informa que solo es posible con una orden judicial, de lo contrario cometerían un crimen.

El Comité de Ética también valora como negativa la posibilidad del aborto y, tras varios días de tratamientos paliativos, es dada de alta para luego volver a ser ingresada y tratada con morfina. En nueva evaluación, el radioterapeuta reitera su primera respuesta, añadiendo que es mejor esperar al término del embarazo para evaluar la posibilidad de realizar radioterapia paliativa. Se le vuelve a dar el alta, pero poco después es vuelta a ingresar, su estado de salud es tal que el servicio oncológico pide a obstetricia que le practique una cesárea.

Ana María se encontraba pre-morten, tenía insuficiencia respiratoria y fallo orgánico, le sacaron una niña prematura que falleció pocas horas después de haber nacido. Una vez finalizado el embarazo, el servicio de oncología

inició un tratamiento con quimioterapia que cinco días después tuvo que ser suspendido para trasladarla a cuidados intensivos. Con solo 20 años y en menos de una semana, falleció.

El Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal Correccional de la Quinta Nominación de Santa Fe, conoció de los cargos presentados contra los médicos responsables de la salud de Ana María, por incumplimiento de los deberes de funcionario público y mala praxis médica.

Argentina y la mala praxis médica

En el sistema de salud argentino se producen más de 350,000 consultas y más de internaciones hospitalarias por día. En promedio, solo dos de ellas generan demandas por mala praxis. En Argentina ejercen unos 138,800 profesionales entre médicos y odontólogos, de los cuales el 7,2 % (unos 10,000) han sido demandados alguna vez por presunta mala praxis profesional en los últimos 30 años.

El 32 % de las demandas recae en los médicos y el 68 % restante, en las instituciones médicas, incluyendo obras sociales y empresas de medicina prepagada.

La mitad de las demandas no prosperan. A su vez, entre las que si lo hacen la mitad genera condenas y la otra mitad arriba a conciliaciones.

La litigiosidad por mala praxis médica y odontológica ha venido creciendo de forma sostenida en Argentina. Un análisis económico permitió estimar que el gasto que dicha litigiosidad involucra llegaría a representar el 1,75 % del gasto total en salud del país antes del 2010.⁸⁷

MÉXICO

Los casos más documentados por la CNDH son los de tres casos de mujeres oaxaqueñas que dieron a luz en la calle o en jardines de clínicas de salud, luego de que se les negara el servicio en instalaciones médicas del gobierno.

⁸⁷ Federico Tobar, "Economía de la mala praxis médica en Argentina", *Revista de la Salud y Calidad de Vida*, en http://www.revistamedicos.com.ar/economia_m_praxis.htm

El caso de Rosalba Vicente, indígena zapoteca de 30 años de edad, originaria del municipio de Xadani, Oaxaca, a quien se le extirpó la matriz en el Hospital General de Juchitán “Macedonio Benítez Fuentes”. Rosalba fue internada el 4 de junio y atendida 12 horas después. Personal de la clínica le dijo que su bebé murió y a ella le extirparon la matriz porque supuestamente se le desgarró el útero al salir el producto. Dicho caso será llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en Washington, debido a la falta de respuesta de los Servicios de Salud de Oaxaca (SSO) y a la lentitud de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris) y la CNDH, informó el abogado Elliot Escobar.

De acuerdo con el Informe de mortalidad materna de la Secretaría de Salud, en México, la muerte materna es una de las principales causas por mala praxis médica, en 2010, más del 91 % de las fallecidas por una causa materna llegaron a un establecimiento hospitalario y recibieron algún tipo de cuidado antes de morir, lo que habla de una deficiente calidad en la atención de emergencias obstétricas en los servicios de salud.

En Oaxaca, Guerrero y Chiapas alrededor de una de cada cuatro mujeres murió en su casa, y en Guerrero y San Luis Potosí 15 % fallecieron en la vía pública, cifras que evidencian un serio problema de acceso a los servicios de salud en los estados marginados. La institución que registró mayor muerte materna en los últimos tres años fue la Secretaría de Salud, con una cifra por encima de los 400 casos al año.

Movimiento social en apoyo a los médicos mexicanos

Actualmente, en México se está discutiendo el caso en el que se investigan a 16 médicos bajo la probable comisión del delito de homicidio culposo derivado de negligencia médica, al llevar a cabo un diagnóstico y tratamiento erróneo que produjo la muerte de un joven de 15 años de edad.

En el inicio se pensó que se trataba de un caso de influenza A-H1N1, misma que se descartó como causal del padecimiento. Sin embargo, al llevar a cabo los procesos exploratorios con base al diagnóstico de crisis asmática, al menor de edad le perforaron ambos pulmones y posteriormente en un lapso

de apenas 16 días se le sometió a siete cirugías abdominales (laparotomías exploratorias) en las que los médicos tratantes concluyeron que había perforación intestinal y falta de circulación sanguínea intestinal.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico analizó el caso y concluyó que hubo “mala praxis”, pero no responsabilidad médica.

Actualmente el caso está siendo estudiado por el Juzgado Tercero de Distrito de Procedimientos Penales y se considera histórico por la cantidad de involucrados y el apoyo mostrado por integrantes del gremio médico de todo el país al formar un grupo de apoyo a través de redes sociales denominado: Yo soy # 17.

En México, aunque con frecuencia se presentan casos de negligencia médica, estos no son denunciados en la misma proporción en que acontecen, afirma Alejandro Balderas, especialista en Derecho Penal de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP), quien explica que el delito en que incurren los médicos cuando se presume una negligencia médica, se tipifica como responsabilidad profesional en el ejercicio de la medicina.

SANCIÓN DE LA MALA PRAXIS MÉDICA EN AMÉRICA LATINA

En cuanto a las demandas, el aumento en los últimos años por mala praxis, potenciado por los multifactores arriba señalados, ha preocupado al mercado de la salud, especialmente en Argentina y Estados Unidos, a tal punto que su evolución atenta contra la estabilidad del sistema y amenaza con colapsarlo. Son reclamos indemnizatorios que involucran cifras millonarias, aunque algunos no tienen fundamento causal ni judicial. Al respecto, ya hace años que en Estados Unidos las compañías aseguradoras han llegado a la conclusión de que el mercado de seguros de responsabilidad médica provoca pérdidas, igual que el de automotores en Argentina, en virtud de la alta siniestralidad. Aun así, las modalidades de cobertura no satisfacen las necesidades de la demanda, por la prescripción a los 10 años de los reclamos de esta índole.⁸⁸

⁸⁸ M. Seoane *et al.*, *op. cit.*, *supra* nota 81, pp. 73-78.

Tabla 8: Demandas legales al médico por su praxis

FACTORES PREDISPONENTES
<ol style="list-style-type: none"> 1. Número excesivo de prácticas y análisis invasivos 2. Abogados que fuerzan el litigio para su propio beneficio 3. Desconocimiento de la mayoría de los médicos de las normas legales que rigen su profesión, especialidad y el contrato de prestación con entidades empleadoras
FACTORES DESENCADENATES
<ol style="list-style-type: none"> 1. Industria del juicio a los médicos 2. Existencia de reclamos resarcitorios excesivos 3. Antecedentes de sentencias condenatorias simultáneas a médicos e instituciones de atención médica por sumas elevadas 4. Facilidad del demandante para lograr el “derecho de litigar sin gastos”
PREVENCIÓN Y PROFILAXIS
<ol style="list-style-type: none"> 1. Buena relación médico/paciente 2. Consentimiento informado escrito, firmado y explicado al paciente y a un testigo 3. Intervención activa del Comité de Ética Hospitalaria ante conductas médicas que pudieran implicar daño al paciente

Fuente 11: *Cuadernos de Medicina Forense*. año 2, núm. 2, pp. 73-78.

En este sentido, el médico está obligado a cumplir con lo que la ley, la medicina y la ley señalan, por lo que su incumplimiento lo obliga a responder ante su paciente. Sin embargo, es necesario dilucidar la mala práctica. El cuadro siguiente explica cómo poder interpretarla:

Teoría de *res ipsa loquitur*

1. El acto no puede ser por accidente.
2. Debe ser producto de cualquier impericia, temeridad, negligencia o dolo por lo que origina un grado de culpa.
3. No son sancionable los actos de protección de la salud.
4. El efecto adverso (en su caso el daño) no debe ser atribuible a la idiosincrasia del paciente.

Fuente 12: Tomado de La mala práctica, CONAMED.

No todos los países han avanzado en la construcción de una normativa legal que permita sancionar la negligencia en la mala práctica profesional. En países como Colombia, Venezuela, Uruguay, su legislación no sanciona la mala praxis de los profesionales. En caso de muerte de alguien, derivada de una mala praxis, se puede aplicar la figura del homicidio no culposo, por ejemplo.⁸⁹

Chile no sanciona específicamente la mala práctica profesional, pero sí la negligencia médica. De esta forma, según el artículo 491 del Código Penal se estipula que “el médico cirujano o farmacéutico o matrona que causare mal a la personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión incurrirá en la pena de reclusión”.

⁸⁹ La información y el contenido multimedia, publicados por la Agencia de Noticias Andes, “Pocos países suramericanos sancionan la mala práctica profesional, Ecuador avanza en el tema”, en <http://www.andes.info.ec/es/noticias/pocos-paises-suramericanos-sancionan-mala-practica-profesional-ecuador-avanza-tema.html>

Lo contrario sucede en Argentina, donde la normativa legal establece que será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial en su caso de cinco a 10 años el que por imprudencia negligencia o impericia en su arte o profesión causare a otro la muerte.

Sin tipificar el delito, el artículo 142 del Código Penal peruano estipula que quien por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado como homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años. Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación de la actividad.

DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE EN AMÉRICA LATINA

De acuerdo con el Código Internacional de Ética Médica que presenta los derechos y obligaciones que, a nivel mundial, los médicos deben procurar llevar a cabo.⁹⁰

Obligaciones de los médicos:

- El médico debe tratar con honestidad a pacientes y colegas, y esforzarse por denunciar a los médicos débiles de carácter o deficientes en competencia profesional, o a los que incurran en fraude o engaño.
- El médico debe respetar los derechos del paciente, de los colegas y de otros profesionales de la salud, y debe salvaguardar las confidencias de los pacientes.
- El médico debe actuar solo en el interés del paciente cuando preste atención médica que pueda tener el efecto de debilitar la condición mental y física del paciente.

⁹⁰ El Código Internacional de Ética Médica, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/21/pr/pr25.pdf>.

- El médico debe obrar con suma cautela al divulgar descubrimientos o nuevas técnicas, o tratamientos a través de canales no profesionales.
- El médico debe certificar solo lo que él ha verificado personalmente.

Deberes de los médicos hacia los enfermos

- El médico debe recordar siempre la obligación de preservar la vida humana.
- El médico debe a sus pacientes todos los recursos de su ciencia y toda su lealtad. Cuando un examen o tratamiento sobrepase su capacidad, el médico debe llamar a otro médico calificado en la materia.
- El médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente.
- El médico debe prestar atención de urgencia como deber humanitario, a menos de que esté seguro que otros médicos pueden y quieren prestar dicha atención.

Deberes de los médicos entre sí

- El médico debe comportarse hacia sus colegas como él desearía que ellos se comportasen con él.
- El médico no debe atraer los pacientes de sus colegas.

COLOMBIA⁹¹

En Colombia, la relación médico-paciente es la esencia del ejercicio de la medicina. La relación médico-paciente, por regla general, surge en virtud del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en la teoría del negocio jurídico, la cual rige para ambas partes, la ley 23 de 1981 establece la libre elección del médico por parte del paciente, y la libertad del médico al consagrar la posibilidad de rehusar la atención del paciente cumpliendo con algunas condiciones.

La relación médico-paciente, en principio, es aquella a través de la cual una persona que tiene una inquietud propia del ejercicio de la medicina, acude donde otra por alguna situación psicosomática, que tiene los conocimientos adecuados para tratar de resolverla, en virtud de una solicitud propia, de un tercero, o en desarrollo de un contrato con una institución que hace parte del sistema de seguridad social en salud; salvo que el paciente en caso de emergencia deba ser atendido por el médico, donde no media solicitud alguna, sino que la relación se origina en virtud de dicha situación excepcional.

Las partes: el paciente y el médico

El paciente es una persona natural, a la cual no se le exige ninguna cualidad específica; en segundo lugar tenemos al médico, quien tiene que cumplir con una cualidad jurídica, ya que solo el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico, entonces de conformidad con el artículo 2 de la Ley 14 de 1962, solo pueden ejercer la medicina y la cirugía las siguientes personas:

- Los que han adquirido título de médico y cirujano expedido por las facultades o escuelas universitarias reconocidas por el Estado.
- Los colombianos o extranjeros que han adquirido título de médico y cirujano en facultades o escuelas universitarias de países con los

⁹¹ Ricardo Barona Betancourt, “Derechos y obligaciones en la relación médico-paciente”, *Revista Médico Legal*. Bogotá, vol. XIX, núm. 2, en http://www.medicolegal.com.co/list_articulos/edicion/?page=51

cuales Colombia ha celebrado tratados o convenios sobre reciprocidad de títulos universitarios.

- Los colombianos graduados en el exterior, con título de una facultad o escuela universitaria de reconocida competencia en concepto de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, pero si el concepto es desfavorable el interesado debe aprobar un examen de idoneidad.
- Los extranjeros graduados en países con los cuales Colombia no tenga celebrado tratado sobre reciprocidad de títulos universitarios, que posean título de médico o cirujano adquirido en universidades de reconocida competencia en concepto de la Asociación Colombiana de Medicina y hayan aprobado el examen de idoneidad.

Derechos del médico:

- A. **Trato digno.** Los pacientes y sus familiares deben brindar un trato digno al médico. En virtud del respeto que debe tener el paciente frente al médico debido a su condición o calidad de tal, el primero no puede irrespetar, ultrajar, maltratar física o moralmente al segundo, pero esta obligación no se predica solamente del paciente sino que se transmite o debe observarse de igual manera por los familiares del paciente.
- B. **No prestar servicios en casos que no sean de urgencia, en casos específicos contemplados en la ley.** El médico puede excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios, siempre y cuando:
- C. **Recibir remuneración.** El médico tiene derecho a recibir una remuneración por su trabajo, la cual constituye su medio normal de subsistencia. Esta remuneración es fijada por el médico de conformidad con su jerarquía científica y en relación con la importancia y circunstancias de cada uno de los actos que le corresponda cumplir,

teniendo en cuenta la situación económica y social del paciente y previo acuerdo con éste y sus responsabilidades.

- D. Intervenir sin autorización en casos de urgencia.** El médico puede, en los casos de urgencia, intervenir quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, de acuerdo con la Ley 23 de 1981.
- E. Solicitar junta médica.** Cuando la evolución de la enfermedad así lo requiera el médico tratante puede solicitar el concurso de otros colegas en junta médica, con objeto de discutir el caso del paciente. La junta médica es la interconsulta o la asesoría solicitada por el médico tratante a uno o más profesionales, teniendo en cuenta las condiciones clínico-patológicas del paciente. La frecuencia de las juntas médicas está subordinada a la gravedad de la enfermedad y a la necesidad de aclarar el diagnóstico, mejorar el tratamiento y satisfacer el deseo expresado por el enfermo o sus familiares, siempre y cuando corresponda esta solicitud a la condición clínico-patológica del paciente, de conformidad con la Ley 23 de 1981.
- F. Buen nombre y honra.** La Constitución Política de Colombia en sus artículos 15 y 21 garantiza el derecho al buen nombre y a la honra. En primer lugar, el derecho al buen nombre es una expresión concreta del derecho a la intimidad, ya que se protege al médico de la divulgación de hechos relativos a sí mismo con fines comerciales o profesionales que afecten su reputación, al volver espectáculo público lo que se quiere que sea anónimo; pero cosa diferente es cuando el mal nombre es resultado de conductas que el Estado considera legalmente reprochables, entonces se busca que el nombre del médico sea un reflejo justo y adecuado de sus actos o de sus logros en el medio social. En segundo lugar, el derecho a la honra protege varios aspectos de la dignidad humana y de la buena opinión sobre las personas, es decir, sanciona la posterior violación del buen nombre como consecuencia de la divulgación de aspectos de la vida privada del médico o de su familia, que por su naturaleza afectan su reputación.

Obligaciones del paciente:

- A. **Tratar con respeto al médico**, a los auxiliares del médico, a otros pacientes y a los acompañantes. Esta obligación encuentra su sustento o desarrollo en los derechos del médico al trato digno y al buen nombre y a la honra.
- B. **Cumplir las indicaciones prescritas por el médico**, porque en caso contrario se terminará a petición del médico la relación médico-paciente.
- C. **Pagar de manera total la remuneración** a que tiene derecho el médico.
- D. **Firmar el documento** de salida voluntaria o de no aceptación de los tratamientos propuestos, cuando así lo decida el paciente.

Derechos del paciente

- A. Escoger libremente al médico. El médico tratante debe garantizar al paciente o a sus allegados inmediatos el derecho de elegir al cirujano o especialista de su confianza.
- B. Información sobre su enfermedad. Este derecho encuentra su desarrollo o está sujeto a las reglas estudiadas en la obligación de información que tienen los médicos.

MÉXICO⁹²**Derechos generales de los médicos:**

- I. Ejercer la profesión en forma libre y sin presiones de cualquier naturaleza.

⁹² Ver: Código de Ética Médica en http://www.conamed.gob.mx/prof_salud/codigos.php

- II. Laborar en instalaciones apropiadas y seguras que garanticen su práctica profesional.
- III. Tener a su disposición los recursos que requiere su práctica profesional.
- IV. Abstenerse de garantizar resultados en la atención médica.
- V. Recibir trato respetuoso por parte de los pacientes y sus familiares, así como del personal relacionado con su trabajo profesional.
- VI. Tener acceso a educación médica continua y ser considerado en igualdad de oportunidades para su desarrollo profesional.
- VII. Tener acceso a actividades de investigación y docencia en el campo de su profesión.
- VIII. Asociarse para promover sus intereses profesionales.
- IX. Salvaguardar su prestigio profesional.
- X. Percibir remuneración por los servicios prestados.

Derechos generales de los pacientes:

- I. Recibir atención médica adecuada.
- II. Recibir trato digno y respetuoso.
- III. Recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz.
- IV. Decidir libremente sobre tu atención.
- V. Otorgar o no su consentimiento válidamente informado.
- VI. Ser tratado con confidencialidad.
- VII. Contar con facilidades para obtener una segunda opinión.
- VIII. Recibir atención médica en caso de urgencia.

- IX. Contar con un expediente clínico.
- X. Ser atendido cuando se inconforme por la atención médica recibida.

CHILE

De acuerdo con la Ley Núm. 20.584: Derechos de las personas en su atención de salud:

- De la seguridad en la atención de salud.
- Del derecho a un trato digno.
- Del derecho a tener compañía y asistencia espiritual.
- Del derecho de información.
- De la reserva de la información contenida en la ficha clínica.
- Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16.⁹³
- Toda persona deberá ser informada y tendrá derecho a elegir su incorporación en cualquier tipo de investigación científica biomédica, en los términos de la Ley núm. 20.120.

De los deberes de las personas en su atención de salud:

- Las personas deberán tratar respetuosamente a los integrantes del equipo de salud, sean estos profesionales, técnicos o administrati-

⁹³ Artículo 16. La persona que fuere informada de que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario. En ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.

vos. Igual obligación corresponde a los familiares, representantes legales y otras personas que las acompañen o visiten.

- Tanto la persona que solicita la atención de salud, como sus familiares o representantes legales, deberán colaborar con los miembros del equipo de salud que la atiende, informando de manera veraz acerca de sus necesidades y problemas de salud y de todos los antecedentes que conozcan o les sean solicitados para su adecuado diagnóstico y tratamiento.

ECUADOR

De acuerdo con el Código de Ética Médica los deberes de los médicos son los siguientes:

- Es deber del médico cumplir las disposiciones emanadas por la Ley de Federación, sus Reglamentos y el presente Código, al margen de su nacionalidad.
- El médico está obligado a dar su más amplia y decidida colaboración voluntariamente y/o a solicitud de la autoridad competente en casos de epidemias, desastres, emergencias o conflagración.
- El secreto profesional es un deber que nace de la esencia misma de la profesión. El interés público, la seguridad de los enfermos, la honra de las familias, la responsabilidad del profesional y la dignidad de la ciencia médica, exigen el secreto. Los médicos tienen el deber de conservar en secreto todo cuanto observen, escuchen o descubran en el ejercicio de su profesión.
- El médico desde que es llamado para atender a un enfermo, se hace responsable de proporcionarle todos los cuidados médicos necesarios para que recupere su salud. Su responsabilidad mayor será la conservación de la vida del enfermo.

- El médico está obligado a llevar una ficha clínica escrita de cada uno de sus pacientes y registrar la evolución que constate en los mismos.

Está obligado a acudir a un llamado sin motivo de excusa, en los siguientes casos:

- a) Cuando no haya otro facultativo en la localidad en que ejerce su profesión;
- b) Cuando habitualmente es el medio de quien lo solicita, y
- c) En los casos de suma urgencia o peligro inmediato para la vida del enfermo.
 - El médico debe respetar las creencias religiosas e ideológicas de sus pacientes y no oponerse al cumplimiento de sus preceptos, siempre que no sean perjudiciales para su salud.
 - El médico no hará ninguna intervención quirúrgica sin previa autorización del enfermo, y si este no pudiera darla, recurrirá a su representante o a un miembro de la familia, salvo que esté de por medio la vida del paciente a corto plazo. En todos los casos de autorización incluirá el tipo de intervención, los riesgos y las posibles complicaciones.
 - El médico tiene la obligación de advertir el diagnóstico a sus pacientes o a los familiares, en estricto apego al estudio de la patología encontrada y en concordancia con su real capacidad; prohibanse por tanto las explicaciones folclóricas o de otra índole que no sea la científica.

Deberes del médico para con el Estado

Siendo el Estado el que regula y protege la actividad profesional del médico este está obligado a cumplir ciertos deberes retributivos que garanticen los mejores y más amplios programas de bienestar humano; por tanto, el mé-

dico debe dar ejemplo en el cumplimiento de las leyes del Estado, particularmente del Código Sanitario y de la Ley y Reglamentos de la Federación Nacional de Médicos.

Siendo la salud del pueblo uno de los principales objetivos del Estado, el médico debe contribuir a que se cumplan los planes y programas de salud.

Todo médico becario deberá sujetarse a las leyes y reglamentos que regulan las becas y tiene por obligación retribuir con su trabajo el beneficio recibido.

ARGENTINA

Ley 26.529 (Ley del derecho del paciente)

*Derechos del paciente:*⁹⁴

- a) Asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante solo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente;
- b) Trato digno y respetuoso. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes;
- c) Intimidad. Toda actividad médico-asistencial tendente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como

⁹⁴ “Los derechos del paciente”, en <http://www.msal.gov.ar/sida/index.php/informacion-general/ley-de-sida-y-otras-normas/ley-de-derechos-del-paciente>

el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley núm. 25.326;

- d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente;
- e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.

Deberes de los médicos con el paciente:

*Código de ética médica*⁹⁵

- Toda la asistencia médica debe basarse en la libre elección del médico por parte del enfermo, ya sea en el ejercicio privado, en la atención por entidades particulares o por el Estado.
- El médico evitará en sus actos, gestos y palabras, todo lo que pueda obrar desfavorablemente en el ánimo del enfermo y deprimirlo o alarmarlo sin necesidad; pero si la enfermedad es grave y se teme un desenlace fatal, o se esperan complicaciones capaces de ocasionarlo, la notificación oportuna es de regla y el médico lo hará a quien a su juicio corresponda.
- El profesional debe respetar las creencias religiosas de sus clientes y no oponerse al cumplimiento de los preceptos religiosos, siempre que esto no redunde en perjuicio de su estado. Si así lo hiciera, deberá redactar un acta con su opinión y la firma del paciente o del familiar a cargo, y dar vista al juez correspondiente.

⁹⁵ Código de Ética Médica, <http://colmedse.com.ar/docs/codigoetica.pdf>

- El médico no realizará ninguna operación mutilante (amputaciones, castración, esterilizaciones, etcétera.) sin previa autorización del enfermo, la que se deberá exigir por escrito o hecha en presencia de testigos hábiles. Ni deberá esterilizar a un hombre o a una mujer sin una indicación terapéutica perfectamente determinada. En toda actuación el médico cuidará de sus enfermos ateniéndose a su condición humana.
- El médico prestará sus servicios ateniéndose más a las dificultades y exigencias de la enfermedad que al rango social o los recursos pecuniarios de su cliente.
- El médico debe ajustar su conducta a las reglas de la circunspección, de la probidad y del honor, será un hombre honrado en el ejercicio de su profesión, como en los demás actos de su vida.
- Cooperará con los medios técnicos a su alcance a la vigencia, prevención, protección y mejoramiento de la salud individual y colectiva.
- Los médicos tienen el deber de combatir la industrialización de la profesión, el charlatanismo y el curanderismo, cualquiera sea su forma, recurriendo para ello a todos los medios legales de que disponen, con intervención de su entidad gremial.

Calidad de la atención médica⁹⁶

- Todos los pacientes tienen derecho a una atención médica de calidad humana y científica.
- Todo método o terapéutica podrá aplicarse sin temor cuando se han cubierto todos los requisitos médicos establecidos para su aplicación.

⁹⁶ *Idem.*

El médico es éticamente responsable de sus actos médicos en los siguientes casos:

- Cuando comete delitos contra el derecho común.
- Cuando por negligencia, impericia, ignorancia o abandono inexcusables, causa algún daño.

El médico debe abstenerse de actuaciones que sobrepasen su capacidad. En tal caso, propondrá que se recurra a otro colega competente en la materia.

LA FORMACIÓN DEL MÉDICO EN LATINOAMÉRICA

Existe cierta diversidad en la denominación oficial que los países dan a la titulación en Medicina: Médico (Argentina, Bolivia, Brasil); Médico-cirujano (Chile, Colombia, Guatemala, Perú y Venezuela); Médico General (Ecuador); Médico General Integral Comunitario (Venezuela); Doctor en Medicina (El Salvador, República Dominicana y Uruguay); Doctor en Medicina y Cirugía (Honduras y Panamá).

La carrera de Medicina dura, en la mayoría de los países, seis, siete años; cinco en algunas Facultades de Panamá y ocho en El Salvador, Honduras y Uruguay. En ciertos países se requiere el Servicio Social Obligatorio (generalmente de un año de duración) para la titulación, y en otros para el ejercicio profesional como médico general o para el acceso al posgrado.

©Meta-perfil de Tuning América Latina.

- a. El médico general egresado de las universidades de Latinoamérica debe ser un profesional integral con formación científica, ética, humanística y con responsabilidad social.
- b. Poseer habilidades básicas en una segunda lengua y gestiona su formación continua.
- c. Entender el proceso salud-enfermedad desde los determinantes de salud y ejecutar acciones de promoción, prevención, atención, reha-

bilitación y cuidado paliativo al individuo, la familia y la comunidad, desde su diversidad cultural, en los niveles y ámbitos de atención nacionales e internacionales, en concordancia con el perfil epidemiológico y la evidencia científica disponible.

Trabajar en equipo, participar efectivamente en el sistema de salud, acorde con el marco legal vigente, a través de la comunicación con el paciente, su familia, el equipo de salud y la sociedad en la búsqueda de la calidad de la atención.

CONCLUSIONES

- a) Actualmente la mayor parte de los sistemas jurídicos contempla la responsabilidad jurídica de los médicos en el caso de actuar con negligencia, impericia y/o imprudencia en el ejercicio de su profesión. Esta responsabilidad puede ser de tres tipos: penal, civil y administrativa; y cada una de ellas contempla un proceso judicial particular en el cual se puede encontrar como responsable al médico y con ello ser sujeto de una pena de privación de su libertad, el pago de una cantidad de dinero en favor del paciente por el daño causado o el pago de una multa y la suspensión o inhabilitación de su profesión, respectivamente.
- b) Con el objetivo de prevenir que un médico sea sujeto de una responsabilidad jurídica en el buen ejercicio de la práctica médica es necesario el reconocimiento a nivel internacional de los derechos de los médicos, a fin de ser implementados en los textos constitucionales de cada país y con ello contar con una legislación que los proteja.
- c) No obstante el avance jurídico en la regulación de la práctica médica, debemos estar conscientes que desafortunadamente en la mayoría de los casos los médicos no se encuentran en las condiciones idóneas para llevar a cabo su trabajo, situación que interfiere claramente en el ejercicio de su profesión, por lo cual resulta necesario analizar nuevamente la legislación de la mate-

ria para incluir mecanismos jurídicos específicos que otorguen seguridad jurídica a los galenos en el ejercicio de su encargo. Dentro de estos mecanismos sería conveniente incluir causales de ausencia de responsabilidad penal y elementos jurídicos que limiten el alcance jurídico de las obligaciones civiles y administrativas, bajo el principio *impossibilium nulla obligatio est*.⁹⁷

- d) Bajo este tenor, es importante, de igual forma, establecer en la legislación de la materia las condiciones y elementos mínimos con los que debe contar un médico al llevar a cabo su labor en un hospital, ya que de estas depende su proceder y el resultado del ejercicio de la práctica médica.
- e) Finalmente, sería un gran avance el que se creara una Comisión de Arbitraje Médico en Ecuador con el objetivo de ofrecer medios alternos en la solución de las controversias suscitadas entre los pacientes y los médicos. Cabe señalar que esta institución ha dado muy buenos resultados en México, lo cual representa un buen antecedente y un modelo que se puede tomar para la configuración de esta institución.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- CARRILLO FABELA, Luz María, *la responsabilidad profesional del médico*. México, Porrúa, 2009.
- GISBERT CALABUIG, Juan Antonio, *Medicina legal y toxicología*. Barcelona, Editorial Masson, 2000.
- GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría política*. 15a. ed. México, Porrúa, 2007.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*. 7a. ed. Barcelona, Ariel, 1984.
- ROLDÁN GONZÁLEZ, *Ética médica*. México, Universidad La Salle, 1981.

⁹⁷ Lo imposible es obligación nula.

LEGISLACIÓN.

- Constitución de la República de Ecuador, 2008.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley General de Salud de los Estados Unidos Mexicanos.

CIBERGRAFÍA

- Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Sentencia de 21 de mayo de 2013, Corte Interamericana de Derechos Humanos, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf
- Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_226_esp.pdf
- Espinoza, Maribel, “Negligencias médicas son poco denunciadas en México, indica abogado”, <http://www.poblanerias.com/2014/07/negligencias-medicas-son-poco-denunciadas-en-mexico-indica-abogado/>
- Informes de Admisibilidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, http://www.oas.org/es/cidh/expresion/jurisprudencia/decisiones_cidh_admisibilidad.asp
- Informe de mortalidad materna, Secretaría de Salud, <http://informe.gire.org.mx/caps/cap3.pdf>
- López Villalobos, Isaura, “Aumentan casos de negligencia médica”, *El Occidental*, 12 de mayo de 2014, <http://www.oem.com.mx/ELOCcIDENTAL/notas/n3389230.htm>
- Manzo, Diana y Boffil, Luis A., “Expondrán ante la CIDH negligencia médica en Oaxaca”, *La Jornada*, martes 24 de junio de 2014, p. 37.

CAPÍTULO 4

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO HUMANO. CASO DE TABASCO

INTRODUCCIÓN

La Organización Mundial de la Salud (OMS)⁹⁸ señala que el goce de la salud así como el ejercicio de los derechos humanos actúan en sinergia. En este sentido, cierto grado de salud física y mental son necesarios para poder ejercer tanto los mencionados derechos como las libertades fundamentales, las cuales son esenciales para disfrutar de un bienestar físico e intelectual; además de haber sido reconocidos a nivel nacional e internacionalmente; de tal manera que se permita al individuo participar en la vida civil, social, política, cultural y económica del Estado.

Por ello, debe entenderse que la salud representa un estado de completo bienestar físico, mental, social, correlativo a la ausencia de afecciones o enfermedades y es un factor determinante en el desarrollo económico de cualquier Estado.

El derecho a la salud es considerado dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, por ende es un derecho humano que constituye junto con los demás derechos, un cuerpo independiente, universal e indivisible. Dicho derecho empieza a ser reconocido hace aproximadamente 40 años teniendo repercusiones en el ámbito interno e internacional, el cual busca garantizar las facilidades y consideraciones necesarias para alcanzar el nivel más alto de salud.

⁹⁸ “Derecho a la salud, nota descriptiva núm. 323”, noviembre de 2013, en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>

Bajo el anterior orden de ideas, los instrumentos internacionales detallan los siguientes aspectos:

- La salud es vista como un derecho humano fundamental ligado al desarrollo histórico social de las sociedades.
- La salud es solo posible de satisfacer en la medida que se pueda resolver el problema de la pobreza y el subdesarrollo.
- Existe o debe existir una corresponsabilidad entre los países pobres y ricos para lograr el desarrollo, la paz mundial y un trato más equitativo entre las naciones. Esto es, lograr un nuevo orden económico internacional.
- La salud no es un problema que un país puede resolver por sí mismo, existe una marcada preocupación de que se trata de un problema y de una meta por alcanzar en forma regional y, en forma más ambiciosas, a nivel mundial. La salud es, pues, una problemática que declarativamente se reconoce como mundial.⁹⁹

EL DERECHO A LA SALUD Y SU REGULACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Se considera el derecho a la salud como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, para asegurar el ejercicio pleno de las capacidades del ser humano y le permita tener una calidad de vida digna. La protección considera el acceso a servicios de salud y de asistencia social que satisfagan con oportunidad las necesidades de la población.¹⁰⁰

⁹⁹ Fernando Cano Valle, “El derecho a la protección a la salud en México”, en *Percepciones acerca de la medicina y el derecho*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas / Facultad de Medicina de la UNAM, 2001, p. 24.

¹⁰⁰ Cfr., *Salud y derechos humanos*, Nota descriptiva Núm. 323, diciembre de 2015, en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>

Derechos

- Atención médica integral de calidad.
- Accesibilidad de los servicios de salud.
- Condiciones que aseguren asistencia médica y sanitaria.
- Prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole.
- Creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.
- Consentimiento informado.
- Establecimiento de diagnóstico certero por especialistas y tratamiento integral adecuado.
- Existencia de médicos profesionistas suficientes para atender las demandas de salud de la población.
- Servicios de salud especializada.
- Referencia a hospitales que cubren el servicio de salud que el paciente necesita.

Violaciones

- Obstaculización, restricción o negativa en el derecho a la salud.
- Obstaculización o negativa al acceso a los servicios de salud.
- Negligencia médica.
- Responsabilidad médica.

- Obstaculización o injerencias arbitrarias en la confidencialidad del diagnóstico, el tratamiento o la rehabilitación del paciente.
- Obstaculización, restricción o negativa a proporcionar atención médica especializada a los pacientes que lo requieren.
- Ausencia o carencia de personal médico.
- Ausencia o carencia del material o instrumentos necesarios para la prestación del servicio médico.
- Negativa, restricción o retardo para que el paciente pueda ser referido a un hospital donde se le pueda brindar el servicio médico que necesita.

El derecho a la salud está consagrado en tratados e instrumentos tanto regionales como subregionales de derechos humanos y en las Constituciones de países de todo el mundo como a continuación se presentan:

Tratados internacionales de derechos humanos en los que se reconoce el derecho a la salud

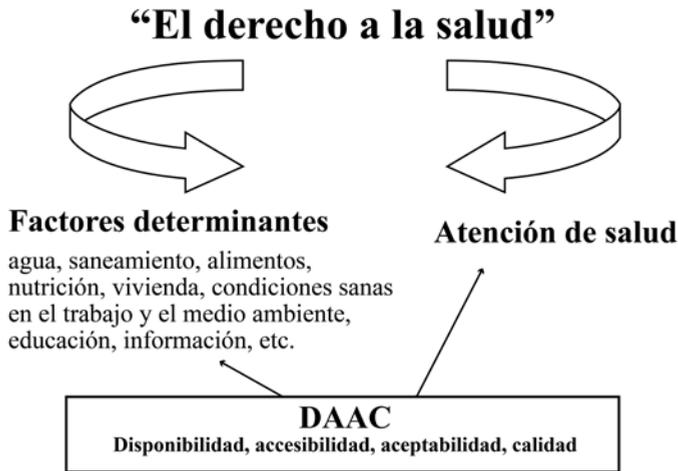
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966: artículo 12.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 1965: artículo 5 e) iv).
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979: artículos 11 1) f), 12 y 14 2) b).
- Convención sobre los Derechos del Niño, 1989: artículo 24.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990: arts. 28, 43 e) y 45 c).

- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006: artículo 25.
- Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud de 1946, enuncia un concepto de salud y reconoce como principio la importancia de la misma.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, concentra los derechos fundamentales de los seres humanos, en la que se establece y reconoce el derecho a la salud.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, se reconoce en su artículo XI que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y de la comunidad.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 en su artículo 12 establece entre las medidas que se deberán adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho a la salud, figurarán las necesarias para:
 1. La reducción de la mortalidad infantil y garantizar el sano desarrollo de los niños;
 2. El mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 3. La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 4. La creación de condiciones que aseguren el acceso de todos a la atención de la salud.
 - Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social de 1969, se resalta la importancia de adoptar medidas sanitarias que con-

templen un sistema de seguridad social y medidas para rehabilitación e integración de personas con capacidad diferente.

- Declaración de Alma-Ata de 1978, se adopta como un elemento básico para el desarrollo del ser humano el derecho a la salud y se concede reconocimiento internacional al término de atención primaria de salud.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, dispone que los Estados Partes deberán adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra las mujeres en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar el acceso a servicios de salud, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.
- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mejor conocido como “Protocolo de San Salvador” de 1988, reconoce que toda persona tiene derecho a la salud, como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social.
- La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, los Estados Partes reconocieron en su artículo 24 el derecho de las niñas y los niños al disfrute del nivel de salud más alto posible, así como a los servicios para el tratamiento de enfermedades y rehabilitación. Y reconoce a la salud como uno de sus derechos fundamentales.
- El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptó en el 2000 una Observación General sobre el derecho a la salud. En dicha observación se afirma que el derecho a la salud no solo abarca la atención de salud oportuna, sino también los factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia

potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.



Observatorio general N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Según esta observación, el derecho a la salud abarca cuatro elementos:¹⁰¹

- I. Disponibilidad. Se deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas de salud.
- II. Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:
 - No discriminación.

¹⁰¹ Ver: Tema 1 *Derecho a la salud, ciencias sociales y jurídicas*, Universidad de Cantabria, en <http://ocw.unican.es/ciencias-de-la-salud/salud-publica-y-atencion-primaria-de-salud/otros-recursos-1/lecturas/bloque-i/El%20derecho%20a%20la%20salud.pdf>

- Accesibilidad física.
 - Accesibilidad económica (asequibilidad).
 - Acceso a la información.
- III. Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida.
- IV. Calidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone a los Estados Partes tres tipos de obligaciones:

- a. Respetar. Significa simplemente no injerir en el disfrute del derecho a la salud (“no perjudicar”).
- b. Proteger. Significa adoptar medidas para impedir que terceros (actores no estatales) interfieran en el disfrute del derecho a la salud (por ejemplo, regulando la actividad de los actores no estatales).
- c. Cumplir. Significa adoptar medidas positivas para dar plena efectividad al derecho a la salud (por ejemplo, adoptando leyes, políticas o medidas presupuestarias apropiadas).

Según la observación mencionada, el derecho a la salud también comprende obligaciones básicas referentes al nivel mínimo esencial del derecho. Aunque ese nivel no se puede determinar en abstracto porque es una tarea que corresponde a los países, para guiar el proceso de establecimiento de prioridades se enumeran los siguientes elementos fundamentales:

Entre esas obligaciones básicas figuran las siguientes:

- Servicios esenciales de atención primaria de la salud.
- Alimentación esencial mínima que sea nutritiva.
- Saneamiento.
- Agua potable.
- Medicamentos esenciales.

Otra obligación básica es la de adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública en los que se tengan en cuenta las preocupaciones en materia de salud de toda la población. Esa estrategia y ese plan deberán elaborarse y examinarse periódicamente a través de un proceso participativo y transparente; deberán incluir indicadores y bases de referencia que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados, y deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.¹⁰²

El derecho a la salud es un derecho inclusivo. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el órgano encargado de llevar a cabo un seguimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los denomina “factores determinantes básicos de la salud”. Son los siguientes:¹⁰³

- Agua potable y condiciones sanitarias adecuadas;
- Alimentos aptos para el consumo;
- Nutrición y vivienda adecuadas;
- Condiciones de trabajo y un medio ambiente salubres;

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ *El derecho a la salud.* Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos / Organización Mundial de la Salud, 2008, p. 3, (Folleto informativo núm. 31)

- Educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud;
- Igualdad de género.

El derecho a la salud, está estrictamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos como: la vida, la dignidad humana, vivienda, alimentación, no discriminación, igualdad, acceso a la información, vida privada, entre otros.¹⁰⁴

En este sentido, se puede observar que el derecho humano a la salud no se circunscribe solamente a la atención médica, sino que comprende una serie de factores socioeconómicos, mínimos necesarios, tales como: alimentación adecuada, agua limpia y potable, vivienda digna, condiciones de trabajo seguro, condiciones sanitarias adecuadas, entre otras.

Por tanto, la práctica médica debe llevarse a cabo desde las acciones singulares cotidianas de los profesionales y el equipo de salud con las personas, hasta la formulación e implementación de políticas públicas.

El derecho a la salud comprende algunas libertades. Tales libertades incluyen el derecho a no ser sometido a tratamiento médico sin el propio consentimiento, por ejemplo experimentos e investigaciones médicas o esterilización forzada, y a no ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.¹⁰⁵

El derecho a la salud comprende otros derechos. Esos derechos incluyen los siguientes:

- El derecho a un sistema de protección de la salud que brinde a todos iguales oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud;
- El derecho a la prevención y el tratamiento de las enfermedades, y la lucha contra ellas;

¹⁰⁴ Nohely Bastidas Matheus, "La mala práctica médica y los derechos humanos", *Razón y Palabra*, en http://www.razonypalabra.org.mx/N/N81/M81/18_Bastidas_M81.pdf

¹⁰⁵ *El derecho a la salud, op. cit., supra* nota 103, p. 4.

- El acceso a medicamentos esenciales;
- La salud materna, infantil y reproductiva;
- El acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos;
- El acceso a la educación y la información sobre cuestiones relacionadas con la salud;
- La participación de la población en el proceso de adopción de decisiones en cuestiones relacionadas con la salud a nivel comunitario y nacional.

En este sentido, es obligación de los Estados proteger y promover los derechos humanos. Las obligaciones a este respecto están definidas y garantizadas por el derecho consuetudinario internacional y los tratados internacionales de derechos humanos, que imponen a los Estados que los han ratificado la obligación de hacer efectivos esos derechos.

Las obligaciones de los Estados se dividen en tres categorías: las obligaciones de respetar, proteger y realizar.

- La obligación de respetar: requiere que los Estados se abstengan de interferir directa o indirectamente en el derecho a la salud.
- La obligación de proteger: admite la exigencia de que los Estados impidan que terceros interfieran en el derecho a la salud.
- La obligación de realizar: soporta la exigencia de que los Estados adopten las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otro tipo que sean apropiadas para la realización plena del derecho a la salud.

Es fundamental establecer mecanismos de rendición de cuentas para garantizar el respeto de las obligaciones que se derivan del derecho a la salud para los Estados. La vigilancia y la rendición de cuentas de los Estados tienen lugar a nivel nacional, regional e internacional e involucra a diver-

tos agentes, a saber, el propio Estado, organizaciones no gubernamentales (ONG), instituciones nacionales de derechos humanos u órganos creados en virtud de tratados internacionales.¹⁰⁶

Por tanto, podemos establecer que los tres vínculos básicos entre la salud en el ejercicio de los derechos humanos son:¹⁰⁷

- 1) Primer vínculo: el goce de la salud y el ejercicio de los derechos humanos actúan en sinergia. Así, cierto grado de salud física y mental es necesario para poder ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales que han sido reconocidos internacionalmente y, de esta forma, participar en la vida civil, social, política, cultural, económica de un Estado. Al mismo tiempo, el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales es esencial para disfrutar de un verdadero bienestar físico y mental.
- 2) Segundo vínculo: de acuerdo con distintos expertos en salud pública, órganos y agencias especializadas del Sistema de las Naciones Unidas y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y organismos creados por los tratados internacionales de derechos humanos, las violaciones o falta de cumplimiento de los derechos humanos pueden afectar negativamente el bienestar físico, mental y social de todas las personas.
- 3) Tercer vínculo: las políticas, planes y legislaciones sobre salud pública pueden ser instrumentos que protegen efectivamente los derechos humanos básicos y libertades fundamentales o, por el contrario, pueden ser instrumentos que obstaculizan el ejercicio de derechos básicos vinculados al bienestar físico y mental.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Los principales órganos encargados de proteger los derechos de los pacientes en México son:

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 45.

¹⁰⁷ “La salud y los derechos humanos. Documento conceptual”, 50o. Consejo Directivo. 62a., Sesión del Comité Regional. Washington, D. C., del 27 de septiembre al 1 de octubre del 2010, p. 4.

- La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH): es el órgano oficial con competencia para vigilar los derechos de los pacientes.
- La Comisión Nacional de Arbitraje Médico: creada en 1996. Su función principal es la de “conciliar”, mediante el diálogo entre los usuarios y los prestadores de servicios de salud.
- Los Comités de Bioética: son órganos consultivos internos de los hospitales que, aplicando un enfoque multidisciplinario, analizan problemas relacionados con los aspectos éticos de la atención, asimismo, asesoran y emiten recomendaciones a la dirección del hospital para la mejor solución de los mismos.
- La CNDH y las comisiones locales tienen dentro de sus funciones el ser organismos autónomos de denuncia de violaciones a los derechos humanos cometidas por el personal de la administración pública.¹⁰⁸

La Comisión Nacional y las comisiones locales no son instancias judiciales, el resultado de sus investigaciones sirve para emitir recomendaciones. Si bien, su objetivo es proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano, al no ser de carácter obligatorio, dependen de la voluntad política del Estado mexicano.

La CNDH, con fundamento en la “Declaración de Lisboa sobre los Derechos de los Pacientes” hecha por la Asamblea Médica Mundial (1981), desglosó los derechos de los pacientes en 21 puntos y los adaptó al medio ambiente mexicano.¹⁰⁹

- Todo paciente tiene derecho a recibir atención hospitalaria, de así ameritarlo su padecimiento.

¹⁰⁸ “Mortalidad materna”, p. 109, en <http://informe.gire.org.mx/caps/cap3.pdf>

¹⁰⁹ “Los derechos humanos de los pacientes”, en <http://www.pisa.com.mx/publicidad/portal/enfermeria/manual/L5.htm>

- Tiene derecho a que, a su ingreso al hospital, se le informe de las normas que rigen dentro del mismo y de saber quiénes serán los miembros del personal de salud encargados de su atención.
- Tiene derecho a que se le brinden todos los recursos con que cuenta el hospital para lograr un diagnóstico correcto y oportuno, así como un tratamiento eficaz.
- El paciente hospitalizado en una institución privada tiene derecho a recibir información sobre honorarios médicos y costos de los servicios y, en caso de no cubrirlos, no podrá ser retenido contra su voluntad.
- Tiene derecho a recibir información sobre alternativas terapéuticas o de procedimientos diagnósticos, con el fin de determinar, conjuntamente con el médico, lo más conveniente para él, tomando en cuenta su ideología y sus creencias religiosas.
- Tiene derecho a que se solicite su autorización antes de que se le apliquen tratamientos o procedimientos que impliquen riesgos para él.
- Tiene derecho a que la información contenida en su expediente clínico se maneje confidencialmente.
- Tiene derecho, si sus condiciones lo permiten, a nombrar un representante que reciba información o que tome decisiones” por él en lo concerniente a su salud, si las circunstancias así lo exigen.
- Tiene derecho a recibir un trato digno y humano por parte del personal que labora en el hospital, independientemente de su diagnóstico, situación económica, sexo, raza, ideología o religión.
- Tiene derecho a recibir información veraz, concreta, respetuosa y en términos que pueda entender, en relación con su diagnóstico, tratamiento, pronóstico y sobre los procedimientos a los que se le pretenda someter.

- Tiene derecho a solicitar su egreso voluntario del hospital, sin que esto afecte su futura atención por la misma institución.
- Tiene derecho a participar voluntariamente como sujeto de investigación, sin que en su decisión influyan presiones de ningún tipo, siempre y cuando conozca los objetivos, riesgos y beneficios de la investigación, así como a desligarse de ella en el momento en que lo decida, sin que ello afecte la calidad de su atención.
- Tiene derecho a negarse a participar como sujeto de investigación, sin que ello demerite la calidad de su atención hospitalaria.
- Tiene derecho a que sus órganos o especímenes quirúrgicos sean tratados digna y humanitariamente.
- Tiene derecho a una muerte digna y a un trato humanitario de sus restos mortales.
- Tiene derecho a ser transferido de un hospital a otro, en caso de ameritarlo su padecimiento, siempre que se le indique el objetivo de dicha transferencia.
- Tiene derecho a participar en forma activa en su tratamiento y restablecimiento.
- Tiene derecho a recibir visita de sus familiares y amigos, si ésta no va en perjuicio de la evolución de su padecimiento.
- Tiene derecho a atención espiritual por parte de ministros de la religión que profese.
- Tiene derecho a gozar de actividades recreativas, siempre que el hospital cuente con áreas específicas para tal fin.
- Tiene derecho a la comunicación telefónica, siempre que el hospital cuente con este servicio y no exista contraindicación médica para ello.

Lo anterior permite comprender que el derecho a la salud como un derecho humano es interdependiente e indivisible y está relacionado entre sí.

La CNDH también recibe quejas que involucran al IMSS, en donde los afiliados denuncian posibles transgresiones a sus derechos humanos. De 1990 a 2007 la Comisión emitió 79 recomendaciones por violación a los derechos humanos de los beneficiarios por parte del personal del IMSS.¹¹⁰



Las relacionadas con violaciones al derecho a la salud, 1,660 en contra del IMSS, y 536 en contra del ISSSTE sumaron 2,196, por hechos violatorios consistentes en su mayoría en omitir proporcionar atención médica, obstaculizar o negar las prestaciones de seguridad social, negligencia médica y omitir suministrar medicamentos, entre otros.

Como puede observarse, la dependencia que encabeza la lista de violaciones a derechos humanos es el IMSS, con 1,660 quejas.

¹¹⁰ Yenise Tinoco, "Negligencia, causa de muerte en el IMSS", *Contralínea*, en http://contralinea.com.mx/archivo/2007/junio2/htm/Negligencia_muerte_IMSS.htm

De esas quejas se derivaron nueve recomendaciones, de esas recomendaciones, cuatro surgieron por la muerte de pacientes, cuatro por atención médica inadecuada y una porque no se brindó pensión por vejez a un derechohabiente.¹¹¹

En 2012, el IMSS también se enfrentó al mismo problema, pues el desempeño de su personal generó 1,876 quejas ante la CNDH. Mientras tanto, en 2011, 2010 y 2009 ocupó el segundo lugar, con 1,668, 1,083 y 701 quejas, respectivamente, solo detrás de instituciones de seguridad como la SEDENA, dependencia clave en la estrategia contra el crimen organizado.¹¹²

Caso 1

Síntesis:

1. El 29 de febrero de 2012, aproximadamente a las 22:00 horas, VI, mujer de 67 años de edad, con antecedentes de hipertensión arterial sistémica y diabetes mellitus tipo II, presentó elevación de glucosa, por lo que su hermana Q1 la llevó a la Clínica Hospital del ISSSTE, en Zitácuaro, Michoacán, donde según su dicho el personal médico tratante (AR1, AR2, AR3 y AR4) no le proporcionó la atención médica que requería.
2. Un médico ordenó al personal de Enfermería que VI fuera instalada en la cama número cuatro y se le suministraran diversos medicamentos a través del suero; al día siguiente, otro galeno le indicó a Q1 que el estado de salud de la víctima era delicado y que sería necesario trasladarla a otro nosocomio.
3. VI fue referida al Hospital “Vasco de Quiroga” del ISSSTE, de la misma entidad federativa, sin embargo, según manifestó Q1, la

¹¹¹ Mauricio Torres, “El IMSS, entre las autoridades con más quejas en derechos humanos”, CNN México, miércoles 25 de junio de 2014, en <http://mexico.cnn.com/nacional/2014/06/25/el-imss-entre-las-autoridades-con-mas-quejas-en-derechos-humanos>

¹¹² *Idem*.

ambulancia que se utilizó para tal efecto no contaba con todos los recursos necesarios para brindarle la atención que requería, aunado a que no hubo personal médico o de enfermería que la asistiera durante su traslado, además de que no se le informó qué medicamentos se le estaban suministrando; Q1 agregó que el conductor de la ambulancia se detuvo a abastecer de combustible la unidad; así las cosas, durante el traslado la víctima falleció.

4. En el acta de defunción de V1 se señaló como fecha y hora de fallecimiento las 17:20 horas del 1 de marzo de 2012 y como causas de muerte: infarto al miocardio transmural (dos horas), hiperkalemia (24 horas), insuficiencia renal crónica agudizada (72 horas), diabetes mellitus tipo II (ocho años) e hipertensión arterial sistémica (10 años).

5. En consecuencia, el 7 de agosto de ese año Q1 presentó un escrito de queja ante la Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Michoacán, la cual, por razones de competencia, se remitió a esta Comisión Nacional el día 9 del mes y año citados, radicándose con el número de expediente CNDH/1/2012/ 7192/Q.

Recomendaciones

PRIMERA. Reparar el daño ocasionado a Q1, o a quien tenga mejor derecho a ello.

SEGUNDA. Diseñar e impartir a la totalidad de los servidores públicos de la Clínica Hospital del ISSSTE, en Zitácuaro, Michoacán, un Programa Integral de Educación, Formación y Capacitación en Materia de Derechos Humanos, y sus implicaciones en la protección a la salud, enfatizando el conocimiento, manejo y observancia de las Normas Oficiales Mexicanas.

TERCERA. Emitir una circular dirigida al personal médico de la Clínica Hospital del ISSSTE, en Zitácuaro, Michoacán, en la que se les exhorte a entregar copia de la certificación y/o recertificación que tramiten ante los Consejos de Especialidades Médicas.

CUARTA. Adoptar medidas de prevención que permitan garantizar que los expedientes clínicos que generen con motivo de la atención médica que brindan se encuentren debidamente integrados y protegidos.

QUINTA. Colaborar con esta Comisión Nacional en el trámite de la queja que promueva ante el Órgano Interno del Control en ese Instituto.

SEXTA. Colaborar en la presentación y seguimiento de la denuncia de hechos que este Organismo Nacional formule ante la Procuraduría General de la República.

Por tanto, se puede observar, que la labor de protección a los derechos humanos por parte de la CNDH se realiza a través de la recepción de quejas sobre presuntas violaciones, lo que permite abrir quejas de oficio ante diferentes situaciones que puedan implicar la vulneración de estos derechos. Lo cual permite que la emisión de recomendaciones pueda favorecer en la mejora de la actividad administrativa.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico

La CONAMED es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud creado en junio de 1996, con plena autonomía técnica para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos. Su objeto es la resolución de conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de servicios de salud de carácter público, privado y social, así como contribuir a mejorar la calidad y eficiencia de los servicios médicos en México. Las quejas atendidas en la Comisión son exclusivamente aquellas en las cuales las partes involucradas coinciden en someter ante esta instancia su valoración.¹¹³

De tal manera, que la CONAMED es una institución pública que ofrece mecanismos alternos de solución de controversias entre usuarios y prestadores de servicios médicos.¹¹⁴

¹¹³ Raydel Valdés-Salgado *et al.*, “Aprender de lo sucedido. Análisis de las quejas presentadas ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico”, *Salud Pública*. México, vol. 43, núm. 5, 2001, p. 443.

¹¹⁴ Para mayor abundamiento del tema véase: Alma de los Ángeles Ríos Ruiz y Antonio Fuente del Campo, “El arbitraje en la práctica médica, análisis y perspectiva de nuevos mecanismos para la

Su objetivo es proporcionar a los usuarios de los servicios de salud un mecanismo que les permita aclarar posibles conflictos derivados de la prestación de estos servicios para evitar grandes cargas de trabajo para los órganos jurisdiccionales, sin sustituirlos. Sin embargo, su limitación es que mediante esta vía es complicado lograr acuerdos entre las partes para determinar los daños de carácter civil derivados de la prestación de servicios médicos.

En el caso de la muerte materna, no se cuenta, con el registro de estas, ya que las conciliaciones no implican la investigación de hechos para atribuir responsabilidad administrativa o penal en contra de una de las partes.

El papel de la Comisión es relevante en los casos de muerte materna, respecto de la determinación y reconocimiento de responsabilidades de carácter civil por parte de las instituciones de salud, mismas que concluyen con el pago de alguna indemnización económica en favor de los familiares de las víctimas. Sin embargo, estas instancias no les garantizan el acceso a una justicia integral. De hecho, las comisiones pueden llegar a ser un incentivo para que los casos de muerte materna nunca sean investigados y procesados ante instancias jurisdiccionales y se mantengan en un estado de impunidad *de facto*.¹¹⁵

*Caso 1, responsabilidad profesional:*¹¹⁶

Queja

Resumen clínico

Femenino de 32 años de edad, Testigo de Jehová, el 31 de agosto de 1999 asistió a hospital público por presentar amenorrea y dolor abdominal tipo punzante de tres meses de evolución. La nota reporta: “Me-

solución de controversias en México”, *Revista In Iure Anáhuac Mayab* (On Line) 2007-6045, en <http://derecho.anahuac.mx>, ISSN.2007-6045.

¹¹⁵ “Mortalidad materna”, *op. cit.*, *supra* nota 108, p. 110.

¹¹⁶ Tomado de: María del Carmen Dubón Peniche *et al.*, “Caso CONAMED”, *Revista Facultad de Medicina UNAM*, en <http://www.facmed.unam.mx/publicaciones/revista/Un15-conamed.htm>

narca a los 12 años; ritmo 28 x 3; inició vida sexual activa a los 21 años; no utiliza método de planificación familiar; última menstruación 5 de julio de 1999; prueba inmunológica de embarazo negativa. A la exploración física: signos vitales normales, abdomen blando, despreciable, con palpación de masa a nivel de meso e hipogastrio, móvil, no dolorosa, de aproximadamente 10 cm. Impresión diagnóstica: esterilidad primaria, tumoración en estudio, probable quiste de ovario. Se solicita ultrasonido abdominal”.

El citado estudio confirmó la existencia de quiste de ovario derecho y se programó laparotomía exploradora para septiembre del mismo año; en la fecha programada, aparece nota, la cual señala: “Favor de proporcionar cita en una semana a consulta externa de ginecología, para reprogramar cirugía, pues no se cuenta con donadores y por el momento no hay datos de alarma o urgencia referida al padecimiento actual de la paciente”.

Otra nota del mismo día consigna: “Paciente programada para exéresis de quiste de ovario, Testigo de Jehová. Por norma institucional si el médico tratante estima necesario que tenga donadores y la paciente no cumple con ello, si no hay urgencia, la cirugía debe diferirse hasta que cumpla con el requisito; aunque no se utilice en el trans-operatorio”.

En el expediente existe documento suscrito por la paciente, dirigido al jefe del servicio de gineco-obstetricia del hospital público, que señala: “le comunico que exonero de responsabilidad a los médicos, cirujanos, anestesiólogos, personal médico, al hospital y a la institución por cualquier daño que resulte de mi negativa a aceptar sangre, a pesar del cuidado competente que en otro sentido se me dé; asimismo, renuncio a cualquier acción civil, penal o de cualquier índole”.

Resumen clínico del hospital particular refiere: “La paciente acudió a este nosocomio con dolor y aumento de volumen pélvico, se palpa masa tumoral dura y poco movable de 20 cm aproximadamente, con dolor al movimiento, por ello se indicó laparotomía con diagnóstico de quiste gigante; cistadenoma seroso. El hallazgo operatorio fue cistadenoma parasalpingeano derecho de 20 x 20 cm”.

Análisis del caso

El presente análisis está basado en los datos obtenidos del expediente; el problema se centra en determinar si la atención médica observó deficiencias en términos de la *lex artis*.

Los testigos de Jehová aceptan por lo regular tratamiento, es decir, llevan a sus familiares a los hospitales y acuden a las instituciones médicas. Sin embargo, rechazan la hemotransfusión. En las instituciones privadas, donde se paga por un servicio, es más fácil considerar esta negativa, pues el paciente está pagando el servicio (sin perjuicio de que esto pudiera ser indicativo de mala praxis). En unidades médicas del sector público, es difícil la situación, pues en varias ocasiones no ha sido posible el tratamiento médico, ante la oposición para la hemotransfusión, esto equivale a negarse el consentimiento por el paciente, causa no atribuible a las instituciones.

Es importante hacer notar que no existe terapia alternativa a la hemotransfusión y el personal no puede ser compelido a realizar actos quirúrgicos sin disponer de los medios necesarios (en este caso la sangre); suponerlo de otra suerte sería atentar contra las garantías mínimas del personal, especialmente en contra de su libertad prescriptiva garantizada en el artículo 5o. de la Constitución (libertad para el ejercicio de la profesión).

Por otra parte, debe señalarse que para intervenir, el personal debe (según le obligan las disposiciones sanitarias) recabar el consentimiento bajo información; de donde se sigue que si no se obtiene dicho consentimiento, el personal no está siendo autorizado y por ello, no puede estimarse negativa de atención.

La Ley General de Salud establece en su artículo 51 que: “los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional, y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares”. El médico es responsable de proporcionar dicha atención de calidad y es de suponerse que, para estar en posibilidades de cumplir

con este precepto, es necesario estimar cualquier contingencia (que en el presente caso, sería la posibilidad de un sangrado de tal magnitud que pudiera poner en peligro la vida de la paciente). En este entendido, no se podría hablar de una atención de calidad idónea, pues no se tendrían los elementos necesarios para ofrecer la multicitada atención, por causas no imputables al médico.

La paciente a través de escrito, manifestó que exime a las autoridades institucionales así como al personal médico, por cualquier daño que pudiera resultar por su negativa a recibir cualquier transfusión. A pesar de ello, el personal responsable decidió no efectuar la cirugía, en primer lugar según la nota, no existían datos de alarma o urgencia y previendo, además, la necesidad de que la enferma durante el evento quirúrgico, requiriera ser transfundida.

La paciente asistió al servicio de urgencias de un hospital público, donde se diagnosticó tumor abdominal, se realizaron diversos estudios y se programó tratamiento quirúrgico. Un día antes de la cirugía, los familiares de la paciente presentaron un documento de exoneración de responsabilidad médica y ese mismo día hablaron con el médico tratante, manifestándole que por ser de la congregación de los Testigos de Jehová, se negaban a recibir transfusiones de sangre y a donar sangre; el facultativo aceptó siempre y cuando se donaran dos unidades de expansores de plasma, mismas que se llevaron al hospital; empero no se efectuó la cirugía, pues en la fecha programada, el anestesista informó que si no había donación de sangre no habría operación; tres días después, la enferma acudió a hospital particular, donde se operó.

Conviene aclarar:

a) Un criterio esencial en el derecho sanitario y en la *lex artis* médica refiere que el principio de autonomía, al igual que los demás principios bioéticos, no es ni puede ser ilimitado. En efecto, permite elegir entre diversas opciones de atención, pero de ninguna suerte faculta a negar medios imprescindibles para la atención médica (medios ordinarios), pues equivaldría a una franca omisión de auxilio médico, conducta sancionada por la Ley General de Salud (artículo 469).

b) Siguiendo prácticas iniciadas en otros países, se ha pretendido que el paciente puede eximir al médico a través de una simple carta de exención de responsabilidad; sin embargo, este criterio no está convalidado en la *lex artis*, y tampoco se ajusta a las normas vigentes. En efecto, la Norma Oficial Mexicana del Expediente Clínico en su parágrafo 4.2, a la letra señala: “Cartas de consentimiento bajo información, a los documentos escritos, signados por el paciente o su representante legal, mediante los cuales se acepte, bajo debida información de los riesgos y beneficios esperados, un procedimiento médico o quirúrgico con fines de diagnóstico o, con fines diagnósticos, terapéuticos o rehabilitatorios.

Estas cartas se sujetarán a los requisitos previstos en las disposiciones sanitarias, serán revocables, mientras no inicie el procedimiento para el que la hubiera otorgado y no obligarán al médico a realizar u omitir un procedimiento cuando ello entrañe un riesgo injustificado hacia el paciente”.

De lo anterior se sigue que los pacientes no pueden eximir al médico de responsabilidad; por el contrario, los harían partícipes de un acto irregular a la luz de la *lex artis* médica. El Código Civil Federal es meridianamente claro en su artículo 6o., que refiere a la letra: “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afectan directamente al interés público, y cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”.

En esos términos ni la vida ni la salud son bienes disponibles y su renuncia afecta, innegablemente, al orden e interés públicos y afecta a los derechos de tercero.

c) En caso extremo, la renuncia a medios ordinarios (en este caso a la hemotransfusión) podría entrañar para el médico que la convalide, un ilícito penal; en efecto, el artículo 312 del Código Penal Federal refiere a la letra: “El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de producirse la muerte, la prisión será de cuatro a 12 años”.

Por otra parte, el artículo 313 del citado ordenamiento penal refiere: “Si el occiso o suicida fuere menor de edad o padeciere alguna de las formas de enajenación mental, se aplicarán al instigador las sanciones señaladas al homicidio calificado o a las lesiones calificadas”.

Por otro lado, es importante resaltar que las objeciones surgen en la elección de los medios. Así, virtual y potencialmente, el paciente podría objetar todos y cada uno de los propuestos, sea por la falta de confianza que le inspire el facultativo o por motivo de sus propias convicciones; sin embargo, no se puede rebasar el marco legal mencionado.

En el presente caso, es necesario resaltar que el personal médico actuó, además, considerando las políticas institucionales, las cuales en la especie, se ajustan a la *lex artis* y a la legislación en vigor. El médico tiene la obligación de prever cualquier posibilidad de riesgo que se pudiera presentar durante el acto quirúrgico, merced a lo anterior, el personal actuó con arreglo a la *lex artis* médica y por ende, no se observan elementos de mala práctica.

Por otra parte, el diagnóstico presuncional no aseguraba que el quiste fuera benigno; la *lex artis* refiere que una tumoración de este tipo, debe ser sometida a estudio transoperatorio, cuyo resultado es fundamental para realizar cirugía limitada o extensa.

En este caso la tumoración fue de tipo benigno, pero las condiciones hubieran sido distintas si el resultado obtenido demostrara cáncer de ovario o de otro tipo, pues la cirugía tendría que haberse ampliado condicionando una mayor pérdida sanguínea: en el supuesto que el tumor fuera maligno, el procedimiento a realizar sería: histerectomía, omentectomía o una cirugía de citorreducción, ello incrementaría la extensión del área quirúrgica expuesta, requiriendo obligadamente transfusión.

Ahora bien, por cuanto hace a la donación de sangre es posible dispensarla, máxime que se trata de un programa inspirado en la solidaridad y no en la obligatoriedad. En esos términos, conviene enfatizar que no se puede condicionar la atención médica a la falta de donación sanguínea.

El riesgo de que pudiera existir hemorragia era alto por el solo hecho de ser un acto quirúrgico aunque puede haber diferencias de apreciación en el personal médico tratante. Aquí se mezclaron las dos situaciones, la negativa a la donación y a la recepción (lo cual es, además, un error frecuente en la interpretación y abordaje de estos temas); sin embargo y pese a todo, no existió mal praxis pues es evidente que el personal pretendía, exclusivamente, prever el riesgo, en protección de la paciente.

La profesión médica cuyo objeto es cumplir una función esencialmente social, implica para el médico obligaciones de carácter ético y profesional para quienes la ejercen, de tal manera que su trasgresión delictiva o culposa puede dar lugar a sanciones penales o civiles, según que aquella configure una conducta tipificada por la ley penal o que esté circunscrita a la responsabilidad civil.

Caso 2

De acuerdo con el estudio presentado por Raydel Valdés-Salgado y Joaquín Molina-Leza, titulado “Aprender de lo sucedido. Análisis de las quejas presentadas ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico”, se estudiaron 1,925 quejas y se sistematizó la información para su análisis cuantitativo. Con el objetivo de describir las quejas por insatisfacción con los servicios médicos que se presentaron ante la CONAMED en 1997 y 1998, procedentes de México, Distrito Federal.

Se presentaron los siguientes resultados:

- Los principales motivos de queja llevados a la CONAMED fueron: inconformidad con el tratamiento orientado, problemas relacionados con intervenciones quirúrgicas y con el diagnóstico emitido, todos relacionados con aspectos técnico-médicos de la atención.
- Los usuarios de la seguridad social reportan fundamentalmente insatisfacción con el diagnóstico, problemas de tipo administrativo y también se quejan de la relación médico-paciente.

- Dentro de los problemas administrativos, los más frecuentes se relacionan con las fechas de las citas para consultas e intervenciones quirúrgicas, que no se ajustan a las necesidades de los usuarios.
- Entre la población derechohabiente llama la atención el número de casos que informan haber acudido a buscar atención en el sector privado. En un estudio anterior realizado en México se halló que 40 % de la población de la capital considera a los servicios privados como los mejores, y entre los asegurados del ISSSTE, 53 % pensaba de esa forma.
- Las dificultades identificadas en las instituciones que atienden a la población no asegurada se caracterizan principalmente por problemas en la relación médico-paciente y en las intervenciones quirúrgicas.
- En las instituciones de seguridad social, y en las que atienden a la población no asegurada, las quejas más frecuentes se refieren a problemas de estructura y del proceso de atención.
- Las quejas que involucran a los servicios privados mayormente se refieren a insatisfacción con el tratamiento y con las intervenciones quirúrgicas. los resultados esperados.

Los casos anteriores permiten observar, que dentro de los factores importantes que contribuyen y generan demandas médicas por “mala praxis” podemos encontrar:¹¹⁷

- El consumismo que llevó a considerar la salud como un servicio mercantil.
- La calidad de los servicios prestados por parte de los médicos.

¹¹⁷ Gerardo Ricardo Zurita Navarrete, “Estado actual de las demandas”, *Medigrafic, Cirujano General*. México, vol. 33, supl. 2, abril-junio de 2011, pp.144-145.

- La pérdida de la relación médico-paciente.
- La proliferación de los seguros de riesgo profesional.
- La proliferación de las Facultades de Medicina.
- Las modificaciones en la estructura y organización del Sistema Nacional de Salud y Sistema de Seguridad Social en Salud.
- Los cambio en la actitud del paciente, quien pasó de una sumisión silenciosa a una exigencia presionada.
- Carencia de vocación y deshumanización.
- Falta de actualización. Carencia y/o deficiencia de conocimientos: bioéticos, deontológicos, y jurídicos.
- Mala calidad de los servicios.
- Deficiente o mala relación con el paciente.
- No trabajar en equipo.
- Aumento de la actividad médica.
- El progreso de la medicina.
- Tecnología y robótica.
- La transmisión por los medios de comunicación de los problemas médicos y de sus resoluciones casi siempre presentadas de manera triunfalista.
- La creación de organismos reguladores, cuya función ha sido la de juzgar de manera superficial la actividad médica.

- La actitud de algunos médicos que mal interpretan las acciones de sus colegas.
- Detrás de cada demanda de responsabilidad profesional, hay un médico o personal de salud que impulsó o predispuso al paciente a demandar.
- La posibilidad de obtener un beneficio económico, es el móvil más frecuente que origina la demanda hacia el médico.
- La intención de eludir el pago de honorarios y hospitalización.
- Corrupción dentro de las instituciones de impartición de justicia.

El Sistema de Salud en México

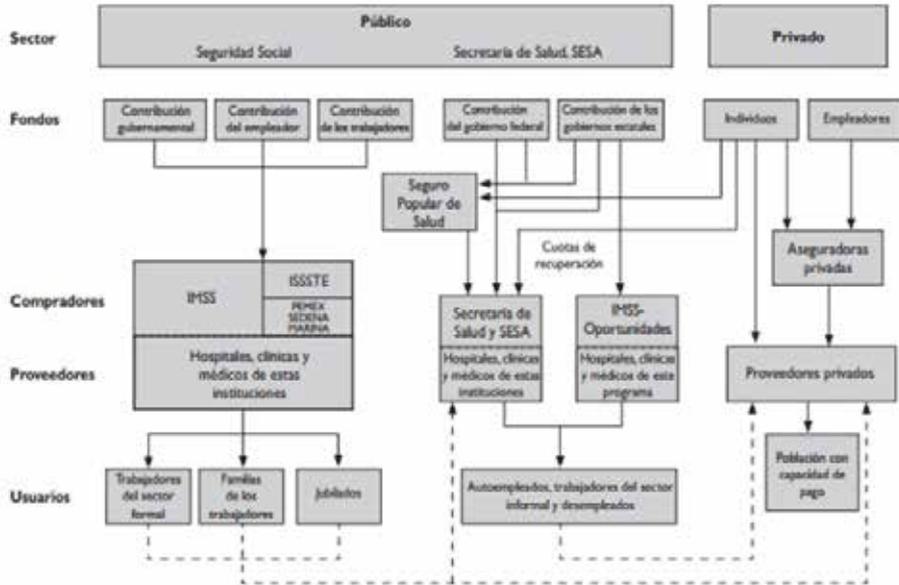
El sistema de salud de México está compuesto por dos sectores: público y privado. El sector público comprende a las instituciones de seguridad social tales como el IMSS, el ISSSTE, Petróleos Mexicanos (PEMEX), Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA), Secretaría de Marina (SEMAR) y otros, que prestan servicios a los trabajadores del sector formal de la economía, y a las instituciones que protegen o prestan servicios a la población sin seguridad social, dentro de las que se incluyen el Seguro Popular de Salud (SPS), la Secretaría de Salud (SSa), los Servicios Estatales de Salud (SESA) y el Programa IMSS-Oportunidades (IMSS-O).

El sector privado presta servicios a la población con capacidad de pago. El financiamiento de las instituciones de seguridad social proviene de tres fuentes:

- a. Contribuciones gubernamentales.
- b. Contribuciones del empleador (que en el caso del ISSSTE, PEMEX, SEDENA y SEMAR es el mismo gobierno).
- c. Contribuciones de los empleados.

Estas instituciones prestan sus servicios en sus propias instalaciones y con su propio personal. Tanto la SSa como los SESA se financian con recursos del gobierno federal y de los gobiernos estatales, además de una pequeña contribución que pagan los usuarios al recibir la atención (cuotas de recuperación). La población de responsabilidad de la SSa y de los SESA se atiende en las instalaciones de estas instituciones, que cuentan con su propio personal. El SPS se financia con recursos del gobierno federal, de los gobiernos estatales y cuotas familiares, y compra servicios de salud para sus afiliados a la SSa y a los SESA (y en algunas ocasiones a proveedores privados). Finalmente, el sector privado se financia con los pagos que hacen los usuarios al momento de recibir la atención y con las primas de los seguros médicos privados, y ofrece servicios en consultorios, clínicas y hospitales privados.¹¹⁸

Ilustración 1: Sistema de salud en México



¹¹⁸ Octavio Gómez Dantés *et al.*, “Sistema de salud de México”, *Salud Pública*. México, vol. 53, núm. 2, 2011, p. 221.

De acuerdo con el artículo 4o. de la Constitución Política de México, la protección de la salud es un derecho de todos los mexicanos. Sin embargo, garantizarlo es el gran problema que representa el sistema de salud en México.

En el país hay tres distintos grupos de beneficiarios de las instituciones de salud:

1. Los trabajadores asalariados, los jubilados y sus familias.
2. Los autoempleados, trabajadores del sector informal, desempleados y personas que se encuentran fuera del mercado de trabajo, y sus familias.
3. La población con capacidad de pago.

El sistema de la salud de México expresa rezagos importantes en tres indicadores centrales: equidad, calidad y cobertura financiera. Además, también se caracteriza porque se encuentra fuertemente segmentado, lo cual origina que el derecho a la salud no sea garantizado para toda la población. El gasto público en salud ha estado concentrado en la población afiliada a la seguridad social, es decir, quienes acceden a los servicios de salud del IMSS o ISSSTE o PEMEX.

De acuerdo con el Banco Mundial, el gasto total en salud es la suma del gasto público y privado en salud. Abarca la prestación de servicios de salud (preventivos y curativos), las actividades de planificación familiar, las actividades de nutrición y la asistencia de emergencia designadas para la salud, pero no incluye el suministro de agua y servicios sanitarios.¹¹⁹

El desempeño del Sistema de Salud en México durante los últimos años puede caracterizarse a través de dos procesos centrales y confluentes entre sí: la fragmentación y el deterioro de la calidad de sus servicios derivados de la reducción sistemática y progresiva del gasto público en la materia:

¹¹⁹ Banco Mundial, en <http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.XPD.TOTL.ZS>

- La fragmentación del sistema de salud y minimización progresiva de los servicios otorgados a la población abierta.
- El decremento de la calidad en los servicios.

Este proceso de disminución del gasto público en salud tiene su contraparte en la implementación de mecanismos de privatización selectiva de los servicios de salud, debido a que la alternativa de dejar los servicios de salud en manos de particulares se enfoca primordialmente a aquellos servicios que por su costo intrínseco o por el poder adquisitivo de sus destinatarios, resultan más rentables.

En contraposición, aquellos servicios poco rentables y que están destinados a la población de escasos recursos que en la mayoría de los casos forma parte del sector informal, siguen siendo considerados como una responsabilidad del Estado, pero con una tendencia a ir restringiendo progresiva y marcadamente los recursos que se les asignan y los servicios que incluyen.¹²⁰

Los indicadores del estado de salud de una nación son, en buena medida, reflejo de su nivel de desarrollo. De acuerdo con la OCDE, en el 2012, el gasto total en salud en México representó el 6.2 % de su PIB, este porcentaje se encuentra entre los más bajos de los países de la OCDE (solo por encima de Estonia y Turquía) y muy por debajo del promedio de los países de la OCDE de 9.3 %. Como resultado de una gran expansión en la cobertura de salud para los pobres y los no asegurados que comenzó en el 2004, la participación pública en el financiamiento del cuidado de la salud en México se ha incrementado en alrededor de 10 puntos porcentuales para situarse en 50 % en el 2012. Sin embargo, esta tasa se mantiene como una de las más bajas entre los países de la OCDE (donde el promedio es del 72 %), y alrededor de la mitad de todo el gasto en salud en México es pagado directamente por los pacientes.¹²¹

¹²⁰ Alejandro Cerda García, México: “El derecho a la salud”, en Helena Gardeazábal (coord.), *Derecho a la salud. Situación en países de América Latina*. Ecuador, Asociación Latinoamericana de Medicina Social, 2015, p. 159.

¹²¹ “Estadísticas de la OCDE sobre la salud 2014 México en comparación”, en <http://www.oecd.org/els/health-systems/Briefing-Note-MEXICO-2014-in-Spanish.pdf>

De acuerdo con la información de Medigraphic de 2011,¹²² en México los prestadores de servicios de salud generan anualmente 187 millones de consultas generales, 41 millones de consultas de especialidad, 27 millones de consultas de urgencia, 1.5 millones de partos, 3.1 millones de intervenciones quirúrgicas y 4.5 millones de egresos hospitalarios. En el último trienio hubo más de 4.5 millones de consultas otorgadas.

En los primeros siete meses de 2009, las instituciones públicas del sector salud realizaron alrededor de 1.8 millones de intervenciones quirúrgicas. En ese mismo año, la ocupación hospitalaria registrada fue de 75 %.

El principal problema del Sistema Nacional de Salud en materia de calidad es la enorme heterogeneidad que existe a este respecto entre los principales prestadores de servicios.

En este tenor, es de mencionar el porcentaje de complicaciones de los partos vaginales en los hospitales de los SESA y de la Secretaría de Salud Federal (0.48 %) es 2.6 veces mayor que el porcentaje de los hospitales del IMSS (0.18 %).

El porcentaje de apéndices perforados en los hospitales de los SESA y de la Secretaría de Salud es mayor de 6 % contra menos de 2 % en los hospitales del IMSS y poco más de 3 % en las unidades hospitalarias del IMSS.

El porcentaje de readmisiones por colecistectomías abiertas en los hospitales menores de 60 camas del IMSS es de casi 2 % contra menos de 1.5 % en las unidades hospitalarias de la Secretaría de Salud.

El porcentaje de complicaciones de neumonías en pacientes de 60 años y más asciende a casi 27 % en los hospitales del IMSS, a 14 % en los hospitales del ISSSTE y a menos de 23 % en las unidades hospitalarias de los SESA y la Secretaría de Salud. A los problemas de calidad técnica habría que sumar los problemas de eficiencia.

El promedio de días estancia por hernioplastía inguinal en los hospitales de más de 120 camas del IMSS es de 1.5 días contra 2.6 días en los hospitales de los SESA y la Secretaría de Salud.

¹²² G. R. Zurita Navarrete, *op. cit.*, *supra* nota 117, p. 42.

El promedio de días estancia para apendicectomías en hospitales menores de 60 camas del IMSS es 6.5 días contra tres días en los hospitales de los SESA. El promedio de cirugías por quirófano en el IMSS es de casi cuatro contra 2.2 en la Secretaría de Salud y 1.9 en PEMEX.

En los indicadores de calidad interpersonal también hay variaciones importantes. De acuerdo con la ENSA Nut 2006, el tiempo promedio de espera en consulta externa en el IMSS es de 90 minutos, contra menos de 30 minutos en las unidades del sector privado. El porcentaje de cirugías diferidas es de 20 % en el ISSSTE, 18 % en el IMSS, 18.2 % en la Secretaría de Salud y 13 % en el IMSS.

Los principales motivos de suspensión de cirugías son la falta de insumos, quirófanos y personal médico. Los usuarios de los servicios de la Secretaría de Salud son los que mejor califican la calidad de los alimentos y la limpieza de las instalaciones.

El derecho humano a la salud en México

El concepto del derecho a la protección de la salud en México se ha ido transformando al paso de los años. En síntesis, este derecho se concebía inicialmente como una cuestión religiosa o de mera caridad; posteriormente, con base en el movimiento de Reforma, el Estado mexicano se asumió como el único responsable de su cumplimiento, pero bajo un aspecto meramente individualista; finalmente, la Revolución de 1910 y las ideas progresistas del Constituyente de 1917 transformaron esta concepción, otorgando al derecho a la salud su carácter social, al otorgar al Congreso de la Unión facultades en la materia.¹²³

El derecho a la salud está consagrado en la Constitución Política de México en la fracción cuarta del artículo 4o.:

¹²³ “El derecho constitucional a la protección de la salud. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes del Poder Judicial de la Federación en México”, participación de la señora Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en el Simposio Internacional “Por la calidad de los servicios médicos y la mejoría de la relación médico paciente”, celebrado en el Auditorio Jaime Torres Bodet del Museo Nacional de Antropología e Historia en la Ciudad de México, el 9 de octubre de 2000, en www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/EL%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL%20A%20LA%20PROTECCION%20DE%20LA%20SALUD.pdf

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.¹²⁴

De la lectura de dicha fracción se desprende que debe existir concurrencia entre la Federación y las entidades federativas para hacer efectivo el derecho a la salud. Lo cual responde no solo a un sano federalismo, sino también a una necesidad real y a un interés fundamental de los mexicanos por procurar que todas las instancias de gobierno intervengan en su concreción, ya que sin el concurso de ambas instancias (federal y estatal) la acción sanitaria sería del todo ineficaz.

Asimismo, debe decirse que una interpretación armónica de la Constitución permite inferir que los municipios también pueden ser partícipes de esta tarea, ya que el inciso i) de la fracción III del artículo 115 constitucional establece la posibilidad de que los mismos se hagan cargo de los servicios públicos que determinen las legislaturas estatales.¹²⁵

El derecho a la protección de la salud como auténtica garantía constitucional, además en el artículo 1o. constitucional establece en sus párrafos primero y segundo que el derecho a la salud es un derecho humano reconocido y consagrado por la Constitución:

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

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.¹²⁶

¹²⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en http://www.dof.gob.mx/constitucion/marzo_2014_constitucion.pdf

¹²⁵ “El derecho constitucional a la protección de la salud...”, *op. cit.*, *supra* nota 123.

¹²⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

El derecho a la protección de la salud además de encontrar su contenido específico en el artículo 4o. constitucional, así como en las disposiciones legislativas secundarias, reglamenta y amplía los contenidos del derecho a la protección de la salud constitucionalmente consagrado.

La Ley General de Salud en su artículo 2o. establece las finalidades del derecho a la protección a la salud:

El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:

- I. El bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;
- II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;
- IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;
- V. El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;
- VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y
- VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

En la Ley General de Salud se encuentran los siguientes criterios mínimos del derecho a la salud:

- a) En el artículo 35 establece que los servicios públicos de salud deben ser prestados bajo los criterios de universalidad y gratuidad.¹²⁷

¹²⁷ Ley General de Salud, en http://www.salud.gob.mx/unidades/edi/legis/LEY_GENERAL_DE_SALUD.pdf

- b) El artículo 25 que se debe garantizar la extensión cuantitativa y cualitativa de los servicios, preferentemente a grupos vulnerables.¹²⁸
- c) El artículo 36 indica que las cuotas de recuperación que en su caso se recauden deberán tomar en cuenta el costo de los servicios y las condiciones socioeconómicas de los usuarios, fundándose en principios de solidaridad social y eximiendo del cobro a los usuarios que carezcan de recursos para cubrirlas o que se encuentren las zonas de menor desarrollo económico y social del país.¹²⁹
- d) El artículo 6 establece que el Sistema Nacional de Salud deberá prestar servicios a toda la población y mejorar la calidad de los mismos, dando prioridad a las acciones preventivas.¹³⁰
- e) El artículo 77 Bis 1 establece que todos los mexicanos tienen derecho a ser incorporados al Sistema de Protección Social en Salud de conformidad con el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin importar su condición social. Además, que la protección social en salud es un mecanismo por el cual el Estado garantizará el acceso efectivo, oportuno, de calidad, sin desembolso al momento de utilización y sin discriminación a los servicios médico-quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios que satisfagan de manera integral las necesidades de salud.¹³¹

En este sentido, la legislación secundaria del derecho a la salud, tiene un carácter orgánico que no configura verdaderas prerrogativas de los ciudadanos exigibles al Estado. Al respecto existen algunos criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación:¹³²

- 1.- Con fecha 9 de diciembre de 1996, una persona que se encontraba infectada del virus de inmunodeficiencia adquirida solicitó el am-

¹²⁸ *Idem.*

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ *Idem.*

¹³¹ Mexicanos, sin importar su condición social. Además, que la protección social en salud es un mecanismo por el cual el Estado garantizará el acceso efectivo, oportuno, de calidad, sin desembolso al momento de utilización y sin discriminación a los servicios médico-quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios que satisfagan de manera integral las necesidades de salud.

¹³² “El derecho constitucional a la protección de la salud...”, *op. cit., supra* nota 123.

paro y protección de la Justicia Federal contra actos de diversas autoridades del Sector Salud, reclamando, esencialmente, la emisión del Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos para 1996, mismo que formula año con año el Instituto Mexicano del Seguro Social conjuntamente con otras autoridades sanitarias, en virtud de que no se le iban a poder suministrar ciertos medicamentos que consideraba esenciales para su tratamiento, pues no habían sido incluidos en el catálogo de medicamentos de 1996. De la demanda en cuestión tocó conocer al Juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, quien con fecha de veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y siete determinó sobreseer en el juicio y negar el amparo al quejoso.

Las consideraciones en que se basó el Juez de Distrito para negar el amparo al quejoso se basaron en que, según éste, no existía una norma de derecho que obligara a las autoridades responsables a suministrar al quejoso los medicamentos que pretendía y que si bien era cierto que conforme con el artículo 4o. constitucional, toda persona tiene derecho a la protección de la salud y el acceso a los servicios de salud, ello no se traducía en un derecho subjetivo a recibir en especial los medicamentos recientemente descubiertos que el quejoso señalaba, dado que también existían diversas enfermedades que atacaban a una gran parte de la población y que de la misma manera que el sida merecían la mayor atención médica por parte del Sector Salud.

La sentencia fue recurrida por el quejoso y le correspondió al Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación su resolución. El 25 de octubre de 1999, por unanimidad de votos de los Ministros integrantes del Máximo Tribunal, se resolvió modificar la sentencia de primera instancia por considerar incorrecta la interpretación que del artículo 4o.

En esta sentencia se adujo que, contrariamente a lo determinado por el Juez del conocimiento, el derecho a la protección de la salud sí se traduce en el derecho subjetivo a recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfer-

medades que merezcan igual o mayor atención médica por parte del Sector Salud, pues estas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que como garantía individual consagra el artículo 4o. de la Carta Magna. Lo anterior pone de manifiesto lo expresado en líneas anteriores, en el sentido de que, una vez creadas las leyes que desarrollan o reglamentan el derecho a la protección de la salud, surge para el gobernado la facultad (derecho subjetivo) de poder exigir frente al Estado su cumplimiento.

- 2.- Sentencia en la que se declaró la inconstitucionalidad de la fracción V del artículo 24 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado.

En ese caso particular, la norma reclamada otorgaba un trato distinto para tener acceso a los servicios de salud proporcionados por el ISSSTE, según se tratara de la esposa del trabajador, o bien, del esposo de la trabajadora, pues al disponer, dicho precepto, que para que el esposo o concubinario de la trabajadora, como familiar derechohabiente, tuviera derecho a la atención médica, de diagnóstico, odontología, hospital, farmacia o rehabilitación en el citado Instituto, era necesario que fuera mayor de 55 años o estuviera incapacitado física o psíquicamente y dependiera económicamente de ella, en tanto que la esposa o concubina del trabajador, para obtener los mismos beneficios, solo requería demostrar tal hecho, sin que se le exigiera alguna otra condición, lo que evidenciaba una clara transgresión a la garantía de igualdad establecida en el artículo 4o. constitucional.

Así, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad de 11 votos, con fecha 18 de mayo de 1999 determinó amparar a las quejas, concesión que tuvo por objeto que no se les aplicara dicho precepto y, pudieran, en consecuencia, incorporar al sistema del seguro social a sus esposos o concubinarios.

- 3.- Resolución emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito con fecha 15 de noviembre de 1995. En el caso particular, el Secretario de Salud del Estado de Tlaxcala se había negado a proporcionar atención médica y a autorizar el traslado del quejoso,

quien en ese momento tenía el carácter de procesado, a un hospital especializado que pudiera hacerse cargo de los problemas de salud que evidenciaba.

Fundándose en el derecho que toda persona tiene a la protección de la salud y acceso a los servicios correspondientes en términos del artículo 4o. constitucional, el tribunal del conocimiento determinó que la actitud de la autoridad responsable al no proporcionar la atención médica al procesado y negarle su traslado a un hospital para que fuera debidamente atendido, resultaba violatoria de la garantía individual al derecho a la protección de la salud.

El derecho a la protección de la salud ha sido interpretado por el Poder Judicial de la Federación como un derecho fundamental que encuentra su consagración a nivel constitucional y su contenido específico en la regulación secundaria. Los derechos sociales son normas, y como tales deben tener efectos vinculatorios para los sujetos obligados, entre los que se encuentran, por supuesto, los poderes públicos.

El Derecho a la Salud en el Estado de Tabasco

El marco legal en que se fundamenta el derecho a la salud encuentra su origen en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4o., en la Constitución Política del Estado de Tabasco, en su artículo 2º, así como en las leyes de salud del Estado, de Planeación, de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado, de los Trabajadores al Servicio del Estado y de Coordinación Fiscal y Financiera del Estado de Tabasco, también en otros ordenamientos jurídicos estatales y federales.

El artículo 2 de la Constitución Política de Tabasco establece que el derecho a la salud es un derecho humano:

Los derechos fundamentales reconocidos en esta Constitución [...] esta respetará el contenido esencial de los derechos humanos, los derechos que establece serán entendidos como enunciativos y no limitativos de otros derechos contemplados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las leyes

del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y ratificados por el Estado mexicano.

1. En su fracción XXIII indica que el Estado garantizará el respeto, la protección, acceso y libre ejercicio del derecho a la salud reproductiva de las personas que residen en Tabasco.
2. En la fracción XXX expresa que toda persona tiene derecho a la protección de la salud física y mental. Además, que la Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud del Estado y establecerá la concurrencia con los municipios en materia de salubridad local.
3. En la fracción XLI, toda persona tiene derecho a la seguridad social.¹³³

En cuanto a las leyes secundarias en materia de salud del Estado de Tabasco la Ley de Salud del Estado de Tabasco establece lo siguiente:¹³⁴

El artículo 2 acerca de las finalidades del derecho a la protección de la salud, entre las que enumera:

- I. El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades.
- II. La prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana.
- III. La protección y acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social.

¹³³ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, última reforma publicada en el *Periódico Oficial*: 13 de septiembre de 2013, en <https://www.scjn.gob.mx/normativa/Tabasco/18.pdf>.

¹³⁴ Ley de Salud del Estado de Tabasco, en <http://transparencia.tabasco.gob.mx/TransArchivos/K9/5/144598.pdf>

- IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud.
- V. El disfrute de servicios de salud y asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población.
- VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud,
- VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

El artículo 6, fracción primera de la citada Ley establece que el Sistema Estatal de Salud de Tabasco tiene los siguientes objetivos: “Proporcionar servicios de salud a toda la población del Estado y mejorar la calidad de los mismos, atendiendo a los problemas sanitarios prioritarios del Estado y factores que condicionen y causen daños a la salud, con especial interés en las acciones preventivas”.

En tanto, el artículo 27 indica que el sistema de salud de Tabasco se garantizará con la extensión cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud, preferentemente a los grupos vulnerables.

En el Plan Estatal de Desarrollo 2007-2012 se establece como objetivo principal en materia de salud, la consolidación del Sistema Estatal de Salud para garantizar la calidad de los servicios en beneficio de la población de Tabasco. Para lograrlo, se establecieron diversas líneas de acción, entre las cuales sobresale avanzar hacia la protección financiera en el rubro de salud en favor de toda la población. Para lograrlo, la Secretaría de Salud de Tabasco, responsable de la instrumentación del Sistema Estatal de Protección Social en Salud, ha dado los pasos adecuados para el cabal cumplimiento de estas prioridades. Por ello, el año pasado y en lo que va de este, se ha implementado un intenso programa de trabajo, concretado en el establecimiento de diversos programas y estrategias tendentes a la consolidación de la cobertura universal alcanzada en 2005. Entre otras, se encuentran el Seguro Médico para una Nueva Generación; Embarazo Saludable y Caravanas de la Salud.

A pesar de dicho marco normativo que consagra el derecho a la salud como un derecho humano, la crisis en el sector salud de Tabasco es preocupante porque en muchas instituciones de salud públicas los pacientes se enfrentan a situaciones vulnerables y en riesgo por falta de medicinas, oxígeno, de comida, entre otros.

*Caso:*¹³⁵

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos inició investigación por el caso de una menor de edad con seis meses de embarazo, que abortó en el baño de la sala de urgencias del Hospital de Alta Especialidad de la Mujer, en Villahermosa, Tabasco.

A las 17 horas del domingo 9 de marzo de 2014, la joven de 16 años de edad, acudió al nosocomio con fuertes dolores de vientre y según información de medios de comunicación, ninguno de los encargados del área de admisión le brindó atención.

Para la CNDH la protección de la salud es un derecho humano elemental para todas las personas y, particularmente, para las mujeres en estado de gravidez, y en este caso, las menores de edad, características que les colocan en situación de mayor vulnerabilidad.

Indiscutiblemente, para la consolidación del derecho a la salud como un derecho humano se debe garantizar el acceso de la población a los servicios de salud con calidad y calidez.

El papel de la CNDH no solo reside en recibir quejas y expedir recomendaciones, sino también en demandar la reparación del daño causado a las víctimas o sus deudos e iniciar acciones penales contra los médicos involucrados en su carácter de servidores públicos, así como la impartición de cursos sobre respeto a garantías individuales para el personal de dichos hospitales y centros de salud.

¹³⁵ Eugenia Jiménez, “CNDH investiga supuesto caso de negligencia médica en Tabasco”, *Milenio*, en http://www.milenio.com/estados/CNDH-investiga-supuesto-negligencia-Tabasco-Villahermosa-hospital-aborto-menor_0_261574252.html

CONCLUSIONES

- El Estado mexicano debe garantizar el derecho a la salud en la mayor medida posible de acuerdo con los recursos disponibles, incluso cuando estos sean escasos, pero deben procurar cumplir sus obligaciones de respeto, protección y realización del derecho humano a la salud. Para ello, es necesario el fortalecimiento de las competencias de los profesionales de la salud con relación al conocimiento no solo de su materia y la pericia para aplicarla, sino también del conocimiento de la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente en el contexto de la eficiencia y calidad de la atención a los pacientes y a sus derechos humanos.
- El marco jurídico del derecho humano a la salud es la base para: a) unificar estrategias que mejoren la salud de los grupos sociales más pobres y excluidos; b) mejorar la equidad en salud; c) aclarar la rendición de cuentas y las responsabilidades de los sistemas de salud, y d) evaluar el cumplimiento de las recomendaciones al Estado mexicano.
- El derecho a la salud forma parte del derecho al desarrollo humano y tiene una doble dimensión: es un derecho del constitucionalismo social mexicano para la protección de la salud, y un derecho de solidaridad, porque actualmente, la salud es vista como un problema internacional.
- El principal problema del sistema de salud en México en materia de calidad es la enorme heterogeneidad que existe entre los principales prestadores de servicios. Por lo que el mayor reto es buscar alternativas para fortalecer su integración, de tal manera que se garantice un paquete común de beneficios a todas las personas, se reduzcan los altos costos de transacción inherentes a un sistema segmentado y se logre finalmente el ejercicio universal e igualitario del derecho a la protección de la salud.

- Aunque la labor de protección a los derechos humanos por parte de la CNDH se realiza a través de la recepción de quejas sobre presuntas violaciones, esta permite abrir quejas de oficio ante diferentes situaciones que puedan implicar la vulneración de estos derechos; lo cual permite que la emisión de recomendaciones pueda favorecer en la mejora de la actividad administrativa.
- Los servicios de salud representan en nuestro país la mayor cobertura y afrontan cada vez más una creciente demanda por parte de la población, que enfrenta generalizadas carencias económicas, pero también un aumento importante de quejas y demandas.
- La Comisión Nacional de Arbitraje Médico, a través de la conciliación y arbitraje, busca la solución expedita, pronta y amigable de los conflictos que ante ella se presentan, evitando la tramitación de juicios ante las autoridades jurisdiccionales, así como la discordia que pudiera generarse entre las partes.
- El derecho a la salud en Tabasco se encuentra consagrado a nivel constitucional federal y estatal regido bajo el marco internacional de los tratados, por lo que es un derecho humano que debe ser protegido por el Estado mexicano y gestionar que este se cumpla a nivel local y estatal. Sin embargo, enfrenta grandes retos que debe cumplir para poder garantizar este derecho.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- BASTIDAS MATHEUS, Nohely, “La mala práctica médica y los derechos humanos”, *Razón y Palabra*, en http://www.razonypalabra.org.mx/N/N81/M81/18_Bastidas_M81.pdf
- CANO VALLE, Fernando, “El derecho a la protección a la salud en México”, en *Percepciones acerca de la medicina y el derecho*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas / Facultad de Medicina de la UNAM, 2001.

- CERDA GARCÍA, Alejandro, México: “El derecho a la salud”, en Helena Gardeazábal (coord.), *Derecho a la salud. Situación en países de América Latina*. Ecuador, Asociación Latinoamericana de Medicina Social, 2015.
- “El derecho a la salud, nota descriptiva núm. 323”, noviembre de 2013, en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>
- *El derecho a la salud*. Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos / Organización Mundial de la Salud, 2008, (Folleto informativo núm. 31)
- “El derecho constitucional a la protección de la salud. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes del Poder Judicial de la Federación en México”, participación de la señora Ministra Olga Sánchez los servicios médicos y la mejoría de la relación médico paciente”, celebrado en el Auditorio Jaime Torres Bodet del Museo Nacional de Antropología e Historia en la Ciudad de México, el 9 de octubre de 2000, en www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/EL%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL%20A%20LA%20PROTECCION%20DE%20LA%20SALUD.pdf
- “Estadísticas de la OCDE sobre la salud 2014 México en comparación”, en <http://www.oecd.org/els/health-systems/Briefing-Note-MEXICO-2014-in-Spanish.pdf>
- GÓMEZ DANTÉS, Octavio *et al.*, “Sistema de salud de México”, *Salud Pública*. México, vol. 53, núm. 2, 2011.
- “La salud y los derechos humanos. Documento conceptual”, 50o. Consejo Directivo. 62a., Sesión del Comité Regional. Washington, D. C., del 27 de septiembre al 1 de octubre del 2010.
- “Los derechos humanos de los pacientes”, en http://www.pisa.com.mx/publicidad/portal/enfermeria/manual/1_5.htm
- “Informe de mortalidad materna”, Secretaría de Salud, <http://informe.gire.org.mx/caps/cap3.pdf>

- RÍOS RUIZ, Alma de los Ángeles y Antonio Fuente del Campo, “El arbitraje en la práctica médica, análisis y perspectiva de nuevos mecanismos para la solución de controversias en México”, *Revista In Iure Anáhuac Mayab* (On Line) 2007-6045.
- TINOCO, Yenise, “Negligencia, causa de muerte en el IMSS”, *Contralínea*, en http://contralinea.com.mx/archivo/2007/junio2/htm/Negligencia_muerte_IMSS.htm
- TORRES, Mauricio, “El IMSS, entre las autoridades con más quejas en derechos humanos”, CNN México, miércoles, 25 de junio de 2014, en <http://mexico.cnn.com/nacional/2014/06/25/el-imss-entre-las-autoridades-con-mas-quejas-en-derechos-humanos>
- VALDÉS-SALGADO Raydel *et al.*, “Aprender de lo sucedido. Análisis de las quejas presentadas ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico”, *Salud Pública*. México, vol. 43, núm. 5, 2001.
- ZURITA NAVARRETE, Gerardo Ricardo, “Estado actual de las demandas”, *Medigrafic, Cirujano General*. México, vol. 33, supl. 2, abril-junio de 2011.

CAPÍTULO 5

ÉTICA, DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN URUGUAY

INTRODUCCIÓN

Actualmente, el ejercicio de la práctica médica ha sido objeto de reformas en los sistemas jurídicos latinoamericanos que han puesto en evidencia la labor de los médicos, dado que se han tipificado ciertas conductas como causales de responsabilidad jurídica a cargo de los médicos.

Los casos de mala práctica médica surgen cuando un paciente es perjudicado por un médico o enfermera u otro profesional de la medicina, que falla en proporcionar el tratamiento adecuado en la atención de la salud.

La mala praxis médica se caracteriza porque el médico actuó de alguna manera negligente, lo que significa que el médico no era razonablemente hábil o competente, y que la incompetencia ha perjudicado al paciente.

La práctica médica debe llevarse a cabo desde las acciones singulares cotidianas de relación de los profesionales y el equipo de salud con las personas, hasta la formulación e implementación de políticas públicas en un marco de ética médica y respeto a los derechos humanos.

DERECHO A LA SALUD COMO UN DERECHO HUMANO

El derecho a la salud significa que los gobiernos deben crear las condiciones que permitan a todas las personas vivir lo más saludablemente posible. Esas condiciones incluyen la disponibilidad garantizada de servicios de salud, condiciones de trabajo saludable y seguro, vivienda adecuada y alimentos

nutritivos. El derecho a la salud incluye el acceso a una atención sanitaria oportuna, aceptable, asequible y de calidad satisfactoria.

En este sentido, debe entenderse que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

El derecho a la salud está consagrado en tratados internacionales y regionales de derechos humanos y en las Constituciones de países de todo el mundo y es un derecho humano reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos.

Tratados internacionales de derechos humanos en los que se reconoce el derecho a la salud

- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966: artículo 12.*
- *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 1965: artículo 5 e) iv).*
- *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979: artículos 11 1) f), 12 y 14 2) b).*
- *Convención sobre los Derechos del Niño, 1989: artículo 24.*
- *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990: artículos 28, 43 e) y 45 c).*
- *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006: artículo 25.*

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se considera el instrumento fundamental para la protección del derecho a la salud, en este se reconoce el derecho de que toda persona disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. En el artículo 12 se establece que para que el Estado asegure la plena efectividad del derecho a la salud es necesario:

- La reducción de la mortalidad infantil y garantizar el sano desarrollo de los niños;
- El mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

- La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- La creación de condiciones que aseguren el acceso de todos a la atención de la salud.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 se reconoce en el artículo XI, que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y de la comunidad.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) dispone que los Estados Partes deberán adoptar las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra las mujeres en la atención médica, a fin de asegurar el acceso a servicios de salud, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mejor conocido como “Protocolo de San Salvador” (1988), reconoce que toda persona tiene derecho a la salud, como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) establece en su artículo 24 que los Estados Partes deben reconocer el derecho de las niñas y los niños al disfrute de la salud de más alto nivel, así como a los servicios para el tratamiento de enfermedades y rehabilitación.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el año 2000 adoptó una observación general (la número 14) sobre el derecho a la salud. En dicha observación general asevera que el derecho a la salud abarca no solo la atención de salud oportuna, sino también, el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda

adecuada, condiciones sanas en el trabajo y en el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

El derecho a la salud está estrictamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos como: la vida, la dignidad humana, vivienda, alimentación, no discriminación, igualdad, acceso a la información, vida privada, entre otros.¹³⁶

En este sentido, se puede observar que el derecho humano a la salud no se circunscribe solamente a la atención médica, sino que comprende una serie de factores socioeconómicos, mínimos necesarios, tales como: alimentación adecuada, agua limpia y potable, vivienda digna, condiciones de trabajo seguro, condiciones sanitarias adecuadas, entre otras.

Por tanto, la práctica médica debe llevarse a cabo desde las acciones singulares cotidianas de los profesionales y el equipo de salud con las personas, hasta la formulación e implementación de políticas públicas.

El derecho a la salud comprende algunas libertades. Tales libertades incluyen el derecho a no ser sometido a tratamiento médico sin el propio consentimiento, por ejemplo experimentos e investigaciones médicas o esterilización forzada, y a no ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.¹³⁷

En este sentido, es obligación de los Estados proteger y promover los derechos humanos. Las obligaciones a este respecto están definidas y garantizadas por el derecho consuetudinario internacional y los tratados internacionales de derechos humanos, que imponen a los Estados que los han ratificado la obligación de hacer efectivos esos derechos.

Por lo cual resulta fundamental establecer mecanismos de rendición de cuentas para garantizar el respeto de las obligaciones que se derivan del derecho a la salud para los Estados. La vigilancia y la rendición de cuentas de los Estados tienen lugar a nivel nacional, regional e internacional e involucra

¹³⁶ N. Bastidas Matheus, *op. cit.*, *supra* nota 104.

¹³⁷ *El derecho a la salud*, *op. cit.*, *supra* nota 103, p. 4.

a diversos agentes, a saber, el propio Estado, ONG, instituciones nacionales de derechos humanos u órganos creados en virtud de tratados internacionales.¹³⁸

Ante el derecho a la protección de la salud surge la obligación de las instituciones médicas y de todo su personal a brindar una atención médica que colme dichos principios, por lo que si su actuación omitiere hacerlo estos estarán sujetos a una responsabilidad jurídica. Podemos establecer la figura jurídica de responsabilidad como género, la responsabilidad profesional como especie y la responsabilidad profesional del médico como una subespecie.

MALA PRAXIS MÉDICA EN AMÉRICALATINA

No todos los países han avanzado en la construcción de una normativa legal que permita sancionar la negligencia en la mala práctica profesional. En países como Colombia, Venezuela, Uruguay, su legislación no sanciona a la mala praxis de los profesionales. En caso de muerte de alguien, derivada de una mala praxis, se puede aplicar la figura del homicidio no culposo por ejemplo.¹³⁹

¹³⁸ *Ibid.*, p.45.

¹³⁹ La información y el contenido multimedia, publicados por la Agencia de Noticias Andes, *op. cit.*, *supra* nota 89.

PAÍSES	DERECHO A LA SALUD	MALA PRAXIS MÉDICA
México	El artículo 4o. constitucional consagra que toda persona tiene derecho a la protección de la salud.	Código penal
		El artículo 328 del Código Penal del Distrito Federal especifica que al médico o enfermera que suministre un medicamento evidentemente inapropiado en perjuicio de la salud del paciente, se le impondrán de seis meses a tres años de prisión, de cincuenta a trescientos días multa y suspensión para ejercer la profesión u oficio por un lapso igual al de la pena de prisión impuesta.
		Código civil
		El artículo 2615 del Código Civil del Distrito Federal establece que el que preste servicios profesionales, solo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito.
Argentina	El artículo 42 de la Constitución de Argentina estipula el derecho a la salud como un derecho fundamental protegido por el Estado.	Código penal
		El artículo 84 del Código Penal argentino tipifica la mala praxis en el ámbito de la salud, con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años al que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte.
		<p>Código civil</p> <p>El Código Civil argentino contempla la responsabilidad emergente de la mala praxis y la obligatoriedad de su resarcimiento económico (artículos 1073-1090).</p> <p>El artículo 902 del Código Civil nos dice que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento, mayor será la obligación que resulte de la consecuencia posible de los hechos.</p>

Colombia	<p>El artículo 48 de la Constitución colombiana establece que el derecho a la salud se garantiza a través de la seguridad social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social.</p> <p>En el artículo 49 se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.</p>	Código penal
		<p>El capítulo III, "De las lesiones personales" establece en los artículos del 111 al 121 las sanciones respecto de quien cause a otro daño en el cuerpo o en la salud. Por ejemplo, el artículo 118 considera que si a causa de la lesión inferida a una mujer, sobreviniere parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o de la criatura, o sobreviniere el aborto, las penas imponibles según los artículos precedentes, se aumentarán de una tercera parte a la mitad.</p>
		Código civil
		<p>En el Código Civil se establece en el artículo 63 que la culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.</p>

Chile	El artículo 19 la Constitución chilena establece que el Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.	Código penal
		El artículo 491 establece "El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior".
		El artículo 490 expresa que el que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado con reclusión o relegación.
		El artículo 59 del Código de Procedimiento Penal establece que solo la víctima de una negligencia médica podrá ejercer en el proceso penal la acción civil en contra del médico imputado.
		Código civil
	La responsabilidad civil será contractual o extracontractual. En la responsabilidad contractual, el régimen jurídico es el propio contrato, debidamente interpretado e integrado por las normas supletorias de la voluntad (artículos 1545 y concordantes) y en la extracontractual es el del Título XXXV, Libro IV, del Código Civil, salvo la presencia de una norma especial, que prevalecerá sobre la general.	

Brasil	<p>El artículo 196 de la Constitución de Brasil establece que la salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.</p> <p>El artículo 199 constitucional establece que las instituciones privadas podrán participar de forma complementaria en el sistema único de salud.</p>	Código penal
		<p>El artículo 18, fracción II, establece que es homicidio, cuando el agente ha dado lugar al resultado de un descuido, negligencia o mala praxis.</p>
		Código civil
		<p>Artículo 1322. El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.</p> <p>Artículo 1969. Aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.</p> <p>Artículo 1984. El daño moral es indemnizado considerando la magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.</p> <p>Artículo 1985. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y daño producido. El monto de indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.</p>

Venezuela	<p>El artículo 83 de la Constitución de Venezuela establece que la salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley.</p> <p>El artículo 84 considera que el Estado será el garante del derecho a la salud, asimismo creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad.</p> <p>En tanto, el artículo 86 establece que toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud.</p>	Código penal
	<p>El artículo 411 establece que el que por haber obrado con imprudencia o negligencia, o bien con impericia en su profesión, arte o industria, o por inobservancia de los reglamentos, órdenes o instrucciones, haya ocasionado la muerte de alguna persona, será castigado con prisión de seis meses a cinco años.</p>	<p>Artículo 422. El que por haber obrado con imprudencia o negligencia, o bien con impericia en su profesión, arte o industria, o por inobservancia de los reglamentos, órdenes o disciplinas, ocasione a otro algún daño en el cuerpo o en la salud, o alguna perturbación en las facultades intelectuales será castigado con arresto o multa o prisión de acuerdo con el caso.</p>
	Código civil	<p>Artículo 1,185. El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.</p>

Perú	<p>El artículo 7o. de su Constitución expresa que todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.</p>	Código penal
	<p>Artículo 123. Lesiones preterintencionales con resultado fortuito. Cuando el agente produzca un resultado grave que no quiso causar, ni pudo prever, la pena será disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir.</p>	
		Código civil
	<p>Artículo 1762. Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.</p>	

Ecuador	<p>El artículo 32 de la Constitución de Ecuador considera que la salud es un derecho que garantiza el Estado. En el artículo 358 establece que el sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, y reconocerá la diversidad social y cultural.</p>	Código penal
		<p>Artículo 146. Homicidio culposo por mala práctica profesional. La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.</p> <p>El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.</p> <p>Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.</p>
		Código civil
		<p>Artículo 29. La ley distingue tres especies de culpa o descuido:</p> <p>Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.</p>

Cuba	<p>El artículo 50 de la Constitución Cuba establece que todos tienen derecho a que se atienda y proteja su salud. El Estado garantiza este derecho: con la prestación de la asistencia médica y hospitalaria gratuita.</p>	<p>Código penal</p>
		<p>Artículo 197. El que, con cualquier pretexto, incite a otros a no admitir para ellos o sus familiares la asistencia médica o rechazar las medidas de medicina preventiva, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.</p> <p>Artículo 199.1. El director, técnico o auxiliar de laboratorio clínico que falsee el resultado de los análisis que hayan sido practicados bien por ellos mismos o por personal que les esté subordinado, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.</p> <p>2. Si, como consecuencia de la falsedad cometida, dejan de adoptarse las medidas terapéuticas adecuadas o se emplean otras contraindicadas y, debido a ello, sufre daños la salud de una persona o se agrava la enfermedad que padece, la sanción es de privación de libertad de tres a ocho años.</p> <p>3. Si, como consecuencia del hecho descrito en el apartado anterior, resulta la muerte de una persona, la sanción es de privación de libertad de cinco a doce años.</p> <p>Artículo 70.1. El responsable penalmente lo es también civilmente por los daños y perjuicios causados por el delito.</p>

		<p>Código civil</p> <p>Artículo 82. El que causa ilícitamente daño o perjuicio a otro está obligado a resarcirlo.</p> <p>Artículo 86. La indemnización de los perjuicios comprende:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) en caso de muerte y en el supuesto de encontrarse la víctima sujeta al pago de una obligación de dar alimentos [...] b) en caso de daño a la integridad corporal y en el supuesto de que el lesionado pierda total o parcialmente su capacidad para el trabajo remunerado, o si sus necesidades aumentan o sus perspectivas en el futuro disminuyen [...] c) los gastos de curación; d) el importe del salario correspondiente a los días dejados de trabajar por la víctima del acto ilícito; e) otros ingresos o beneficios dejados de percibir; f) cualquier otro desembolso hecho por la víctima, sus familiares u otra persona, a causa del acto ilícito, y g) en el caso de daños al medio ambiente, los gastos necesarios para su rehabilitación total.
--	--	---

Uruguay	En el artículo 44 de la Constitución de Uruguay se establece que todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.	Código penal
		En el título VII "Delitos contra la salud pública", capítulo I, no se establece artículo alguno que sancione la mala praxis médica.
		Código civil
		Artículo 1319. Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquél por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo. Cuando el hecho ilícito se ha cumplido con dolo esto es, con intención de dañar constituye un delito; cuando falta esa intención de dañar, el hecho ilícito constituye un cuasidelito. En uno y otro caso, el hecho ilícito puede ser negativo o positivo, según que el deber infringido consista en hacer o no hacer.

Bolivia	<p>El artículo 36 de la Constitución de Bolivia establece el derecho a la salud como un derecho universal que el Estado garantizará. Así mismo este controlará el ejercicio de los servicios públicos y privados de salud, y lo regulará mediante la ley.</p>	Código penal
	<p>Artículo 87. (Responsabilidad civil). Toda persona responsable penalmente, lo es también civilmente y está obligada a la reparación de los daños materiales y morales causados por el delito.</p> <p>Artículo 154. (Incumplimiento de deberes). El funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función incurrirá en reclusión de un mes a un año.</p> <p>Artículo 164. (Ejercicio indebido de profesión). El que indebidamente ejerciere una profesión para la que se requiere título, licencia, autorización o registro especial, será sancionado con privación de libertad de uno a dos años.</p> <p>El artículo 218 establece que el ejercicio ilegal de la medicina será sancionado con reclusión de tres meses a dos años o multa de treinta a cien días.</p>	
		Código civil
	<p>Artículo 465. Las partes deben conducirse conforme a la buena fe debiendo resarcir el daño que ocasionen por negligencia, imprudencia u omisión en advertir las causales que invalidan el contrato.</p> <p>Artículo 464. Una de las partes reconoce a la otra con carácter exclusivo e irrevocable, la facultad de aceptar una prestación a su favor o en la de un tercero en las condiciones convenidas.</p>	

Chile no sanciona específicamente la mala práctica profesional, pero sí la negligencia médica. De esta forma, según el artículo 491 del Código Penal se estipula que “el médico cirujano o farmacéutico o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión incurrirá en la pena de reclusión”.

Lo contrario sucede en Argentina, donde la normativa legal establece que será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial en su caso por cinco a 10 años el que por imprudencia negligencia o impericia en su arte o profesión causare a otro la muerte.

Sin tipificar el delito, el artículo 142 del Código Penal peruano estipula que por quien imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado como homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años. Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación de la actividad.

En el artículo 44 de la Constitución de Uruguay establece que todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes. En el Código Civil, el artículo 1319 establece que todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquél por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo. Cuando el hecho ilícito se ha cumplido con dolo, esto es, con intención de dañar constituye un delito; cuando falta esa intención de dañar, el hecho ilícito constituye un cuasidelito. En uno y otro casos, el hecho ilícito puede ser negativo o positivo, según que el deber infringido consista en hacer o no hacer.

En el Código Penal uruguayo, título VII “Delitos contra la salud pública”, capítulo I, no se establece artículo alguno que sancione la mala praxis médica. Sin embargo, la omisión de asistencia fuera del ámbito penal no se agota en lo previsto en el artículo 332 de dicho Código. En efecto, en la propia ley penal se prevén omisiones que pueden dar lugar a sanciones más graves que el delito de “omisión de asistencia”, como cuando de la no actuación –intencional o negligente– sobreviene un daño a la vida o la integridad física. Sería el caso de los delitos de lesiones personales, lesiones graves, lesiones gravi-

simas o del propio homicidio. Si bien el homicidio intencional (definido por el artículo 310 del Código Penal como dar muerte con intención de matar) no resulta concebible dentro de la actuación profesional del médico, sí puede ocurrir bajo su forma culposa (por negligencia, imprudencia, negligencia o violación de leyes y reglamentos), existiendo diversos antecedentes jurisprudenciales. A los fines que nos ocupa, tiene gran relevancia el precepto legal por el cual “no impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo” (artículo 3 del Código Penal).

El artículo 332 de la Constitución de Uruguay señala que los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que esta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

Con independencia de constituir un tipo penal, la omisión del deber de asistencia por parte de los médicos puede vulnerar otras normas jurídicas, dando lugar a responsabilidad civil, administrativa y ética. Así, una actitud omisa por parte de un médico podría no encuadrar perfectamente en el tipo penal “omisión de asistencia”, pero sí en el de “homicidio culpable” o determinar una obligación de reparación, un incumplimiento de los deberes de los médicos que están reglamentados (Decretos 258/992 y 204/001) o lo establecido por el Código de Ética de los socios del Sindicato Médico del Uruguay y la Federación Médica del Interior.

El delito de omisión de asistencia está previsto en el artículo 332 del Código Penal, de la forma que sigue: (Omisión de asistencia). “El que, encontrando abandonado o perdido un niño menor de diez años, o una persona incapaz de bastarse a sí misma por enfermedad mental o corporal o por vejez, omite prestarle asistencia y dar cuenta a la autoridad, será castigado con la pena del abandono, disminuida de un tercio a la mitad.

La misma pena se aplicará al que, por negligencia, dejare de prestar asistencia, dando cuenta a la autoridad, a un hombre desvanecido o herido, sepultado o en situación en que corra peligro su vida o su integridad física”. La simple lectura de la norma muestra la distancia que la separa de la con-

cepción vulgar de la “omisión de asistencia”. Se trata de una tipificación con características muy particulares desde su dogmática jurídica.

Otra peculiaridad del artículo 332 del Código Penal es que prevé dos hipótesis diferentes capaces de configurar un mismo delito: en su primer párrafo: omitir prestar asistencia y “dar cuenta a la autoridad” en la hipótesis de encontrar “abandonado o perdido un niño menor de diez años”; en el segundo: “dejar de prestar asistencia, dando cuenta a la autoridad”, a “un hombre desvanecido o herido, sepultado o en situación en que corra peligro su vida o su integridad física”.

El primer párrafo propone una situación de riesgo potencial, mientras que el segundo corresponde a un peligro cierto y manifiesto. La omisión se configura cuando pudiendo y debiendo atender al accidentado y/o paciente no se lo hizo. De haberse realizado el hecho debido (atención médica), el daño (muerte o lesión) no se hubiere causado. Como criterio general se establece que no impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar supone causarlo (artículo 3 del Código Penal). En el artículo 18 del mismo Código se prevé que nadie puede ser castigado por un hecho que la ley considera como delito, si no es intencional, ultraintencional o culposo, cometido además con conciencia y voluntad. El hecho se considera intencional, cuando el resultado se ajusta a la intención; ultraintencional cuando el resultado excede de la intención, siempre que tal resultado haya podido ser previsto; culpable, cuando con motivo de ejecutar un hecho, en sí mismo jurídicamente indiferente, se deriva un resultado que, pudiendo ser previsto, no lo fue, por imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos. El resultado que no se quiso, pero que se previó, se considera intencional, el daño que se previó como imposible se considera culpable.

En el artículo 1319 del Código Civil se prevé la posibilidad de incurrir en culpa por acción o por omisión. La omisión de la conducta debida puede ser causa de un daño. No debemos olvidar que el médico por sobre todo está obligado a preservar el deber de trato humanitario. El solo hecho de negar la asistencia puede configurar un ilícito, pero no siempre puede ello en sí estar causando un daño. Este es imprescindible para pensar en una situación de responsabilidad.

COLEGIACIÓN MÉDICA Y ÉTICA MÉDICA EN URUGUAY¹⁴⁰

Los médicos uruguayos se han preocupado por buscar soluciones adecuadas para resolver los temas éticos de su profesión, desde comienzos del siglo XX. Al fundarse el Sindicato Médico del Uruguay (SMU), en agosto de 1920, esa fue una de las motivaciones básicas.

Al año siguiente, en 1921, cuando logró asociar a más del 60 % de los médicos del país, el SMU consideró llegado el momento de instalar el Consejo Arbitral, verdadero tribunal ético ya previsto en sus Estatutos, que fue integrado por personalidades de enorme significación en distintos ámbitos de la salud: los doctores Augusto Turenne, Manuel Quintela (en representación de la Facultad de Medicina), Elías Regules (profesor por casi 40 años de Medicina Legal en la Facultad de Medicina y también en la Facultad de Derecho), Alfredo Vidal y Fuentes (en representación del Consejo de Higiene Pública), Luis Morquío, Arturo Lussich y Joaquín de Salterain. Esa integración marcaría la jerarquía y pluralidad que se buscó dar a este importante tribunal.

En 1924 el SMU publicó, por primera vez, una recopilación de normas éticas internacionales, difundiéndolas a todos los colegas del país, mientras no se tuvieran disposiciones propias, elaboradas y aceptadas por los uruguayos. Ese volumen comprendía el Código de Montpellier (una ciudad del sur de Francia, con una de las más antiguas Escuelas Médicas), y el Código de Venezuela. Esos Códigos guiarían las relaciones entre profesionales médicos en el país, regulando principalmente las relaciones entre colegas, en lo que ha dado en llamarse “la etiqueta médica”, el conjunto de normas que hacen a la buena práctica en el relacionamiento inter pares.

En 1939 la Primera Convención Médica Nacional, realizada con una amplia convocatoria a los médicos de todo el país, trató por primera vez el tema.

En 1943, en la Segunda Convención Médica Nacional, fue uno de los temas centrales, la creación de un organismo de colegiatura que, con fuerza legal, pudiera regular la disciplina profesional y aplicar las sanciones pertinentes en

¹⁴⁰ Información tomada de Sindicato Médico de Uruguay, en <http://www.smu.org.uy/sindicales/documentos/colegiacion/introd.html>

caso de faltas. En esa ocasión el doctor José Alberto Praderi, quien había presidido el SMU en 1930, fue autor de un enjundioso estudio que pasó revista a la organización de los Colegios Médicos, Órdenes de Médicos, y Consejos o Tribunales Éticos existentes en los principales países del mundo. En esa Convención se examinó el origen de los Colegios y Órdenes de Médicos en los más diversos países, con los más variados regímenes sociales, económicos y políticos, como una creación que surge por ley en España, en la segunda mitad del siglo XIX y ha superado la prueba del tiempo. Tanto en el mundo latino, como en el anglosajón, de tradiciones y prácticas diversas, se ha consagrado la existencia de instrumentos de contralor ético de la profesión, como garantía de la calidad del trabajo profesional hacia la sociedad. Esa revisión exhaustiva es aún hoy, una pieza principal en el estudio de esta materia, que mantiene total vigencia. Su presentación, como iniciativa legislativa, hace 60 años, permanece sin la adopción de las respectivas normativas.

En América Latina, ya en la década de los 40, surge en Cuba el Colegio Médico Nacional, y desde 1948, se establece en Chile por ley el Colegio Médico, que fue en su tiempo ejemplo de los profesionales de todos los países hermanos, por su organización y modernidad. Luego Venezuela, Argentina (a escala provincial), Honduras, El Salvador, Costa Rica, Brasil y más recientemente Ecuador, Perú, Colombia y Bolivia, han sumado entre otros, sus legislaciones a un mecanismo aceptado universalmente para la tuición ética de los médicos.

En 1959 el SMU se incorporó a la Asociación Médica Mundial, adoptando desde entonces, las normas internacionales aprobadas o recopiladas por la AMM, que han merecido múltiples publicaciones y han regulado las más diversas materias.

Las convenciones médicas siguientes, y particularmente la Sexta (1972) y la Séptima (1984) pusieron énfasis en la organización de esta actividad, y la última dio pasos concretos en la integración de un Comité Nacional de Ética Médica, compuesto por médicos (designados por los organismos gremiales SMU y la Federación Médica del Interior –FEMI–) y abogados (designados por el Colegio de Abogados del Uruguay), para examinar y juzgar, con las garantías del debido proceso, las posibles transgresiones a la ética médica incurridas durante la dictadura militar (1973-1985).

En 1986 y 1987, el SMU y la FEMI aprobaron un mismo anteproyecto de ley, redactado por personalidades médicas que habían participado en el Comité Nacional de Ética Médica, el que no logró sanción parlamentaria.

Ya desde entonces el SMU publicó y difundió, entre los recién graduados, y entre los estudiantes que ingresaban a la Facultad de Medicina, un pequeño manual titulado *La ética médica*, que reunía importantes documentos antiguos y modernos para orientar la resolución de los problemas cotidianos, recogiendo desde el Juramento Hipocrático y el de Maimónides, pasando por el Código de Montpellier, hasta el Código Internacional de Ética Médica y los demás documentos que la AMM fue incorporando con el paso de los años, para encarar las más diversas situaciones que la vida moderna y los tiempos de paz o de guerra, hicieron enfrentar a la comunidad médica a escala mundial.

En 1988 el doctor Tabaré Caputti presentó un proyecto de ley, con aprobación de la Comisión respectiva de la Cámara de Representantes, mismo que finalmente no fue tramitado por el plenario.

En 1995 el SMU y la FEMI adoptaron Códigos de Ética prácticamente idénticos, que se aplican desde entonces, en el ámbito estrictamente gremial, con asesoramiento letrado permanente. En el SMU, por el tradicional Consejo Arbitral; en la FEMI, por el Tribunal de Ética Médica. En el primero debe destacarse el trabajo, minucioso y dedicado, de los doctores Roberto Avellanal, Aquiles H. Delfino, Frederick Giuria, María Teresa Rotondo y Eduardo Yannicelli. En el segundo el de los doctores Gregorio Martirena y Tabaré Caputti.

Desde 1998 la Agrupación Universitaria del Uruguay (AUDU) ha encarado la sanción de una normativa de carácter general para estatuir la Colegiación Profesional Obligatoria, para todas las profesiones. El proyecto fue elaborado bajo la dirección del abogado Rodolfo Canabal, Presidente de AUDU y ex Presidente del Colegio de Abogados y del doctor Frederick Giuria, que tan destacada actuación había tenido en el ámbito médico en la redacción de diversos textos articulados, en las Sexta y Séptima Convenciones Médicas Nacionales.

El siglo XXI nos encuentra todavía sin haber saldado esta cuenta pendiente con nuestra profesión y con la sociedad uruguaya. Los desafíos de la integración regional, imponen, por una parte, adoptar normas claras de conducta ética y regular la matrícula de los profesionales, particularmente de los médicos, situando a nuestro país en una situación claramente desfavorable, frente a los mayores socios del MERCOSUR. Por otra parte, los desvíos de conducta que emergen al conocimiento de la opinión pública, por hechos puntuales de diversa gravedad, desmerecen al colectivo médico, cuando no son juzgados y sancionados por sus faltas, más allá de posibles efectos morales.

En el camino hacia el estudio de una legislación moderna y cada día más necesaria para regular aquellas conductas que no alcanzan el imperio de la justicia, pero que constituyen transgresiones o faltas éticas, hemos realizado esta recopilación de normas legislativas y códigos de ética de los más diversos países.

Para ello hemos empleado los recursos que la tecnología pone a nuestro alcance, recuperando, a través de la imagen digitalizada textos antiguos y modernos, así como también bajando de internet los más recientes referentes de los países más avanzados en este campo.

Confiamos que este conjunto documental podrá ser de ayuda a quienes aborden en este tiempo el estudio y la resolución legislativa de tan importante tema.

CÓDIGO DE ÉTICA EN URUGUAY LEY NÚM. 19.286

El 15 de setiembre de 2014 fue promulgada la Ley Núm. 19.286 que dio aprobación al Código de Ética del Colegio Médico del Uruguay (CMU). Será una fecha recordada por la profesión médica, pero su trascendencia alcanza al conjunto de la sociedad uruguaya, para la cual la salud y el ejercicio de la medicina son objeto de particular atención.¹⁴¹

¹⁴¹ Hugo Rodríguez Almada, "Ley Núm. 19.286: un hito para la profesión médica y la sociedad uruguaya", *Revista Médica del Uruguay*. Montevideo, vol. 30 núm. 4, diciembre de 2014 en: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S1688-03902014000400001&script=sci_arttext.

Con la sanción legal del Código de Ética –largamente discutido y posteriormente plebiscitado por el cuerpo médico nacional–, se completó el esqueleto jurídico fundamental del CMU: la Ley Núm. 18.591, del 16 de octubre de 2009 que lo creó y le asignó funciones, la reglamentación de la ley por el Decreto 83/010 y ahora el Código a ser aplicado por el Tribunal de Ética.¹⁴²

Los antecedentes de la creación del CMU se remontan a 1943, cuando el doctor José Alberto Praderi propuso, en la Segunda Convención Médica Nacional, la creación de la “Orden de los Médicos”. Setenta años más tarde, tras múltiples intentos fallidos, se creó el organismo colegial como “persona jurídica pública no estatal, con el cometido de garantizar al médico y a la comunidad, el ejercicio de la profesión dentro del marco deontológico”, vertebrado en los conceptos de la autorregulación profesional y el contralor ético por los pares. No está demás enfatizar en que muy lejos de tener la pretensión corporativa de eludir los estrados del Poder Judicial, la creación del CMU y su Tribunal de Ética generó un nuevo ámbito de juzgamiento –el de la ética profesional– que se viene a sumar a los ya existentes en el ámbito penal, civil y administrativo.¹⁴³

Lo novedoso es que el Tribunal de Ética del CMU cuenta ahora con un código que tiene carácter obligatorio para todos los médicos. Desde luego que la ética médica no nace con este código ni este código agota la ética médica. De hecho, el artículo 81 del propio Código se cuidó de estipular que “la enunciación de principios, normas y deberes hecha por este código no implica el desconocimiento de otros inherentes a los derechos y libertades fundamentales y a las bases éticas de las medicina”. Esto no cuestiona la importancia de esta norma, que viene a establecer un sustrato ético mínimo explícito en un cuerpo armónico que tiene rango legal.¹⁴⁴

Esta Ley Núm. 19.286 se viene así a sumar al elenco normativo que, desde una perspectiva de derechos humanos, viene consolidando nuevos rumbos en el ejercicio de la profesión médica en armonía con los intereses de los usuarios, pacientes y el conjunto de la sociedad.¹⁴⁵

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ *Idem.*

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ *Idem.*

En esta ley, los principios éticos que se plasman son importantes porque orientan para solucionar problemas y ayudan al médico como recordatorio de las obligaciones y los deberes comunes a los que ejercen la profesión médica.

El médico debe estar preparado para hacer frente a los aspectos antes mencionados y hacer más objetivo el proceso de toma de decisiones éticas en el ejercicio de la medicina y la investigación médica lo cual puede aplicarse a asuntos como la responsabilidad de los pacientes, la discriminación, las pruebas genéticas, la donación de órganos y la certificación de discapacidades.

El médico debe promover el bienestar de sus pacientes en un sistema de atención médica cada vez más complejo. Esto implica ayudar abiertamente a que el paciente entienda las recomendaciones clínicas y a que haga elecciones informadas para seleccionar de entre todas, las opciones de atención adecuadas; incluye la administración responsable de los recursos finitos para poder satisfacer el mayor número posible de necesidades de atención médica, ya sea en consultorios médicos, hospitales, hogares de ancianos y/o impedidos físicos y mentales o atención domiciliaria.

La relación médico-paciente y los principios que la rigen debe ser lo central en el suministro de atención. Estos principios incluyen la beneficencia, honestidad, confidencialidad, intimidad y defensa cuando los intereses de los pacientes pudieran verse amenazados por procedimientos institucionales arbitrarios, injustos o inadecuadamente individualizados.¹⁴⁶

El médico debe considerar las circunstancias del paciente individual y usar su criterio de la mejor forma posible; rendir cuentas desde el punto de vista moral y legal, aunque estos pueden no ser concordantes entre sí. Además valorar los posibles conflictos y distinciones entre las obligaciones éticas y legales al tomar decisiones clínicas y obtener asesoramiento cuando le inquieten las posibles consecuencias legales de sus decisiones.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Juan Francisco Tejera Concepción, “La ética y la medicina actual”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*. Málaga, diciembre de 2008, en www.eumed.net/rev/cccss/02/jftc12.htm

¹⁴⁷ *Idem*.

La comprensión actual de la ética médica se basa en los principios de los que emergen los deberes. Estos principios incluyen la beneficencia –el deber de promover el bien y actuar como mejor le convenga al paciente y a la salud de la sociedad–, así como la no maleficencia –el deber de no hacer daño a los pacientes. También se incluye el respeto por la autonomía del paciente; el deber de proteger y promover las decisiones libres, sin que obre coacción sobre los pacientes. A partir del principio de respeto por la autonomía se derivan las reglas de veracidad, revelación de información y consentimiento informado, por otra parte, el principio de justicia distributiva exige que tratemos de dividir equitativamente las oportunidades de mejorar la vida que ofrece la atención médica.¹⁴⁸

El peso relativo que se otorga a estos principios y los conflictos entre ellos, a menudo dan cuenta de los problemas éticos que el médico enfrenta. El desafío de solucionar dilemas debe contar con virtudes como compasión, valor y paciencia ante cada uno de los aspectos del ejercicio profesional.¹⁴⁹

Algunos artículos de la Ley 19.286 expresan lo expuesto:

Artículo 2º - a) Los profesionales de la medicina deben cuidar la salud de las personas y de la comunidad sin discriminación de clase alguna, respetando integralmente los derechos humanos.¹⁵⁰

Artículo 6º - El médico denunciará el ejercicio ilegal de la medicina. Su asociación con ese ejercicio es una falta ética.¹⁵¹

Artículo 10º - El médico debe propiciar que el paciente conozca sus derechos y sus obligaciones hacia las instituciones y los equipos de salud.¹⁵²

Artículo 28º -La relación médico-paciente implica un acuerdo mutuo, de ahí que el médico tiene la obligación de: [...]

¹⁴⁸ *Idem.*

¹⁴⁹ *Idem.*

¹⁵⁰ Código de Ética Médica. Ley Núm. 19.286, en http://colegiomedico.org.uy/Portals/1/Documentos/C%C3%B3digo_de_%C3%89tica_final.pdf

¹⁵¹ *Idem.*

¹⁵² *Idem.*

- a) No abandonar arbitrariamente la asistencia del paciente. En caso que entienda haber motivos justificados para dejar de atenderlo, tiene la obligación de asegurar la continuidad de su asistencia.
- b) Asumir las consecuencias negativas de sus actuaciones, ofreciendo explicación clara, honrada, constructiva y adecuada.¹⁵³

El Código Internacional de Ética Médica presenta los derechos y obligaciones que a nivel mundial los médicos que deben procurar llevar a cabo.¹⁵⁴

Deberes de los médicos

- El médico debe tratar con honestidad a pacientes y colegas, y esforzarse por denunciar a los médicos débiles de carácter o deficientes en competencia profesional, o a los que incurran en fraude o engaño.
- El médico debe respetar los derechos del paciente, de los colegas y de otros profesionales de la salud, y debe salvaguardar las confidencias de los pacientes.
- El médico debe actuar solo en el interés del paciente cuando preste atención médica que pueda tener el efecto de debilitar la condición mental y física del paciente.
- El médico debe obrar con suma cautela al divulgar descubrimientos o nuevas técnicas, o tratamientos a través de canales no profesionales.
- El médico debe certificar solo lo que él ha verificado personalmente.

¹⁵³ *Idem.*

¹⁵⁴ El Código Internacional de Ética Médica, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/21/pr/pr25.pdf>

Deberes de los médicos hacia los enfermos

- El médico debe recordar siempre la obligación de preservar la vida humana.
- El médico debe a sus pacientes todos los recursos de su ciencia y toda su lealtad. Cuando un examen o tratamiento sobrepase su capacidad, el médico debe llamar a otro médico calificado en la materia.
- El médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente.
- El médico debe prestar atención de urgencia como deber humanitario, a menos de que esté seguro que otros médicos pueden y quieren prestar dicha atención.

Deberes de los médicos entre sí

- El médico debe comportarse hacia sus colegas como él desearía que ellos se comportasen con él.
- El médico no debe atraer los pacientes de sus colegas.
- Por tanto, reiteramos que la dignidad de la persona se constituye como núcleo central de los derechos humanos, es decir, de los derechos fundamentales de la persona humana. La ética médica se fundamenta en la dignidad personal por la misma razón que, como dice Gracia Guillen siguiendo a Aristóteles, “el médico solo llega a ser ‘bueno’ y ‘perfecto’ cuando ha convertido su virtuosidad técnica y su virtud moral en una especie de segunda naturaleza, en un modo de vida. El médico perfecto es el médico virtuoso”.
- Los profesionales médicos deben obrar con “dignidad ética” para respetar la “dignidad ontológica” del ser humano. La dignidad éti-

ca, hace referencia, no al ser de la persona, sino a su obrar. En este sentido, el hombre se hace él mismo mayormente digno cuando su conducta está de acuerdo con lo que él es, o mejor con lo que él debe ser. Esta dignidad es el fruto de una vida conforme con el bien, y no es poseída por todos de la misma manera. Se trata de una dignidad dinámica, en el sentido de que es construida por cada uno a través del ejercicio de su libertad.

- La dignidad ontológica, es una cualidad inseparablemente unida al ser mismo del hombre, siendo por tanto la misma para todos. Esta noción nos remite a la idea de incomunicabilidad, de unicidad, de imposibilidad de reducir este hombre a un simple número. Es el valor que se descubre en el hombre por el solo hecho de existir. En este sentido, todo hombre, aun el peor de los criminales, es un ser digno y por tanto, no puede ser sometido a tratamientos degradantes, como la tortura u otros.

CONCLUSIONES

- El médico uruguayo debe estar preparado en cuestiones éticas para hacer frente al ejercicio de la medicina en el entorno siempre cambiante de las ciencias y las tecnologías.
- Los principios éticos que han solucionado problemas en el pasado constituyen una guía útil para evitar y tratar problemas actuales.
- La comprensión de los principios éticos permite mejorar la calidad de atención que se proporciona a los pacientes y justifica la confianza depositada en el médico.
- Es necesario la formación médica adecuada tanto en la materia como en la ética, el entrenamiento en medicina bioética y legal para los médicos, y la creación o intervención los Comités de Ética hospitalaria, lo cual contribuiría a evitar actos médicos susceptibles de acciones legales.

- La necesidad de que los sistemas de salud contemplen remuneraciones dignas para el personal médico.
- La extensión del consentimiento informado a las prácticas médicas y a tratamientos prolongados o riesgosos.

FUENTES DE INFORMACIÓN

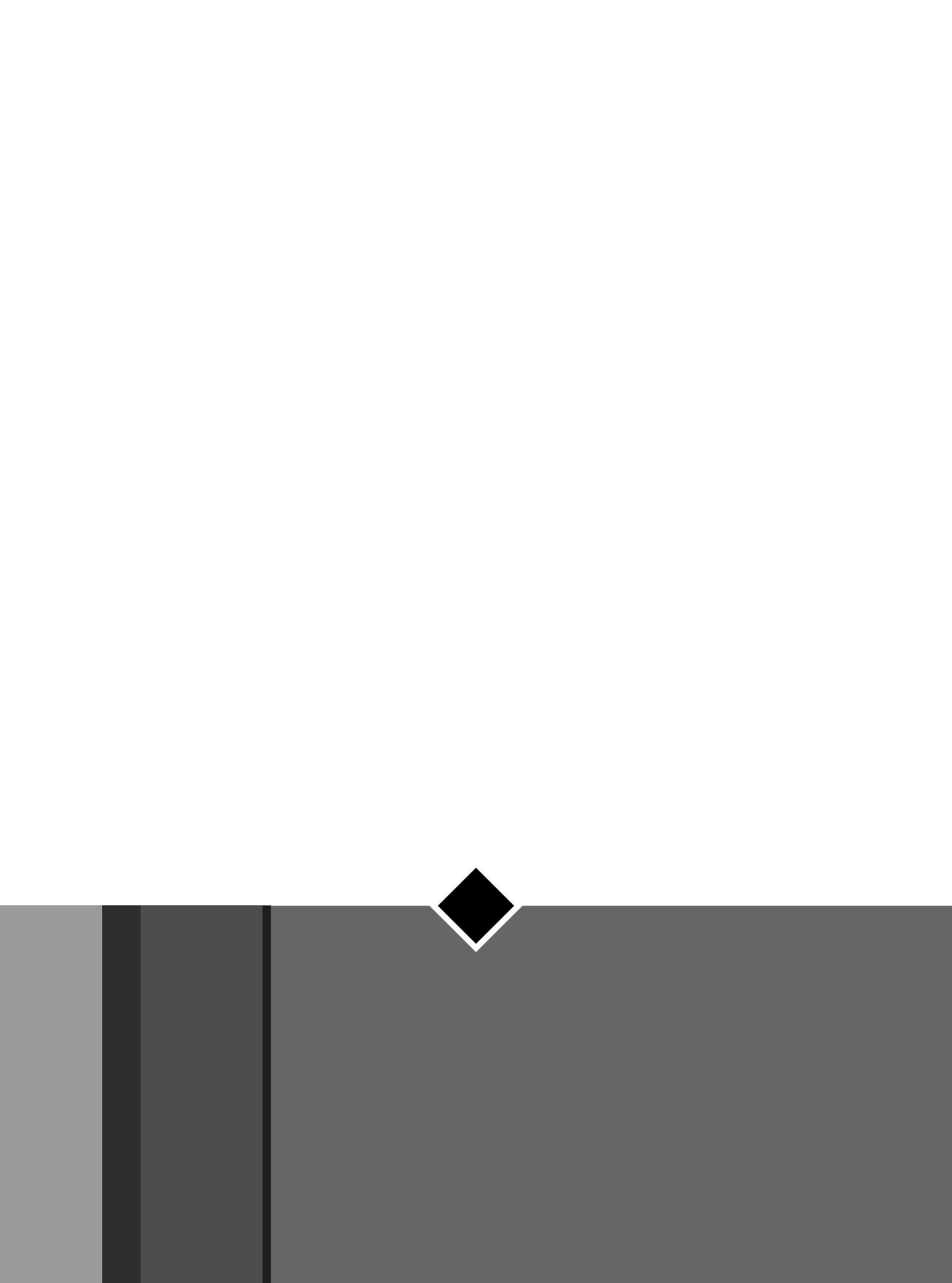
- ALVARADO-GUEVARA, Ana Teresa, “Errores médicos”, *Acta Médica Costarricense*. San José, Costa Rica, vol. 51, núm. 1, enero-marzo de 2009.
- ARTILES GRANDA, Diego A., “Responsabilidad ante el error y la mala práctica del actuar médico”, *Revista Cubana de Ortopedia y Traumatología*. La Habana, 2013.
- BAÑUELOS DELGADO, Nicolás, “La mala práctica”, CONAMED, http://www.conamed.gob.mx/comisiones_estatales/coesamed_nayarit/publicaciones/pdf/mala_practica.pdf
- CISNEROS CORTÉS, *Límites jurídicos del arbitraje médico en México*, Tesis de licenciatura. México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, octubre de 2009.
- IRAOLA, Lidia Nora, “Apuntes sobre la responsabilidad médica legal y la mala praxis”, *GeoSalud*, en <http://www.geosalud.com/malpraxis/malpraxis.htm>
- PAREDES SIERRA, Raymundo, “Ética y medicina defensiva”, en <http://www.facmed.unam.mx/publicaciones/libros/pdfs/eeadlm.pdf>
- SEOANE, Martín *et al.*, “Los caminos del error médico”, *Cuadernos de Medicina Forense*. Buenos Aires, año 2, núm. 2, 1996.
- TAMAYO MARTÍNEZ, Jaime, “La relación médico paciente y la mala praxis médica”, *Revista Novedades Jurídicas*. Quito, año IV, núm. 19, febrero de 2007.

- SALUD Y DERECHOS HUMANOS, Nota descriptiva Núm. 323, diciembre de 2015, en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>
- Tema 1. Derecho a la salud, Ciencias sociales y jurídicas, Universidad de Cantabria, en <http://ocw.unican.es/ciencias-de-la-salud/salud-publica-y-atencion-primaria-de-salud/otros-recursos-1/lecturas/bloque-i/El%20derecho%20a%20la%20salud.pdf>

*El derecho humano a la salud frente a la Responsabilidad
Médico-legal: una visión comparada,*
editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos,
se terminó de imprimir en agosto de 2017,
en los talleres de GRUPO COMERCIAL E IMPRESOS CONDOR
S. A. DE C. V., Norte 178 núm. 558, colonia Pensador Mexicano, Dele-
gación Venustiano Carranza, C. P. 15510, Ciudad de México.
El tiraje consta de 3,000 ejemplares.

Este material fue elaborado con papel certificado por la Sociedad para la Promoción del Manejo
Forestal Sostenible A. C. (Certificación FSC México).





Presidente

Luis Raúl González Pérez

Consejo Consultivo

Mariclaire Acosta Urquidi

María Ampudia González

Alberto Manuel Athié Gallo

Mariano Azuela Güitrón

Ninfa Delia Domínguez Leal

Mónica González Contró

David Kershenobich Stalnikowitz

Carmen Moreno Toscano

María Olga Noriega Sáenz

Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

Primer Visitador General

Ismael Eslava Pérez

Segundo Visitador General

Enrique Guadarrama López

Tercera Visitadora General

Ruth Villanueva Castilleja

Cuarta Visitadora General

Norma Inés Aguilar León

Quinto Visitador General

Edgar Corzo Sosa

Sexto Visitador General

Jorge Ulises Carmona Tinoco

Titular de la Oficina Especial para el “Caso Iguala”

José T. Larrieta Carrasco

Secretario Ejecutivo

Héctor Daniel Dávalos Martínez

Secretario Técnico del Consejo Consultivo

Joaquín Narro Lobo

Oficial Mayor

Manuel Martínez Beltrán

Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos

Julieta Morales Sánchez



CNDH
M É X I C O



ISBN: 978-607-729-359-0



9 786077 293590